



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza

a.a. 2022/2023

**LA PROBLEMATICHE DISTINZIONE TRA NATURA
SOSTANZIALE E PROCESSUALE DELLE NORME PENALI IN
MATERIA DI DIRITTO INTERTEMPORALE**

Relatore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureando: Filippo Berto

Alla mia Casa Rossa

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAP. I: LA LEGGE PENALE NEL TEMPO	5
1. Principi di diritto intertemporale e transitorio: nozioni preliminari.....	5
1.1. Il concetto di “successione” di leggi e il diritto intertemporale.....	5
1.2. Il diritto transitorio.	11
1.3. Per una collocazione nel tempo della legge e del fatto: la vigenza della norma...	13
1.4. ... e il <i>Tempus commissi delicti</i>	15
2. Il principio cardine dell’irretroattività in materia penale e il discusso fondamento giuridico.	17
2.1. La <i>ratio</i> del divieto di retroattività <i>in peius</i>	19
2.2. Casi limite di deroga al principio di irretroattività.	22
3. Il principio della retroattività della <i>lex mitior</i> : ambito di applicazione e fondamento giuridico.	25
3.1. La <i>ratio</i> e il confronto con l’opposto principio dell’irretroattività.	27
3.2. L’ammissibilità della deroga al principio di retroattività favorevole nella giurisprudenza della Corte costituzionale.	31
3.3. Il confine tra il principio di retroattività ed irretroattività della legge penale: la nozione di “norma più favorevole al reo”.	33
4. L’ambito di applicazione dei principi di diritto intertemporale: il problema della definizione di “norma penale”.	35
4.1. Il diritto intertemporale in materia di misure di sicurezza... ..	38
4.2. ... di misure di prevenzione... ..	44
4.3. ...e di illeciti amministrativi punitivi.	46

CAPITOLO II: LA SUCCESSIONE DELLE NORME PROCESSUALI NELTEMPO	53
1. Premessa: ragioni di una distinzione.	53
1.1. L'osmosi reciproca tra diritto penale sostanziale e processuale e la cd. "autonomia normativa" della procedura.	54
2. La norma processuale penale e gli atti processuali.	57
2.1. Le caratteristiche delle norme processuali in generale.	57
2.2. L'atto processuale penale: perfezionamento ed efficacia.	59
3. Il diritto intertemporale applicabile alle norme processuali: il principio dell'efficacia immediata.	62
3.1. Una spiegazione del brocardo " <i>tempus regit actum</i> ".	65
3.1.1. Nozione di <i>tempus</i>	66
3.1.2. Nozione di <i>actus</i>	67
3.2. Diversa applicazione per atti istantanei e non istantanei.	68
3.2.1. Le prime crepe al principio del <i>tempus regit actum</i> : la successione di norme sulla competenza del giudice come declinazione processuale del principio <i>ex I</i> comma articolo 25 Cost.	70
4. La crisi di un sistema: prospettive di estensione del regime sostanziale a quello processuale.	74
5. Un'estensione limitata: gli istituti processuali di rilievo costituzionale e aventi caratteri di "sostanzialità".	80
5.1. La successione delle leggi penali in materia cautelare.	81
5.2. La delicata materia del diritto intertemporale probatorio: dalle posizioni dottrinali classiche alle sentenze Gerina e Zalagaitis.	88
5.3. Dalla questione dell'estensione del regime sostanziale al problema della natura giuridica delle norme: il <i>trait d'union</i> dell'esecuzione penale.	98

CAPITOLO III: GLI ISTITUTI A CONFINE TRA NATURA SOSTANZIALE E
PROCESSUALE: UN PROBLEMA CLASSICO E IRRISOLTO 105

1. Un approccio teorico: la qualificazione giuridica delle norme penali.	105
1.1. Il criterio guida della <i>ratio legis</i> e la modifica della sfera della punibilità	106
2. Un approccio pratico: la “materia penale” nella giurisprudenza domestica e sovranazionale in materia di successione di leggi sull’esecuzione della pena.	110
2.1. “ <i>Droit penal materiel</i> ” in materia di esecuzione penale, dal celebre caso Del Rio Prada c. Spagna al recente caso Kupinky c. Ucraina.	111
2.2. I riflessi nella giurisprudenza interna: la svolta con i dubbi di legittimità costituzionale e la sentenza della Corte cost. n. 32 del 2020.	115
2.2.1. Analisi della sentenza Corte cost. n. 32 del 2020.	117
2.2.2. (segue) Le ragioni di diritto comparato alla base del <i>decisum</i> della Corte.	123
3. Questioni intertemporali in tema di prescrizione del reato.	124
3.1. La funzione e la natura giuridica della prescrizione: un bilanciamento ancor’oggi discusso e dato (quasi) acclarato.	130
3.2. Le cause interruttive e sospensive della prescrizione: la crisi dell’inquadramento classico della prescrizione e le nuove prospettive qualificatorie	138
3.2.1. Il “caso Taricco” e le ripercussioni interne.	138
3.2.2. La sospensione del termine a seguito dell’emergenza sanitaria.	144
3.2.3. Una soluzione alternativa alle questioni poste: la dottrina sulla natura processuale o mista della prescrizione.	150
3.3. Riflessioni conclusive in merito alla natura giuridica della prescrizione.	155

CAP. IV: GLI SVILUPPI PIÙ RECENTI DEL PROBLEMA: IL DIRITTO
INTERTEMPORALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA 163

1. Le condizioni di procedibilità e la natura giuridica “mista”.	163
1.1. Un problema qualificatorio classico.	163
1.2. La riapertura della questione a seguito della Riforma Cartabia.	167
1.2.1. La disciplina transitoria.	169

1.2.2. Le questioni di diritto intertemporale poste dal d.lgs. n. 150 del 2022.....	171
1.3. Riflessioni conclusive in merito alle condizioni di procedibilità.....	174
2. La modifica del concordato in appello.....	177
3. La natura processuale del nuovo istituto dell'improcedibilità <i>ex</i> articolo 344- <i>bis</i> c.p.p.	179
CONCLUSIONI.....	185
BIBLIOGRAFIA.....	191
GIURISPRUDENZA.....	201

INTRODUZIONE

La presente ricerca mira ad approfondire la complessa intersezione esistente tra la materia che si occupa del “modo di porsi del diritto nel tempo”¹ e la classica distinzione tra la categoria delle norme penali sostanziali e processuali, declinazione specifica del più ampio conflitto fra il “diritto” e il “processo”, di cui la massima dottrina penalistica si è occupata negli scorsi decenni.

Se la prima materia qui richiamata concerne una nota tematica di parte generale del diritto penale, la seconda si riferisce prima di tutto alla teoria generale del diritto; da qui, la seria complessità delle tematiche che si tratteranno. Invero, cosa sia norma sostanziale e cosa norma processuale, quindi, più precisamente, quali norme appartengano al diritto penale materiale e quali al diritto penale processuale, non è questione semplice da affrontare, poiché questa sconta un forte condizionamento delle riflessioni della più risalente ed autorevole dottrina che, affrontando il tema da un punto di vista teorico-dogmatico, hanno portato alla formazione di un consolidato indirizzo, il quale, tuttavia, non è rimasto immune dalle problematiche pratiche, riscontrabili spesso, per non dire nella quotidianità, nelle aule di giustizia.

In particolare, questa forte teorizzazione ha creato una rigida dicotomia tra il concetto di “sostanzialità” e “processualità”, che, calata nel fenomeno della successione di leggi nel tempo² ossia, come si vedrà, del cd. diritto intertemporale, ha suddiviso la disciplina di quest’ultimo in due porzioni contrapposte: da un lato vi sono i principi costituzionali e codicistici dell’irretroattività della legge penale più sfavorevole all’imputato e l’opposta retroattività della legge a questo più favorevole, addirittura illimitata nel caso in cui il legislatore rivalutasse la condotta come non più penalmente sanzionabile; dall’altro lato, invece, l’ordinamento si affida alla generale disposizione delle Preleggi, ossia l’articolo 11, che, diversamente da quanto appena visto, disporrebbe l’immediata applicazione dello *ius superveniens*, anche alle situazioni in atto.

¹ Con tale espressione si fa riferimento alla materia della successione delle leggi nel tempo, che non va confusa con il “modo di porsi del tempo nel diritto”; LEONE M., *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974, 3.

² GRISPIGNI F., *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, 126: “secondo l’appartenenza di un istituto all’uno o all’altro ramo del diritto, si applicano norme diverse di secondo grado come, per esempio...quelle relative alla successione nel tempo”.

È evidente come il primo regime innanzi riportato, più garantistico, debba applicarsi alle norme maggiormente idonee ad incidere sul trattamento penale riservato all'imputato, determinando una lesione o, all'opposto, evitando una lesione, dei beni costituzionalmente garantiti, primo tra tutti, la libertà personale.

Altrettanto evidente è, inoltre, la (tendenziale) riconducibilità a quest'ultima caratteristica delle norme qualificate come "sostanziali"; ma, come si vedrà, questa è solo, per l'appunto, una tendenza.

Per arrivare a delle conclusioni in tema, confutando la resistenza di questo approccio ermeneutico, si condurranno delle riflessioni che originano dalle preliminari e fondamentali caratteristiche dei due regimi intertemporali contrapposti e, solo successivamente, si guarderà alla qualificazione degli istituti la cui natura giuridica è dubbia o mista.

In generale, le questioni problematiche che discendono da questo studio possono essere così riassunte: cosa va considerato come "materia penale"? In altre parole, cosa rientra nel campo di applicazione delle norme penali e cosa nell'ambito extra-penale?

In secondo luogo, può essere il regime dell'immediata applicazione, in materia di diritto penale processuale, derogato? Se sì, in quali occasioni? E ancora, quando si può qualificare la natura giuridica di una norma come sostanziale e quando, invece, processuale, per quegli istituti che non sembrano presentare degli indici di inquadramento uniformi?

Urge, infatti, una soluzione che possa risolvere al contempo tutte e tre queste problematiche e che sia scevra da ogni "meccanicistica applicazione del dato concettuale", disancorato dal significato profondo dei principi intertemporali fondamentali³.

Invero, si cercherà di valutare la correttezza logica, per poi evidenziarne l'eventuale inidoneità a condurre, nella totalità dei casi, ad un esito soddisfacente, del ragionamento che origina dal presupposto dogmatico e, talvolta, apodittico della previa distinzione della natura giuridica a cui, solo successivamente, consegue l'attribuzione di un determinato regime intertemporale.

³ GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 19. Un esempio ne è il criterio della collocazione topografica della norma, che, per la quasi totalità degli autori è un indice non sufficiente della qualificazione giuridica di una norma.

Come si è già accennato - ed è questo uno degli elementi maggiormente stimolanti della ricerca - non si deve erroneamente ritenere che tali questioni suscitino un interesse limitato al campo speculativo della dottrina penalistica, ma, anzi, le considerazioni a cui si giunge sono fondamentali per determinare i confini applicativi della massima invasione dello Stato sulla libertà personale dell'individuo: le ricadute pratiche sono quindi di primaria importanza.

Non a caso, si avrà modo di verificare come l'evoluzione del dibattito in tema si sia intensificato negli ultimi anni e ha occupato il giudice delle leggi, oltre che la Suprema Corte, anche a sezioni unite, in più occasioni, con delle pronunce che, anche recentemente, hanno segnato la materia con delle prese di posizione talvolta dirompenti.

In conclusione, un'altra caratteristica dello studio, implicitamente deducibile da quanto fin qui affermato, è la trasversalità delle riflessioni che verranno sviluppate, occupandosi lo stesso di istituti appartenenti al diritto penale sostanziale e processuale, oltre che di categorie proprie della teoria generale del diritto, tra le quali, in via esemplificativa, la nozione di atto e fatto giuridico e, in particolare, di atto processuale, fino a trattare tematiche attinenti ai principi costituzionali e ai valori fondanti il diritto penale moderno.

CAP. I: LA LEGGE PENALE NEL TEMPO

1. Principi di diritto intertemporale e transitorio: nozioni preliminari.

Il punto di partenza del presente studio non può che avere ad oggetto quelle considerazioni che si pongono su di un piano prodromico rispetto alla trattazione dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo.

In particolare, è necessario muovere i primi passi dalla disamina delle nozioni fondamentali, atte ad individuare l'ambito di operatività del fenomeno *de quo*; perciò, ci si occuperà in primo luogo di definire cosa si intenda con il termine di "successione" e in quali ipotesi questo si manifesti, per individuare, in secondo luogo, quali siano gli eventuali strumenti di cui dispone il nostro ordinamento per risolvere il conflitto tra le diverse norme applicabili al caso concreto, segnando così un confine tra la nozione di diritto intertemporale e diritto transitorio.

Infine, è necessario trattare, seppur sommariamente, degli istituti e categorie generali che si occupano della collocazione nel tempo delle leggi e della commissione del fatto-reato, ai fini di un corretto inquadramento del fenomeno della successione stessa.

Invero, quando si parla di tempo e, in particolar modo, dell'evolversi di situazioni nel tempo, implicando perciò un concetto di sequenza cronologica e relazione temporale tra fenomeni giuridici, è necessario fissare delle coordinate affinché le vicende relative ai fatti e agli atti giuridicamente rilevanti possano essere esattamente collocati; pertanto, si parlerà, da un lato, della nozione di vigenza e di efficacia della legge e, dall'altro, delle diverse teorie che concorrono all'individuazione del tempo del commesso reato.

1.1. Il concetto di "successione" di leggi e il diritto intertemporale.

Prima di effettuare una ricognizione dei principi che regolano il fenomeno, assai frequente, dell'avvicendamento delle diverse norme penali che insistono sulla stessa materia, va precisato cosa si intenda, in questo contesto, con "successione di leggi".

Il termine "successione" implica una evoluzione nel tempo⁴ del diritto positivo, a seguito delle diverse sensibilità e priorità di politica normativa che il legislatore si prefigge: una

⁴ È proprio la sequenza temporale nell'introduzione di nuove norme a distinguere il fenomeno oggetto di studio da quello disciplinato all'articolo 15 c.p., il quale fa riferimento alle ipotesi di leggi

medesima fattispecie concreta è assoggettata ad una fattispecie astratta diversa rispetto a quella vigente nel momento in cui la prima è stata realizzata.

Le due norme, solamente laddove disciplinino la medesima materia, si pongono quindi in un rapporto diacronico e, proprio a partire da questo concetto di relazione tra le disposizioni penali, ha origine la problematica qui approfondita: infatti, la logica conseguenza di questo avvicinarsi di norme nel tempo, come è facile immaginare, è la creazione di un “rompicapo”, che l’interprete deve risolvere al fine di individuare quale sia la disposizione da applicare ad un fatto concreto, il quale è precisamente collocato nel tempo, o, salvo quanto si dirà in seguito, dovrebbe essere tale⁵, destreggiandosi tra i diversi strumenti che l’ordinamento concede, alcuni dei quali generali, parlandosi in tal caso di diritto intertemporale, altri invece disposti appositamente dallo stesso legislatore innovatore, al fine di regolare la specifica transizione normativa che accompagna; si parlerà in tal caso di diritto transitorio.

La ricerca si colloca all’interno del campo concettuale relativo al primo di questi strumenti, ovverosia del diritto intertemporale, il quale può essere definito come quel complesso di principi e regole che si occupano di “individuare quale sia, tra le disposizioni coinvolte in una sequenza cronologica, quella da applicare alle fattispecie concrete volta per volta considerate”⁶.

In campo penale, la materia della successione delle leggi è assai importante, poiché, come meglio si vedrà in seguito, entrano in gioco alcuni tra i principi fondamentali del nostro ordinamento, anche di rango costituzionale, e, non a caso, i costituenti hanno dedicato a tale materia un apposito disposto costituzionale, l’articolo 25, II comma, c.p., che introduce il principio di irretroattività in materia penale; pertanto, occorre che le linee fondamentali della disciplina legislativa, oltre che del fondamento giuridico, del diritto penale intertemporale, siano correttamente e uniformemente chiarite. Tuttavia, come si avrà modo di vedere, queste tematiche sono state oggetto di numerose speculazioni dottrinali, le quali, nella loro declinazione pratica, hanno prodotto diversi indirizzi giurisprudenziali.

contemporaneamente vigenti che insistono sulla stessa materia e sono idonee a qualificare la medesima fattispecie concreta, GALLO M., *Appunti*, cit., 124.

⁵ Si fa qui riferimento alla nozione del *tempus commissi delicti*, la quale, nonostante la sua rilevanza delle sue concezioni in campo pratico, è stata oggetto di dibattiti e di diverse applicazioni giurisprudenziali; v. *sub* 9.

⁶ CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 3.

Ne consegue che, ancor'oggi, tale annosa questione merita delle riflessioni utili a trovare una guida per orientarsi, a partire dalle basi fondamentali: è necessario, innanzitutto, capire in quali ipotesi si possa effettivamente parlare di fenomeno successorio, affinché, dopo aver inquadrato cronologicamente la realizzazione del fatto, si debba applicare la disciplina di diritto intertemporale generale o una specifica disciplina di diritto transitorio; al termine dell'analisi si capirà quale principio applicare e quindi quale norma regoli il caso concreto.

È stata identificata la questione centrale, la successione di leggi, e la soluzione generale predisposta dal legislatore di cui ampiamente ci si occuperà, il diritto intertemporale, ma occorre ora chiarire quando si verifichi il fenomeno successorio in concreto.

La nuova disciplina può contenere una nuova incriminazione, ossia qualificare come reato una condotta che prima non lo era, ovvero un'abrogazione, a seguito del quale una condotta, prima stigmatizzata dall'ordinamento, diviene legittima, o, infine, una modifica della fattispecie nei suoi elementi normativamente posti⁷.

L'ambito applicativo di elezione della successione delle leggi penali nel tempo, in particolare ai fini dell'analisi del principio di irretroattività *in peius* e di come questo si applichi alle norme sostanziali e processuali, oltre che del principio di retroattività della legge più favorevole, è senza dubbio l'ultima delle ipotesi appena elencate: non vi è un intervento radicalmente orientato alla nuova incriminazione o al suo venir meno, ma un determinato fatto, già previsto dalla legge come reato, subisce un variazione, risultando così sanzionato più o meno gravemente ovvero relativamente a diversi elementi prima non considerati o considerati diversamente⁸. Sembra infatti evidente che nessun fenomeno successorio in senso stretto possa logicamente sussistere se una norma, precedentemente vigente, non ne trova alcuna altra che succeda; questo è il caso

⁷ AMBROSETTI E. M., *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, 38.

Si verifica in questo caso "l'innesto di una nuova fattispecie correlata con latra previgente, con o senza abrogazione esplicita di altre norme", la quale dà luogo "alla riformulazione del reato, mediante l'aggiunta, la soppressione o la sostituzione di elementi strutturali delle fattispecie", CAMAIONI S., *Successione*, cit., 6.

⁸ "Abrogare va distinto da modificare, sostituire, integrare, derogare, perché di per sé è un mero togliere", RESCIGNO G. U., voce *Abrogazione* in *Dol Treccani*, 2014. Tuttavia, va rilevato che, anche nel caso dell'introduzione *ex novo* di una norma incriminatrice e di un'abrogazione secca si ha modificazione dell'ordinamento e sarà quindi necessario svolgere, ancora al fine di individuare la norma applicabile al caso concreto, un confronto tra le due diverse realtà normative (l'assenza della norma e la vigenza della norma stessa) e non, come nel caso di successione in senso stretto, tra due diverse disposizioni, CAMAIONI S., *Successione*, cit., 4-5.

dell'abrogazione cd. "secca", in quanto la normativa sopravvenuta non aggiunge nessuna nuova fattispecie in sostituzione di quella abrogata.

La stessa riflessione vale per una nuova incriminazione, non sussistendo alcuna norma precedentemente vigente con la quale operare il confronto su cui la successione si impernia⁹.

In senso ampio, però, la materia in esame può riferirsi anche al caso dell'*abolitio criminis*, se si considera come norma sopravvenuta quella abrogante, la quale opera una "contro valutazione" dell'ordinamento rispetto ad una determinata condotta e così "l'avvicendamento, cioè la successione di norme penali"¹⁰.

La differenza tra l'ipotesi dell'abrogazione del reato e quella dell'innesto legislativo - non sempre facilmente individuabile, anziutto qualora il legislatore non abrogasse espressamente la precedente disciplina, ma gliene affiancasse una nuova - è rilevante, in particolar modo se si considera che l'articolo 2 c.p. detta una disciplina piuttosto divergente rispetto alle ipotesi: nel primo caso, il quale coincide con il II comma dello stesso articolo, viene introdotto il concetto di iperretroattività della legge abolitrice¹¹, diversamente nel secondo (IV comma) sussiste il limite del giudicato, che impedisce di assolutizzare il principio di retroattività della legge più favorevole¹², di cui si parlerà.

Gli interpreti hanno cercato così di individuare dei criteri di orientamento, considerando che il fenomeno successorio si verificasse solo qualora, tra la disciplina precedente e quella che risulta dall'intervento legislativo modificatore, che affianca una nuova fattispecie a quella precedente, sussistesse un rapporto qualificato¹³, la cui formulazione

⁹ GALLO M., *Appunti*, cit., 124 "deve essere, a questo punto, chiaro come successione di leggi nel tempo si dia allorché una fattispecie concreta si riporti per intero sotto la qualificazione discendente da due o più regole, l'una consecutiva all'altra".

¹⁰ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 33. Lo stesso Autore sostiene infatti che, nel caso dell'introduzione *ex novo* di una norma incriminatrice o di un'abrogazione secca si ha modificazione dell'ordinamento e sarà quindi necessario svolgere, ancora al fine di individuare la norma applicabile al caso concreto, un confronto tra le due diverse realtà normative (l'assenza della norma e la vigenza della norma stessa) e non, come nel caso di successione in senso stretto, tra due diverse disposizioni. In tal senso anche AMBROSETTI E. M., *Abolitio criminis*, cit., 38, il quale porta l'esempio dell'abrogazione (secca) dell'articolo 341 c.p., a cui non è seguita l'introduzione di un nuovo illecito: essendo tale disposizione norma speciale rispetto a quella generale disciplinante la fattispecie di ingiuria, l'effetto è stato la riespansione di quest'ultima, che non può non essere definita un effetto successorio.

¹¹ Va precisato che autorevole dottrina attribuisce l'effetto dell'iperretroattività "non solo nei casi di totale abrogazione di un titolo di reato, ma ogni volta che la legge successiva ponga nel nulla il disvalore astratto espresso dalla prima legge" attraverso un intervento legislativo dotato di una portata generale, PULITANÒ D., DODARO G., *Artt. 1-5*, in (a cura di) CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, 18.

¹² AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte generale*, I, *La legge penale*, Padova, 2023, 189.

¹³ Occorre specificare che si ritiene che sia sufficiente "soltanto la capacità della nuova norma di disciplinare la stessa materia regolata da altra norma", non essendo invece condivisibile la tesi in base alla quale sia

ha tuttavia subito un travaglio giurisprudenziale, non permettendone, negli anni, una identificazione univoca.

Inizialmente si è ritenuto che fosse sufficiente un collegamento del “fatto concreto” tra le due discipline; un esempio ne sono le pronunce della Suprema Corte in materia di delitti di violenza sessuale: “la disposizione di cui all'art. 1 legge 15 febbraio 1996 n. 66 (norme contro la violenza sessuale), che recita: ‘il capo primo del titolo nono del libro secondo del codice penale e gli articoli... sono abrogati’, va interpretata nel senso che le condotte, realizzate nella vigenza delle precedenti statuizioni, non sono depenalizzate, quando coincidono con quelle introdotte dalla nuova normativa ovvero con quelle comuni, già disciplinate in altre ipotesi tipiche del codice penale; in tal caso si verifica una successione di leggi penali nel tempo, regolata, per l'assenza di norme transitorie, dai criteri dettati dall'art. 2 c.p.”¹⁴.

Questo indirizzo, nato in area tedesca, è stato abbandonato dalla dottrina italiana a causa della insuperabilità della critica che muove dalla pretesa violazione del divieto di retroattività della legge sfavorevole, che deriverebbe dalla stretta applicazione di questo meccanismo: “il riferimento alla qualificazione del fatto concreto, prescindendo dal raffronto delle fattispecie astratte, le quali potrebbero essere costituite da elementi del tutto eterogenei, porterebbe ad un palese contrasto con il principio di irretroattività della legge penale”¹⁵.

Altra impostazione è stata adottata da quella parte di giurisprudenza che ravvisava una ipotesi di successione di leggi nel tempo in presenza di una continuità nel tipo di illecito. In particolare, rilevante è la pronuncia della Corte di Cassazione in materia di abuso d'ufficio, fattispecie che, tra le altre, è stata oggetto di numerosissime modifiche nel tempo; i giudici della Suprema Corte hanno infatti riconosciuto sussistente un rapporto tra la vecchia fattispecie di interesse privato¹⁶ e quella nuova di abuso d'ufficio dato il “nesso di continuità e di omogeneità delle rispettive previsioni che riconduce

necessaria la capacità della nuova norma di “influire sulla sfera di applicabilità della norma preesistente”, CAMAIONI S., *Successione*, cit., 5.

¹⁴ Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 1996, n. 8907, in *Riv. Pen.*, 1996, 1332.

¹⁵ AMBROSETTI E. M., *Abolitio criminis*, cit., 55.

¹⁶ Così recitava l'articolo 324 c.p. nel testo *ante* modifica: “il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni”.

l'interferenza dei relativi precetti al complesso fenomeno della successione di leggi incriminatrici”¹⁷.

La dottrina ha perciò creato una distinzione tra le ipotesi in cui la *lex superveniens* eliminasse taluni elementi della fattispecie, ovvero gli stessi fossero sostituiti da altri più generali, e quelle in cui il legislatore sostituisse gli stessi elementi con degli altri nuovi, specializzanti la fattispecie. Solo in quest'ultimo caso si manifesterebbe una *abolitio criminis*¹⁸.

Tuttavia, nemmeno questa teoria è immune da rilevanti obiezioni che hanno segnalato come, ai fini di un suo corretto utilizzo, sia necessario che tra le due fattispecie poste in rapporto diacronico vi sia una perfetta identità di bene giuridico tutelato e modalità dell'aggressione allo stesso. Una coincidenza che presumerebbe un'analisi dell'elemento teleologico delle due fattispecie, esponendo così tale criterio all'arbitrio dell'interprete¹⁹.

Non si arrestano a queste due le impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, ma, recentemente, per distinguere nel caso concreto l'ipotesi di successione di leggi e, dunque, di modifica della fattispecie, da quella dell'abrogazione, è stata adottato un orientamento che, determinando il tipo di relazione strutturale esistente tra le due fattispecie poste in rapporto, privilegia il criterio della specialità, prendendo esclusivamente in considerazione le relazioni strutturali di specialità unilaterale e specialità reciproca o “bilaterale”²⁰.

In particolare, si definisce relazione di specialità unilaterale quel rapporto, detto anche “strutturale di continenza”, in base al quale una delle due norme presenta gli elementi strutturali propri dell'altra con l'aggiunta di un ulteriore (o ulteriori) elemento (o elementi): può avvenire perciò che la seconda norma, definibile generale, introduca delle incriminazioni, aggiuntive rispetto alla prima norma, definibile per tale motivo speciale, applicandosi così l'articolo 15 c.p. e non verificandosi alcun mutamento di disciplina.

Diversamente, nel caso in cui la seconda norma fosse speciale e introducesse una disciplina ridotta ad alcune soltanto delle fattispecie previamente regolate, si verificherebbe, relativamente a queste stesse condotte, un effettivo fenomeno di successione delle leggi nel tempo.

¹⁷ Cass. pen. sez. un., 20 giugno 1990 in *Foro it.*, 1990, II, 637.

¹⁸ MUSCO M., *La riforma dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000, 132 ss.

¹⁹ AMBROSETTI E. M., *Abolitio criminis*, cit., 69 ss. e 190 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda si pongono le critiche di una parte della dottrina tedesca rispetto alla funzionalità di tale criterio.

²⁰ Si veda a proposito l'ultima sentenza citata.

La specialità reciproca o bilaterale è invece ravvisabile qualora non fosse “possibile stabilire quale delle due sia la norma generale e quale quella speciale, perché ciascuna delle due fattispecie presenta nella sua struttura elementi che si possono riguardare come generali e speciali rispetto a corrispondenti elementi dell’altra fattispecie”²¹.

Concludendo, in base a quest’ultima tesi, consolidata in giurisprudenza già da un ventennio²², possiamo pertanto affermare che, affinché si verifichi un intervento normativo tale da comportare una successione di leggi nel tempo, deve sussistere una relazione strutturale implicante un rapporto di specialità, unilaterale o bilaterale, e, fuori da questi casi, ci troveremo di fronte ad un’abrogazione della fattispecie, che per sua natura, come detto, si pone su di un piano diverso rispetto alla successione di leggi in senso stretto.

Non pone particolari problemi il caso di intervento del legislatore che abbia come effetto l’introduzione di una nuova incriminazione: non esistendo infatti una disciplina previgente collegata, cioè avente lo stesso oggetto, (inteso come fatto penalmente rilevante), non saremmo di fronte ad una successione di leggi, ma, invece, coinciderebbe con la classica ipotesi di applicazione del principio dell’irretroattività: la nuova fattispecie incriminatrice non sarebbe applicabile a nessuna condotta verificatasi anteriormente all’entrata in vigore della legge stessa, operando in questo caso, come ampiamente si vedrà, l’articolo 2, I comma, c.p., oltre che dall’articolo 25, II comma, Cost.

1.2. Il diritto transitorio.

Il diritto transitorio, definibile come quel *corpus* di “prescrizioni dettate per regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento normativo”, ha ad oggetto prescrizioni “materiali” e “di diretta applicazione”²³ proprie del diritto penale sostanziali e processuale, che, per questa loro natura, si pongono su di un piano diverso rispetto alle norme di diritto intertemporale, le quali, come visto, si limitano a imporre le

²¹ CAMAIONI S., *Successione*, cit.,8

²² Si sono espresse in tal senso le sezioni Unite Sezioni Unite ormai due decenni fa, chiarendo che questo fosse il criterio applicabile per riconoscere le ipotesi di successione delle leggi modificatrici nel tempo. Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887 Giordano in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1503 ss., con nota di PECORELLA C., confermate da altre pronunce anche recenti, tra cui Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2019, n.11520, in C.E.D. Cass. 2019, Rv. 275990.

²³ MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 101.

regole generali che disciplinano la successione delle norme nel tempo rispetto ad un'universalità di casi²⁴.

L'elemento che caratterizza le norme di diritto transitorio, oltre alla complementarità *ad hoc*, è certamente la loro provvisorietà, che va però intesa come soltanto apparente: non va infatti confusa la limitatezza dei casi a cui si applicano, i quali saranno destinati ad esaurirsi in un tempo tipicamente breve, con la temporaneità di una disposizione, la quale risulterebbe dimostrata solo laddove "l'oggetto della loro regolamentazione... si sia definitivamente esaurito"²⁵.

La funzione propria del diritto transitorio va rinvenuta nel tentativo del legislatore di correggere eventuali storture che si verificherebbero nello svolgersi del fenomeno della successione delle leggi nel tempo, dunque con l'applicazione delle norme di diritto intertemporale, di cui un esempio evidente ne sono le norme transitorie introdotte dalla cd. riforma Cartabia in materia di procedibilità a querela²⁶, di cui ci si occuperà più avanti. Per quanto concerne il loro contenuto, generalmente questo non è originale e innovativo rispetto a quanto previsto dalle norme oggetto di successione, ma ne riprende gli elementi essenziali, pur realizzando una disciplina che non coincide perfettamente con nessuna di queste.

Le norme di diritto transitorio possono essere "anche molto dettagliate e differenziate", quindi non idonee ad enucleare dei principi generali (intertemporal), distinguendosi principalmente sulla base del contenuto e della tipologia della norma il cui regime intertemporale va a completare e in base alle "diverse fasi in cui vengono a trovarsi i procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme"²⁷. Un esempio ne sono proprio le disposizioni contenute nel titolo III, rubricato "norme transitorie", appartenente al d.lgs. 271/1989, corpus normativo accessorio all'entrata in

²⁴ Il *nomen iuris* attribuito a questo corpo di norme complementari può essere il più vario, ma non è questo un elemento dirimente ai fini della qualificazione della norma come transitoria. Si osserva inoltre l'esistenza di diversi modelli teorici associati al diritto transitorio in senso ampio: al riguardo la dottrina processualpenalistica distingue tra norme 'transitorie' in senso stretto "le quali sarebbero quelle che recano regole *ad hoc* in ordine alle situazioni createsi sotto la vecchia disciplina ma non ancora esauritesi al sopravvenire della nuova" e norme qualificabili come intertemporali, e non transitorie, benché anch'esse adottate *ad hoc*, "le quali, invece, si limiterebbero a indicare i criteri in base ai quali stabilire, in rapporto alle diverse situazioni, se applicare la legge previgente oppure la nuova", CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 31 luglio 2017, 2; conferma da MAZZA O., *La norma*, cit., 102: "una norma non sarebbe più transitoria, e avrebbe invece natura intertemporale qualora si limitasse a recepire alternativamente la vecchia o la nuova disciplina".

²⁵ *Ibidem*, 103. A conferma LOZZI G., *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968.

²⁶ Art. 85. Disposizioni transitorie in materia di modifica del regime di procedibilità, d.lgs. 150/2022.

²⁷ CHIAVARIO M., *Norme*, cit., 1.

vigore del nuovo codice di procedura penale. Il titolo in esame presenta un insieme di 20 articoli, così come le disposizioni transitorie ex titolo II, R.D. 601/1931, contenente addirittura 39 disposizioni, anch'esse molto diverse tra loro, qualificabili come transitorie in senso stretto o anche intertemporali a contenuto specifico, in particolar modo nelle modalità di esecuzione delle pene comminate²⁸.

1.3. Per una collocazione nel tempo della legge e del fatto: la vigenza della norma...

Problemi diversi, ma comunque incidenti sulla questione della successione delle leggi nel tempo²⁹, attengono all'individuazione del cd. *tempus commissi delicti* e alla determinazione della vigenza della legge successiva.

Tralasciando, per impossibilità di compierne in questa sede delle considerazioni complete, la nozione di "legge" e "norma giuridica", distinguendola dalla "disposizione"³⁰, si può procedere a definire il concetto di entrata in vigore: questa coincide con l'ingresso ufficiale del testo di legge nell'ordinamento, a conclusione di un "iter formativo", il cui sistema è regolato dagli articoli 10 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale, oltre che l'articolo 73 Cost.³¹, in particolare con riguardo alla promulgazione e alla pubblicazione.

La conseguenza sarà quindi l'acquisizione dello *status* di "legge vigente" e l'avvio della finestra temporale entro la quale questa legge appartiene all'ordinamento.

Va però specificato che la questione della vigenza deve essere distinta da quella della operatività nel tempo della legge in quanto, quest'ultima, ben può essere vigente, quindi valida ed operante, con effetti vincolanti per i consociati³², ma questi stessi effetti possono

²⁸ Un esempio ne è l'articolo 20, il quale stabilisce che "le pene dell'ergastolo e della reclusione derivanti dalla commutazione preveduta dall'articolo 36 del Regio decreto 1° dicembre 889, n. 6509 (serie 3^a), si scontano nei modi stabiliti dal codice penale".

²⁹ È questa una questione certamente rilevante perché "una legge per succedere ad altra deve essere in vigore", SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, 2.

³⁰ Si veda a riguardo MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 1 ss. Per semplicità, si utilizzeranno senza distinzione i termini "legge", "norma" e "disposizione".

³¹ In materia di promulgazione e pubblicazione, l'articolo 73 Cost. statuisce: "Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione (I comma). Se le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, ne dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata nel termine da essa stabilito (II comma). Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso (III comma)". In tema di *vacatio legis*, l'articolo 10 disp. Sulla legge in generale: "Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto".

³² Sul rapporto tra entrata in vigore e obbligatorietà della legge si veda MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 37.

applicarsi immediatamente e solo *pro- futuro*, ovvero retroattivamente o in modo differito³³: infatti, se solitamente le dimensioni temporali della vigenza e dell'efficacia coincidono, spesso accade che l'oggetto della legislazione sopravvenuta si riferisca a fatti relativi ad un tempo futuro determinato dalla norma stessa, trattandosi in questo caso di efficacia differita, a cui consegue la sopravvivenza della norma precedente; diversamente nel caso si rifesse a fatti (o atti) accaduti precedentemente l'entrata in vigore, si parlerà di retroattività della legge.

Quest'ultima costituirà oggetto principale dell'elaborato poiché, come si vedrà ampiamente, i principi di diritto intertemporale in materia penale si reggono sulla nozione di efficacia retroattiva; giova quindi chiarire fin da subito cosa si intenda con efficacia retroattiva di una norma giuridica, rimanendo, perciò, sul campo della teoria generale.

La retroattività può essere definita dalla dottrina più autorevole come “valutazione o rivalutazione di un interesse istantaneo del passato o di quel tratto dell'interesse durevole che si situa nel passato”, laddove “valutazione di un interesse del passato significa qualificazione da parte della norma di un interesse sorto in un momento anteriore all'entrata in vigore della medesima e fino ad allora inqualificato. Alla qualificazione fa seguito la previsione di un effetto giuridico nel presente diretto a realizzare l'interesse medesimo”³⁴. Sembra questa la definizione più opportuna.

Non si ha quindi, contrariamente a quanto si possa *prima facie* pensare, una modifica del passato in forza di una disposizione normativa successiva: le situazioni già trascorse sono, per ovvi motivi, intangibili, dunque, se parlare di “efficacia *ex tunc*” non risulterebbe formalmente corretto, non sembra invece erronea la concezione della retroattività come nuova valutazione rispetto a quella propria della *lex temporis*, con la produzione nell'oggi di quegli effetti giuridici che avrebbe prodotto la norma sopravvenuta se fosse stata vigente fin dal passato.

La conseguenza sarà che la parte valutativa della disposizione riguarderà (anche) il passato, ma l'apodosi, ossia la parte della struttura normativa che individua gli effetti giuridici collegati alla valutazione effettuata, sarà riferita esclusivamente al presente.

³³ La nozione di vigenza non va infatti confusa con quella di efficacia che può essere descritta come una potenzialità astratta che una determinata norma venga utilizzata per disciplinare rapporti o valutare fatti o condotte giuridiche. *Ibidem.*, 43. secondo lo stesso Autore la divergenza tra le due nozioni è chiaramente visibile nel caso in cui la norma sopravvenuta vedesse differita la sua efficacia a causa del collegamento tra i fatti futuri e il passato.

³⁴ CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 5, 1990, spec. 1355 ss.

1.4... e il *Tempus commissi delicti*.

Allo stesso modo, la corretta individuazione del tempo di commissione del reato (*tempus commissi delicti*) “specialmente laddove il fatto di reato prosegua per un periodo di tempo sotto la vigenza di norme diverse”, o laddove condotta ed evento si sviluppino in periodi di tempo diversi³⁵, è di primaria importanza ai fini dell’individuazione della legge applicabile³⁶; tuttavia, non vi è, in materia, una visione univoca in dottrina, ma, anzi, sono state elaborate tre diverse teorie, non esistendo alcun riferimento espresso di diritto positivo.

In primo luogo, vi sono coloro i quali sostengono che il reato possa essere considerato commesso solo nel momento in cui viene posta in essere la condotta trasgressiva, cd. teoria della condotta, ai quali si oppongono coloro i quali collocano la commissione del fatto al momento del verificarsi dell’evento, cd. teoria dell’evento. A queste, si aggiunge la teoria mista, che guarda sia all’uno che all’altro elemento, considerando commesso il reato a volte al momento della condotta, a volte in quello dell’evento, con ciò non intendendo un’applicazione contemporanea dei due regimi, ma, piuttosto, di un’applicazione di criteri alternativi a seconda dei casi concreti³⁷.

La teoria adottata dalla dottrina maggioritaria è quella della condotta, poiché considerata, tra le altre, la più coerente con la disciplina di cui all’articolo 2 c.p.³⁸, sulla base della semplice considerazione che, senza anticipare ciò che sarà oggetto di trattazione più approfondita, la *ratio* di garanzia della norma citata non sembra realizzata una volta che si applichi la legislazione vigente al momento in cui l’evento si realizza, potendo esistere in astratto anche un lasso temporale elevato rispetto al compimento della condotta, ossia “l’atto di ribellione del reo nei confronti dell’ordinamento”³⁹; insomma, gli effetti della

³⁵ DI PRISCO A., *La successione delle leggi penali nel tempo e il tempus commissi delicti nei vari tipi di reato*, in *iusinittinere.it*, 30 marzo 2019.

³⁶ Come si osserva in MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 155, il problema si pone infatti sia ai fini dell’applicazione retroattiva delle norme che aboliscono un reato, sia ai fini della individuazione della legge applicabile in caso di successione di norme modificative della disciplina, ma risulta particolarmente acuto nell’ipotesi di una nuova incriminazione o del trattamento penale più severo di un fatto già preveduto dalla legge come reato”.

³⁷ GALLO M., *Appunti*, cit., 140, il quale sottolinea che, a conferma di tale tesi, gli interpreti fanno leva sull’articolo 6 c.p., disciplinante il *locus commissi delicti*.

³⁸ AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit., 198-199; cfr. FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 118.

³⁹ AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit., 198. Da qui ne discende la funzione general preventiva, come sottolineato in MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale*, cit., 167.

norma sopravvenuta si produrrebbero retroattivamente nel periodo della condotta, violando i principi fondamentali del nostro sistema.

Allo stesso modo non sembra accoglibile la teoria mista, che finisce per replicare le problematiche del criterio dell'evento, seppur con uno schema applicativo più caotico.

A confermare la correttezza del criterio generalmente adottato dalla dottrina, militano alcune pronunce della giurisprudenza, seppure nel tempo non monolitica⁴⁰, tanto da spingere la sez. IV della Suprema Corte⁴¹ a rimettere la questione alle sezioni unite, le quali hanno confermato la correttezza del criterio della condotta⁴².

Tuttavia, nonostante possa risultare *prima facie* un criterio di semplice applicazione pratica, questo trova delle difficoltà nell'individuare il momento in cui, di fatto, tale condotta è stata realizzata⁴³, dovendosi perciò distinguere, innanzitutto, tra reati commissivi e omissivi, permanenti, abituali e continuati⁴⁴.

Nessun problema pone la distinzione tra reati commissivi e omissivi - sia nel caso di omissione propria che in quello di omissione impropria - in quanto questi si intendono commessi, rispettivamente, quando l'azione viene realizzata e quando l'azione doverosa non viene realizzata.

Seguendo l'approccio consolidato, per quanto concerne i reati abituali, la fattispecie è compiuta solo quando si realizza l'atto che, unitamente con il precedente, permette la qualificazione tipica dell'abitualità.

Diversamente, nell'ipotesi di reato continuato, i singoli reati commessi sono autonomamente considerati dall'ordinamento ai fini del *tempus commissi delicti* e dell'individuazione della legge applicabile.

⁴⁰ Nel caso relativo all'omicidio colposo per esposizione ad amianto, la Corte di Cassazione ha adottato, ai fini dell'individuazione della normativa applicabile al caso di specie, il criterio dell'evento, ritenendo applicabile la disciplina sopravvenuta, più sfavorevole, essendo questa vigente al momento del verificarsi dell'evento-morte, successivamente accertato: "il trattamento sanzionatorio doveva comunque aversi riguardo a quello vigente al momento della consumazione del reato: cioè al momento dell'evento lesivo", Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2015, n. 22379, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2015.

⁴¹ Cass. pen., sez. IV, ord. 5 aprile 2018, n. 21286, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2018; nell'ordinanza di remissione in oggetto, che origina da un caso di omicidio stradale colposo, si legge infatti che il reo "non dev'essere chiamato a soggiacere non solo a previsioni incriminatrici non vigenti al momento del fatto, ma neppure a previsioni sanzionatorie che dopo il fatto sono divenute più gravi: ciò in quanto egli non poteva non solo conoscere, ma neppure prevedere che lo *ius superveniens* potesse comportare, per il reato da lui commesso, conseguenze più gravi di quelle in vigore nel momento in cui egli si determinò a commettere il reato".

⁴² Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, C.E.D. Cass., Rv. 273934.

⁴³ GALLO M., *Appunti*, cit., 31.

⁴⁴ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, 136, ritiene infatti che la semplice adozione di una delle teorie esposte, valevole per tutti i tipi di reato, sia inidonea a creare un criterio "valido per tutti gli istituti penalistici", in quanto "i diversi istituti che fanno riferimento al tempo del reato hanno diversa disciplina e diverse esigenze".

Ancora diverso è il caso dei reati permanenti, in relazione ai quali non vi è una visione dottrinale uniforme, in quanto parte degli autori ravvisa la commissione del reato nel momento dell'inizio della consumazione⁴⁵, mentre altri sostengono che “la logica che sta alla base del regime della successione di leggi induce ad assumere...come tempo del commesso delitto, il tempo dell'ultimo atto della condotta”, ponendosi il reo in contrasto con l'ordinamento fino a tale momento, dato che “è solo qui che cessa per la norma la possibilità di funzionare come imperativo”⁴⁶. La conseguenza ai fini del diritto intertemporale è evidente: se la disciplina dovesse essere modificata *in peius*, dovendosi guardare, ai fini dell'individuazione della norma applicabile, il momento della commissione dell'ultimo atto, si applicherà la norma (sfavorevole) sopravvenuta e non quella, più favorevole, vigente al momento della commissione del primo atto illecito.

2. Il principio cardine dell'irretroattività in materia penale e il discusso fondamento giuridico.

L'ampia materia della successione delle leggi penali nel tempo trova la sua disciplina fondamentale in due norme cardine dell'ordinamento interno: l'articolo 2 c.p. e l'articolo 25 , Il comma Cost.; quest'ultimo stabilisce che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso” e costituisce il pilastro della disciplina della successione delle norme penali “sfavorevoli”, con tali intendendosi le disposizioni il cui effetto, per espressa previsione della statuizione citata, è quello di introdurre una nuova incriminazione, ma a cui si può estendere certamente anche l'ipotesi dell'introduzione di una norma peggiorativa del trattamento del reo, incidendo sulla quantità o, nella misura in cui vedremo, nelle modalità con cui la stessa viene eseguita⁴⁷.

Tuttavia, il divieto di irretroattività trova una sua affermazione generale, vale a dire applicabile a tutti i rami dell'ordinamento, nell'articolo 11 delle Disposizioni sulla legge

⁴⁵ VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, vol. I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, 323.

⁴⁶ PAGLIARO A., *Principi, cit.*, 137.

⁴⁷ Così CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padova, 2021, 82: “in primo luogo: il principio implica anche il divieto di un inasprimento sanzionatorio retroattivo, oppure riguarda esclusivamente il caso in cui il legislatore ex novo preveda un nuovo reato? Si può dire senza ombra di dubbio che il principio – anche se la nostra Costituzione non specifica nulla sul punto – si estende anche al caso in cui il legislatore si limiti a prevedere un aumento di pena: anche gli inasprimenti sanzionatori, dunque, debbono riguardare solo il futuro (del resto ciò trova espressa conferma nell'art. 7 CEDU)”.

in generale, il quale dispone, in modo chiaro e conciso, che “la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”: anche nel diritto civile o amministrativo, sulla base di questa disposizione, il legislatore o l'interprete tenuto ad applicare una determinata norma, sarebbero vincolati rispettivamente a modificare l'ordinamento o interpretare la disposizione solo *pro-futuro*, non potendo incidere sui rapporti giuridici già plasmati.

È tuttavia facile comprendere che, essendo le disposizioni sulla legge in generale una fonte di rango primario, dunque, avente lo stesso valore della legge ordinaria, questa disposizione ben potrebbe essere derogata, come accade di frequente, da altra legge ordinaria: è evidentemente un principio vincolante per l'interprete e non invece per il legislatore, salvo i limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della tutela della certezza dei rapporti giuridici⁴⁸.

Diversamente, il legislatore costituente ha ritenuto che in materia penale, questo principio, oltre che dalla legislazione ordinaria, ossia dal citato articolo 2, I comma, c.p., il quale stabilisce che “nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”, fosse sancito anche a livello costituzionale, al fine di renderlo maggiormente vincolante per il legislatore ordinario e l'interprete.

Inoltre, il principio *de quo* è stato sancito livello convenzionale, mediante l'articolo 7 CEDU, rubricato emblematicamente “*nulla poena sine lege*”, il quale stabilisce, con una portata simile al disposto della nostra Carta fondamentale, che “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”.

È pacifico il motivo per cui il legislatore abbia disciplinato in modo così dettagliato questo principio nel settore penale: da sempre la dottrina è uniforme nel ritenere il principio di irretroattività “uno dei corollari del principio di legalità”⁴⁹ oltre che principio cardine della struttura liberale e garantista dell'ordinamento italiano successivo all'entrata in vigore della Costituzione, riassunto dal brocardo “*nullum crimen sine proevia lege poenali scripta et stricta*”.

⁴⁸ A configurare dei limiti a tale deroga, riconoscendo ai principi della certezza del diritto e dell'affidamento un valore costituzionale, è la già la risalente sentenza Corte cost. 8 luglio 1957, n. 118, in *cortecostituzionale.it*.

⁴⁹ AMBROSETTI E.M, *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit., 177; in tal senso tutta la dottrina penalistica moderna.

La sua origine è certamente da ricondurre al pensiero illuminista del XVIII secolo, il quale ha teorizzato il più ampio principio di legalità, riconoscendo, seppure, per parte della dottrina, non sempre in modo diffuso e condiviso, anche l'importanza dell'irretroattività della legge, e il precipitato di tali considerazioni teoriche ne è stata proprio la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che, all'articolo 8, stabiliva, con un significato certamente moderno quanto segue: "... nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata".

Per completezza, va segnalato che il divieto di applicazione retroattiva della legge penale, enunciato e positivizzato già alcuni secoli fa, trovi oggi un riconoscimento ed un'applicazione globale, essendo lo stesso sancito, peraltro in modo dettagliato, forse addirittura più che nella legislazione interna, sia nella parte del divieto di nuova incriminazione retroattiva che nella parte dell'aggravamento della pena, dal par. 15 del Patto sui diritti civili e politici dell'ONU del 1966⁵⁰.

2.1. *La ratio del divieto di retroattività in peius.*

Le riflessioni si devono ora concentrare sulla nevralgica questione, tutt'altro che storicamente pacifica⁵¹, dell'individuazione della *ratio* sottesa al principio di irretroattività *in peius*.

Questa sembra doversi ricondurre, secondo la dottrina più autorevole⁵², alla suprema esigenza di garanzia, posto che, come detto, il divieto dell'incriminazione retroattiva è sì "completamento logico dei principi della riserva di legge", ma anche del principio di "tassatività, la cui funzione garantista sarebbe frustrata se poi si lasciassero i comportamenti umani esposti all'incognita di future incriminazioni". Garanzia, quindi, di fronte agli abusi del potere politico, il quale non può maneggiare l'ordinamento a suo piacimento selezionando le condotte commesse a cui ricollegare una sanzione penale.

⁵⁰ Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso"; è evidente la congruenza rispetto all'articolo 7 CEDU.

⁵¹ *Ex multis*, SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali*, I, Messina, 1988, 12 e AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit., 177 ss.

⁵² SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 89, GALLO M., *Appunti*, cit., 115, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2015, 79 ss., PAGLIARO A., *Principi*, cit., 114 ss.

Garanzia, questa, rafforzata dall'esclusione, peraltro, dell'applicazione ultrattiva della norma, in caso di estinzione: in tal modo, "delimitando verso il passato e verso il futuro la validità della legge penale, tali principi permettono di risalire al superiore principio dell'attualità della legge penale (*tempus regit actum*), per il quale la validità della medesima è rigorosamente circoscritta al tempo in cui essa è in vigore"⁵³.

Potremmo definirla, quindi, come una autolimitazione imposta dal legislatore costituente⁵⁴, che va quasi a costituire una rimodulazione, se non un limite, al principio di legalità stesso⁵⁵.

Questa prima lettura non è tuttavia rappresentativa dell'intero panorama dottrinale: vi è chi preferisce affiancare all'esigenza di garanzia del cittadino, l'esigenza di certezza⁵⁶ che, per la verità, permea *in toto* il nostro ordinamento, ma, in particolar modo, la materia penale, in modo tale che, di fronte al mutare delle valutazioni del legislatore, il cittadino non sia punito (più severamente) per fatti che, al momento della loro commissione, non erano (così severamente) puniti, non potendo essere a conoscenza della censura dell'ordinamento in merito a quella condotta, tutelando così l'affidamento dello stesso verso la *lex scripta*⁵⁷.

In questo senso la certezza è strettamente connessa con il concetto di previa conoscibilità da parte dei soggetti delle norme incriminatrici e affonda le sue radici sul principio dell'affidamento⁵⁸.

⁵³ MANTOVANI F., *Diritto*, cit., 79.

⁵⁴ Vi è chi parla di etero-limitazione per "limite posto da una fonte superiore allo stesso legislatore ordinario": SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 73.

⁵⁵ DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Digesto delle discipline penali*, XIII, Torino, 1997, 89.

⁵⁶ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 25, secondo cui "si sono contese il campo, sostanzialmente, due teorie: quella che ravvisa la ratio del principio di irretroattività in una esigenza di certezza, e quella che l'individua in una garanzia per il cittadino.

⁵⁷ BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1988, 232: "il divieto di retroattività delle leggi penali è anch'esso espressione di certezza; è, anzi, l'espressione più pura dell'esigenza di certezza". Sostiene la presenza del valore della certezza tra i fondamenti dell'irretroattività *in peius* anche GALLO M., *Appunti*, cit., 115: "sancendo l'irretroattività della regola incriminatrice la Costituzione ubbidisce ad un'esigenza, oltre che di ovvia garanzia per i destinatari delle regole penali, di certezza".

⁵⁸ Questa impostazione atta ad individuare la *ratio* del principio in esame è sottesa ad alcune pronunce della giurisprudenza, anche costituzionale, tra le quali si cita la sentenza Corte cost. 31 marzo 1988, n. 367, in *giurcost.org*, la quale afferma che "nel quadro delle fondamentali direttive del sistema costituzionale desunte soprattutto dagli artt. 2, 3, 25, secondo comma, 73, terzo comma Cost. ecc., alla 'possibilità di conoscere la norma penale' va, infatti, attribuito un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti: tale 'possibilità' è, infatti, presupposto della rimproverabilità del fatto, inteso quest'ultimo come comprensivo anche degli elementi subiettivi attinenti al fatto di reato" e ancora "l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale è, dunque, ulteriore requisito subiettivo minimo d'imputazione, che si ricava dall'intero sistema costituzionale ed in particolare dagli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost."

La ricerca e il dibattito non si fermano qui, ma si è discusso se l'origine dell'irretroattività dovesse essere riconducibile addirittura ad un principio superiore, rispetto al quale quello di irretroattività si porrebbe come una delle diverse declinazioni: il *favor libertatis* o *favor rei*⁵⁹, principio ispiratore di vari istituti, sia di diritto sostanziale che processuale, che tuttavia per parte della dottrina, probabilmente maggioritaria, non può essere elevato a principio generale dell'ordinamento, ovunque applicabile e vincolante per l'interprete⁶⁰; nello specifico, nel contesto che stiamo trattando, assicurerebbe al cittadino, nel confronto tra la legge precedente e lo *ius superveniens*, il trattamento più favorevole, andando in questo modo a creare un fondamento (costituzionale) comune tra principio di irretroattività della legge sfavorevole e retroattività della legge più mite⁶¹; risultato, questo, non ottenibile considerando, quale fondamento governante la materia trattata, il principio di certezza, dato che, come si vedrà, quest'ultimo si trova in apparente contraddizione con il principio della retroattività *in mitior*⁶².

Aldilà della riconducibilità della *ratio* a motivi di garanzia, di certezza o di *favor libertatis*, l'applicazione retroattiva della legge penale che introduce o inasprisce una pena sarebbe censurabile nel nostro ordinamento, in quanto striderebbe con altri principi proprio del diritto penale generale: la funzione general-preventiva della norma penale e il principio di colpevolezza.

Quanto al primo, si può osservare che una legge penale che mira a punire fatti accaduti prima della sua entrata in vigore, quando il soggetto, in ipotesi reo per aver commesso il fatto, non poteva immaginare che la condotta fosse censurabile dall'ordinamento, non potrebbe perseguire la sua funzione preventiva, in quanto "l'orientamento del singolo

⁵⁹ Per la verità, per una differenza tra i termini "*favor rei*" e "*favor libertatis*", si veda CHIAVARIO, M. *Favor libertatis*, *Enc. Dir.*, XVII, 1968, nel quale, riprendendo delle riflessioni di LEONE G., *Dottrine generali*, in LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 191, si afferma che "la contrapposizione tra il *favor libertatis*, concepito 'come il principio in base al quale tutti gli strumenti processuali devono tendere alla sollecita restituzione della libertà personale all'imputato che ne sia privo, quando vengano a mancare le condizioni che legittimano lo stato di privazione della libertà', ed il *favor rei*, concepito 'come il principio in base al quale tutti gli strumenti processuali devono tendere all'accertamento della non responsabilità dell'imputato', e, quindi, come un principio concernente 'non più lo stato di libertà personale, ma l'accertamento di una posizione di merito nei confronti della *notitia criminis*'"

⁶⁰ Secondo MANTOVANI F., *Diritto*, cit., 79, "costituisce espressione del più generale principio del *favor libertatis*, che secondo la genesi storica illuministica e la tradizione liberale ha sempre sorretto il principio di legalità nella sua triplice articolazione della riserva di legge, della tassatività e della irretroattività". Sulla stessa linea interpretativa si trova PAGLIARO A., *Principi*, cit., 113 ss.

⁶¹ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 113: "la irretroattività è uno dei corollari di un principio superiore (*favor libertatis*), il quale, in omaggio alla libertà del cittadino, gli assicura il trattamento più mite tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del reato e i trattamenti stabiliti da leggi successive".

⁶² In senso di negare la contraddizione tra *ratio* di certezza e principio della retroattività *in melius*, BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario*, cit., 227 ss.

verso un determinato comportamento può naturalmente venire sempre e soltanto da norme già tipicizzate, in quanto precetti penali retroattivi finirebbero per cadere nel vuoto”⁶³.

La lesione del principio di colpevolezza sarebbe ravvisabile, invece, nella misura in cui manca il necessario requisito della rimproverabilità, ossia l’elemento soggettivo, affinché si possa configurare un reato e punire il soggetto, dato che, appunto, quest’ultimo non poteva sapere che, nel momento in cui ha posto in essere la condotta, questa sarebbe stata successivamente oggetto di censura da una successiva norma⁶⁴. È logico che nel silenzio dell’ordinamento nessuna condotta possa essere successivamente stigmatizzata dallo stesso, e, anzi, se così fosse, verrebbe meno quel sistema di garanzia del cittadino di fronte agli abusi del potere del legislatore, quest’ultimo potrebbe addirittura introdurre delle incriminazioni *ad hoc*.

2.2. Casi limite di deroga al principio di irretroattività.

Vale ora la pena considerare se vi siano delle ipotesi in presenza delle quali il divieto di applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole possa essere sospeso ovvero se, all’opposto, la statuizione costituzionale che lo presidia sia, in quanto tale, inderogabile. Nonostante il divieto di retroattività della legge penale peggiorativa segni “il prevalere di esigenze di garanzia, rispetto a ragioni di giustizia sociale e di difesa sociale”⁶⁵ e, per tale motivo, sia ritenuto inderogabile da un “roccioso orientamento” della Corte costituzionale⁶⁶, esistono dei casi limite in cui l’operatività del principio lascia (*rectius*, ha lasciato) posto a esigenze superiori di giustizia sostanziale.

Il punto di partenza di questa considerazione non può che essere il § 2 dell’articolo 7 CEDU, il quale statuisce che “il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle

⁶³ AMBROSETTI E.M, *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit., 185 e anche SIRACUSANO P., *Successione*, cit., 20: “la generalità dei consociati non può, ovviamente avvertire la forza di intimidazione di una fattispecie criminosa inesistente al momento della commissione del fatto”.

⁶⁴ Nel senso di riconoscere al principio di colpevolezza una delle ragioni giustificatrici del divieto di retroattività SIRACUSANO P., *Successione*, cit., 22.

⁶⁵ BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario*, cit., 284.

⁶⁶ MANES V., *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *Questione Giust.*, aprile 2019, 299.

nazioni civili”: se l’origine dottrinale va rinvenuta nella celebra “formula di Radbruch”⁶⁷ e nella dottrina che si è sedimentata a partire da questa autorevole riflessione, che, ancora oggi, sembra animare un certo dibattito⁶⁸, l’origine storica di questa disposizione risale certamente al secondo dopoguerra e, in particolare, nella vicenda processuale scaturita al termine del conflitto globale, nota come processo di Norimberga, a seguito del quale i criminali nazisti furono processati e, per la maggior parte, condannati per crimini che certamente non erano già stati previsti da una *prævia lex scripta*⁶⁹.

Per la verità, all’interno della medesima cornice storica, il fenomeno dell’applicazione retroattiva della legge penale non è estraneo alla legislazione italiana: prima della positivizzazione costituzionale del principio di irretroattività *in peius*, con il d.l. 27 giugno 1944, n. 159 si sono infatti punite le condotte configurabili come “delitti fascisti” e di “collaborazionismo coi tedeschi”, compiute negli anni precedenti, violando apertamente il principio in esame, pur, formalmente, costituendo una deroga ad una legge di uguale rango primario, quale l’articolo 2 c.p.

Da tale vicenda storica è scaturita una riflessione circa la legittimità, anche *pro-futuro*, di una frontale violazione di tale divieto nel caso estremo del verificarsi di crimini particolarmente orrendi, in presenza dei quali per taluno sarebbe contrario a ragioni di giustizia sostanziale l’applicazione “senza eccezioni...del principio di legalità nei suoi vari sotto principi, primo fra tutti quello di irretroattività”⁷⁰.

⁶⁷ Ci si riferisce alla teoria enunciata nel celebre scritto “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*” del 1946, nel quale Gustav Radbruch afferma il principio secondo cui il diritto positivo, nel caso superasse l’invalidabile limite della giustizia, dovrebbe considerarsi una “ingiustizia legale” fino a diventare un “non-diritto”. Una completa ricostruzione della teorica radbruchiana è compiuta da PUGLISI G., *La clausola di Norimberga*, Torino, 2021, 50 ss., dove la stessa viene sintetizzata essenzialmente in due punti: 1) laddove sussistesse un conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto, quest’ultima potrebbe avere la precedenza, finanche nei casi in cui lo stesso diritto non fosse nei fatti adatto a raggiungere gli scopi che si prefigge, salvo il caso in cui il contrasto superi la soglia della “intollerabilità”, divenendo, il diritto positivo, un “diritto ingiusto”, destinato, dunque, ad arretrare di fronte alla giustizia. 2) Si parla invece di un “non diritto” nei casi in cui il diritto positivo si spingesse a negare l’eguaglianza, nucleo fondamentale su cui si incardina la giustizia: così, le disposizioni di legge non sarebbero nemmeno qualificabili come valide.

⁶⁸ Si cita, tra tutti VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, 1 ss. e AMBROSETTI E.M., *Il rapporto fra legalità e giustizia: l’eterno ritorno della formula di Radbruch*, in AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, 18-32.

⁶⁹ “La ‘legalità’ applicata trovò supporto positivo unicamente nell’Accordo di Londra, istitutivo del Tribunale internazionale insediato a Norimberga, e siglato in prossimità dei processi, in data 8 agosto 1945”, VELO DALBRENTA D. *Sul problema dell’obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2017, 360. In tema, uno sguardo critico si trova in KELSEN H., *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, «Nuovi studi politici», 1989, 99-115.

⁷⁰ CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 89.

Sul punto la dottrina si è interrogata, ma la sentenza Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina del 2013 della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rimosso ogni dubbio, sancendo perentoriamente, in merito al § 2 dell'articolo 7 CEDU, che “gli autori della Convenzione non avevano l'intenzione di predisporre un'eccezione generale alla regola della non retroattività”, ma anzi, al §1, “una regola generale della non retroattività”, mentre il “§ 2 non è altro che una precisazione contestuale della parte della regola relativa alla responsabilità, aggiunta per togliere ogni dubbio riguardante la validità delle azioni penali avviate dopo la Seconda Guerra mondiale contro gli autori di sevizie commesse durante tale guerra”⁷¹.

Svolte queste riflessioni, possiamo concludere che il divieto di irretroattività sfavorevole enucleato dall'articolo 25, II comma, Cost. costituisce un principio costituzionale inderogabile e non sottoponibile a giudizi di bilanciamento dei beni costituzionalmente tutelati; non può infatti, l'ordinamento, accogliere delle ipotesi di cedevolezza di un tale fondamento dello stato liberale, poiché, da un lato, l'ordinamento stesso non può presumere l'avverarsi di una fattispecie storica simile a quella realizzatasi con il nazifascismo, la quale, come effetto, ha proprio la caduta del sistema liberale stesso; dall'altro lato, l'enunciazione di un'ipotesi in presenza della quale il divieto dovrebbe lasciare posto a pretese esigenze superiori, quali la difesa dello stato dell'ordine sociale, sarebbe troppo vaga e idonea a subire degli abusi applicativi.

Insomma, quelle ipotesi storicamente avveratesi, che hanno segnato l'innegabile necessità di punire gravi crimini di guerra e contro l'umanità, rimangono ancorati ad un caso limite e non è possibile prevedere se vi si riproporranno le medesime circostanze storiche che ne hanno giustificato una deroga⁷².

⁷¹ Corte EDU, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina, 18 luglio 2013, ricc. 2312/08 e 34179/08, in *Giust. Civ.*, 2013, 7-8, I, 1299.

⁷² In tema, paradigmatica è la presa di posizione da parte di PUGLISI G., *La clausola*, cit., 186 ss., il quale sostiene che, oggi, il § 2 dell'articolo 7 CEDU abbia una funzione “mnestico-monitoria”, in quanto “ricorda il passato nazista e ammonisce su di esso, sottintendendo però che la civiltà giuridica nata dalle sue ceneri non può più formalmente rinunciare al principio di irretroattività”.

3. Il principio della retroattività della lex mitior: ambito di applicazione e fondamento giuridico.

Per completare lo studio circa lo statuto della successione della norma penale nel tempo e per comprendere maggiormente il fondamento, oltre che la dinamica applicativa, del principio di irretroattività, è necessario occuparsi del principio, parallelo rispetto a quello fin ora esaminato, della retroattività della legge penale più favorevole.

L'articolo 2 c.p., dopo aver sancito, al I comma, il principio di irretroattività *in peius*, prosegue con una disciplina dettagliata del principio di retroattività *in mitior*, distinguendo l'ipotesi di *abolitio criminis* (II comma) da quella della modifica normativa favorevole al reo (IV comma).

Sono queste le due ipotesi classiche di successione (in senso ampio) favorevole, a cui va aggiunto il III comma, introdotto dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85, il quale estende il principio di retroattività della *lex mitior* anche ai casi di modifica del trattamento sanzionatorio, da pena detentiva a pecuniaria, determinando così la conversione della prima nella seconda.

Come già si ha avuto modo di sottolineare nel primo paragrafo⁷³, la distinzione tra questi due fenomeni è rilevante, non solo da un punto di vista teorico, ma anche pratico, se si tiene conto dell'efficacia "iperretroattiva" dell'abrogazione, capace di travolgere anche un'eventuale sentenza passata in giudicato. A tal proposito è utile rammentare che l'ordinamento prevede un apposito rimedio, disciplinato all'articolo 673 c.p.p., finalizzato a rimuovere gli effetti della sentenza di condanna o del decreto penale di condanna, con una pronuncia del giudice dell'esecuzione. La revoca del giudice dell'esecuzione è permessa, però, oltre che ai casi di pronuncia di incostituzionalità della norma penale su cui la sentenza da revocare si fonda, per i soli casi di *abolitio criminis* e non di *abrogatio sine abolitione*, ossia di mera modifica della fattispecie.

Affinché si determini un'abrogazione, è necessario che venga meno una astratta valutazione di illiceità della fattispecie tipizzata, mentre si determina una vera e propria successione tra le diverse fattispecie qualora si possa affermare si realizzi quel collegamento tra le fattispecie che si è prima analizzato e ricondotto, aderendo all'impostazione tradizionale, ad un rapporto speciale di continenza tra le due fattispecie. Va precisato però che quanto fin ora sintetizzato vale principalmente per le modifiche immediate della fattispecie, ossia quegli "interventi legislativi che incidono direttamente

⁷³ V. *supra* 3.

sulla struttura del tipo di illecito”, le quali si distinguono dalle modifiche mediate, “in cui il *novum* legislativo incide sulla possibilità di applicazione ad un caso concreto”⁷⁴, effettuando la fattispecie penale un (rinvio) ad una norma integratrice, penale o extra-penale.

In quest’ultimo caso dottrina e giurisprudenza non sono univoci nel riconoscere l’applicabilità del II comma dell’articolo 2 c.p. anche ai casi di successione di norme integratrici di una certa legge penale: accanto ai due orientamenti giurisprudenziali classici, l’uno in senso favorevole all’applicazione estensiva e l’altro in senso restrittivo, dove prevale quest’ultimo⁷⁵, in dottrina si è sviluppato un orientamento intermedio che guarda alla natura della norma integratrice e sulla sua idoneità ad incidere sulla *ratio punendi* della norma incriminatrice⁷⁶.

Le ipotesi più pacifiche, per le quali si ritiene applicabile in via estensiva il principio dell’*abolitio criminis* sono quelle relative alle norme penali in bianco: in tal caso l’abrogazione della fattispecie integratrice inciderebbe direttamente sul giudizio di disvalore, in quanto questa concorre a formare la struttura e il contenuto della fattispecie incriminatrice; lo stesso principio vale per le disposizioni definitorie, le quali costituiscono vere e proprie norme integratrici della fattispecie penale.

A diversa conclusione invece si deve giungere in merito a quelle norme integratrici che, una volta modificate, non fanno venir meno finalità punitiva della norma penale: in merito a questa ipotesi, l’esempio classico di cui si avvale la dottrina nel fondare le proprie argomentazioni, è quello della denuncia calunniosa, a cui segue l’abrogazione del reato su cui la calunnia stessa si fonda; è evidente che il disvalore della condotta del calunniante non viene meno con il venir meno della punibilità del reato a cui si rinvia.

⁷⁴ AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G., AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Trattato*, cit., 189. Nell’ipotesi di modifica mediata della fattispecie, al fine di individuare la variazione normativa è necessario riferirsi al fatto concreto, rimanendo ferma la fattispecie penale astratta, AMBROSETTI E. M., *Abolitio criminis*, cit., 37.

⁷⁵ Si veda, tra tutte, Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss., con nota di AMBROSETTI E.M. Contra Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 1998, n.4176, in *Giust. pen.*, 1999, II, 84: “per norma incriminatrice si intende la norma che definisce la struttura essenziale e circostanziale del reato, comprese le fonti extra-penali che contribuiscono ad integrare la fattispecie penale. Pertanto, qualsiasi modifica delle fonti integratrici comporta un mutamento della norma incriminatrice, mutamento che è disciplinato dai principi stabiliti dall’art. 2 c.p.”.

⁷⁶ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto*, cit., 110.

3.1. La ratio e il confronto con l'opposto principio dell'irretroattività.

Definitone in modo sommario il campo di applicazione, è ora necessario individuare il fondamento giuridico che la dottrina pone alla base del principio di retroattività della *lex mitior*: va innanzitutto osservato che, a differenza di quanto visto in materia di irretroattività della legge penale sfavorevole, tale principio non possiede un ancoraggio costituzionale, ma esclusivamente codicistico.

Questo primo dato ha portato gli interpreti a interrogarsi sulla qualificazione del fondamento giuridico del principio in esame e sulla eventuale natura costituzionale del principio in esame; infatti, aldilà dell'orientamento che attribuisce all'articolo 2 c.p. una natura sostanzialmente costituzionale⁷⁷, anche nel suo II, III e IV comma, eliminando in tal modo la necessità di ricercare una norma di riferimento nella Carta fondamentale, si sono sviluppati diversi indirizzi in tema.

Occorre però premettere in questa sede che non solo si è dubitato sulla natura costituzionale del principio in esame, ma si è addirittura dubitato, seppur con intento puramente speculativo, della conformità dello stesso alla Costituzione. Alcuni autori hanno infatti sollevato un quesito, prettamente teorico, circa il contenuto discordante, se non addirittura opposto, dell'articolo 2 c.p., rispetto alla lettera dell'articolo 25, II comma, Cost.

Per la verità questo contrasto sarebbe limitato al IV comma, poiché, applicare retroattivamente una disciplina che interviene sulla punibilità di un soggetto, anche se *in melius*, significherebbe violare il divieto di applicazione al passato di una legge, che proibisce che il reo venga punito in forza di una legge successiva al *tempus commissi delicti*, non distinguendo in alcun modo tra norma più o meno favorevole rispetto alla precedente.

Diversamente, il II comma si pone su di un piano diverso rispetto al disposto costituzionale, in quanto riconosce l'applicazione retroattività della legge “che *non punisce*, ma, al contrario, assicura la non punibilità del fatto”⁷⁸.

La questione può essere risolta senza particolari contraccolpi ricorrendo alla *ratio* del divieto di retroattività della legge penale: una corretta lettura del principio superiore del

⁷⁷ In tal senso PAGLIARO A., *Principi*, cit., 114: “sebbene non nella forma, le disposizioni dei primi tre commi dell'art. 2 sono materialmente costituzionali, in quanto concernono i diritti fondamentali del cittadino”. Una smentita viene dalla stessa Corte costituzionale che con le sentenze della n. 393 del 2006 e n. 72 del 2008 hanno negato la costituzionalizzazione, e quindi l'inderogabilità, del principio sancito dall'articolo 2, IV comma, c.p.

⁷⁸ GALLO M., *Appunti*, cit., 114.

favor libertatis permette, infatti, di limitare il divieto di retroattività della legge penale esclusivamente alla modifica recessiva del trattamento riservato al reo. Non vi sarebbe così alcuna contraddizione tra la prevalente regola della non applicabilità retroattiva della legge sfavorevole e la regola della retroattività favorevole, portando così al legittimo operare del principio *ex* articolo 2 c.p. (comma IV)⁷⁹. Allo stesso modo, non si vede perché le studiate *rationes* di garanzia e certezza si porrebbero in contraddizione con questo principio, che, anzi, sembra fungere da completamento rispetto al fondamento ispiratore dell'irretroattività sfavorevole.

Conclusasi la riflessione circa la legittimità costituzionale della retroattività *in bonam partem* nel senso di una piena aderenza di quest'ultimo al vero significato del secondo, occorre tornare al diverso versante della ricerca del fondamento giuridico e della relativa rilevanza costituzionale. Va fin da subito riferito che l'indirizzo preponderante in dottrina ha cercato di individuare una *ratio* comune rispetto a quella del principio di irretroattività. Chiaramente, se si accetta la tesi secondo la quale il fondamento costituzionale di quest'ultimo va individuato nell'esigenza di certezza o, come afferma la Corte costituzionale, nella "calcolabilità" del rischio penale al momento della realizzazione della condotta, non sarebbe possibile affermare la coincidenza tra i fondamenti costituzionali dei due principi enucleati all'articolo 2 c.p.⁸⁰.

Diversamente, la giurisprudenza e la dottrina più risalenti⁸¹ hanno correttamente individuato il fondamento in un principio superiore, il visto "*favor libertatis*", che ponendosi, come visto precedentemente, alla base del divieto costituzionale di retroattività della legge penale sfavorevole estenderebbe implicitamente la natura costituzionale stessa al principio in esame: non solo, quindi, questo non potrebbe essere considerato costituzionalmente illegittimo, ma, addirittura, affonderebbe le sue radici, seppur indirettamente, in una norma costituzionale.

⁷⁹ Così PAGLIARO, *Principi*, 114, il quale afferma che "il legislatore non voleva stabilire *sic et simpliciter* il principio della irretroattività della norma penale", ma "intendeva soltanto fare un'applicazione particolare del principio sovraordinato riguardante la libertà del cittadino". "Perciò, altre norme, le quali, pur contrastando con il principio di irretroattività, mirino a quest'ulti a quest'ultimo scopo, sono perfettamente costituzionali, in quanto non contrastano con la *ratio* dell'articolo 25 comma 2 Cost.; così anche GALLO M., *Appunti*, cit., 118.

⁸⁰ Esistono tuttavia degli orientamenti contrari, in particolare GALLO M., *Appunti*, cit., 118: "la retroattività della legge penale più favorevole non rappresenta una mera soluzione equitativa, senza fondamento e validità costituzionale, bensì l'applicazione di un principio che ubbidisce alla moralità sottesa all'esigenza di certezza". Allo stesso modo il già citato BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario*, cit., 227 ss.

⁸¹ Tra tutti, si veda SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 148. A conferma anche Cass. pen. sez. un., 22 gennaio 1983, n.1, in *Giust. pen.*, 1984, II, 33.

Tuttavia, nonostante non vi sia dubbio che la regola della retroattività della legge più favorevole costituisca una declinazione evidente, se non la più evidente⁸², del *favor libertatis* (o *rei*), questo rimane l'orientamento minoritario, non potendo con certezza affermare l'esistenza di questo principio ed essendo invece preferito, secondo un indirizzo ormai consolidato⁸³, il riferimento all'articolo 3 della Cost.: sarebbe infatti irragionevole, dunque lesiva del principio di uguaglianza, una disciplina che sanzionasse in modo diverso due condotte a partire dal solo fattore temporale, ossia poiché il fatto si è realizzato prima o dopo l'entrata in vigore della legge più favorevole. È significativo che la funzione di carattere equitativo dell'applicazione retroattiva *in bonam partem* e della sua (limitata) ultrattività sia testimoniata proprio dai Lavori preparatori al c.p.: l'introduzione di tale norma era motivata “dalla esigenza di non far dipendere l'applicazione di una data legge penale invece di un'altra, e quindi la maggiore o minore punizione di colui che deve rispondere del reato, da circostanze estrinseche e variabili, vale a dire secondo che al giudizio si proceda quando è ancora in vigore la legge del tempo del commesso reato, o successivamente”⁸⁴.

L'indirizzo appena esposto è confermato anche da alcuni arresti della Corte costituzionale, la quale, con alcune pronunce ravvicinate, ha affermato che “la regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, II comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale”⁸⁵ che, a parere della Corte stessa, va ravvisato nel principio di eguaglianza, il quale “impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”⁸⁶.

Questa equiparazione, afferma la Consulta, è dovuta al fatto che “non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve). Per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della

⁸² secondo SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 148, i commi 2 e 3 articolo 2 c.p. sono la reale espressione del *Favor rei*, mentre la regola di cui al comma 1 più correttamente “garanzia”.

⁸³ Nella dottrina contemporanea questo è l'indirizzo unanime; tra tutti FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto*, cit., 105 e MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale*, cit., 135. A conferma, tra le altre, si veda Corte cost. 20 febbraio 2019, n. 63 e Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210 in *cortecostituzionale.it*.

⁸⁴ Lav. Prep., V, I, 1929, 21, in *core.ac.uk*.

⁸⁵ Corte cost. 18 giugno 2008, n. 215, in *cortecostituzionale.it*.

⁸⁶ Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394 in *cortecostituzionale.it*.

legge penale e, ancor di più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di un mutato giudizio del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa”⁸⁷.

In conclusione, occorre fare un cenno alle fonti sovranazionali in materia, in quanto, come si è visto, queste integrano e completano il sistema di garanzie sancite nel diritto interno, anche nella materia che stiamo trattando, *a fortiori* se si considera, da un lato, che le stesse sono perlopiù direttamente applicabili nel nostro ordinamento e, dall’altro, che l’articolo 117 Cost. funge da parametro interposto ai fini della declaratoria di incostituzionalità della legge interna ad esse contrastante.

Ma, va subito precisato che in materia di retroattività *in bonam partem* non vi è nessuna norma espressa nella CEDU: si riproduce così a livello sovranazionale quel *vulnus* del diritto positivo che caratterizza, come visto, anche la nostra Carta fondamentale.

Tuttavia, la corte di Strasburgo si è espressa in merito a tale principio in occasione della pronuncia sul caso Scoppola c. Italia del 2009, con la quale è stata elevato a principio fondamentale, attraverso una interpretazione evolutiva, la retroattività della *lex mitior*: invero, secondo la Corte di Strasburgo, “l’art. 7, par. 1, della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo. Pertanto, nell’ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell’art. 7, par. 1, CEDU l’applicazione della pena più sfavorevole al reo”⁸⁸.

La Corte costituzionale recepisce i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Scoppola⁸⁹, secondo cui l’art. 7 CEDU e attribuisce così uno “*status* costituzionale della retroattività della norma penale più favorevole” che non si limiterà più al richiamo del “canone di eguaglianza e ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost.”⁹⁰, bensì anche dello stesso articolo 117 Cost., nella misura in cui recepisce l’articolo 7

⁸⁷ Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236 in *cortecostituzionale.it*.

⁸⁸ Corte EDU, Scoppola c. Italia, ric. n. 65050/09, 17 settembre 2009, in *Cass. pen.*, II, 2010, 832 ss.

⁸⁹ La sentenza che fa propri i principi di diritto della sentenza sul caso Scoppola è la già citata Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236, cit.

⁹⁰ VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011, 15.

CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁹¹. Inoltre, va rammentato che, attualmente, una previsione scritta di tale principio è stata introdotta all'articolo 49 Carta diritti fondamentali dell'unione europea, rubricato "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene", la quale stabilisce, all'ultimo periodo del I comma, che "se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima".

Possiamo dunque affermare che, oggi, lo statuto del regime di retroattività favorevole è frutto di un quadro composito e trova quindi il suo fondamento in fonti costituzionali, sovranazionali e internazionali.

3.2. L'ammissibilità della deroga al principio di retroattività favorevole nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ai fini una maggiore comprensione del relativo fondamento giuridico e delle modalità con cui opera in principio *de quo*, deve essere rapidamente analizzato il regime di derogabilità dello stesso. In primo luogo, conviene ricordare che alla riconducibilità del fondamento giuridico al principio di eguaglianza consegue, contrariamente a quanto visto per il principio di irretroattività, nei limiti dei casi storici citati, una limitata derogabilità del principio di retroattività della legge mitigatrice: infatti, oltre al limite codicistico del giudicato (*ex IV comma*), la Consulta ammette deroghe applicando il consueto parametro della ragionevolezza, strettamente connesso all'articolo 3 Cost.⁹², in sede di bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti; bilanciamento che "consiste nell'accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior 'peso', ossia un maggior 'valore', rispetto all'altro"⁹³.

Ne è un esempio lampante la sentenza n. 393 del 2006, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2006, limitatamente alle parole "dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché", ritenendola irragionevole nella misura in cui non applica la disciplina ai processi di primo grado pendenti alla data di entrata in vigore della legge

⁹¹ "Sappiamo pure che la Corte costituzionale e il giudice italiano devono tenere in considerazione non il mero dato testuale della disposizione CEDU, bensì l'interpretazione di esso fornita dalla Corte europea: dalla giurisprudenza di Strasburgo ricaviamo il contenuto di significato da attribuire all'enunciato legislativo", GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la corte europea l'art. 7 cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, V, 2010, 2031.

⁹² MANES V., *Retroattività*, cit., 299.

⁹³ GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola"*, cit., 2040.

medesima. Afferma infatti la Corte che “lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza”, pur non trovando questo un richiamo esplicito in una disposizione costituzionale, ma essendo questo solo deducibile implicitamente dalla legislazione costituzionale interna, sovranazionale ed internazionale⁹⁴.

È dunque astrattamente ammissibile la cedevolezza della portata retroattiva della norma più favorevole, a seguito di un intervento legislativo dotato dei caratteri della ragionevolezza, ossia che, in sede di bilanciamento degli interessi in gioco, vi sia un sacrificio a fronte di un beneficio costituzionalmente accettabile.

Tuttavia, come si è detto, il fondamento e il regime applicabile al principio in esame è inscindibilmente legato all’ordinamento internazionale, anche nella disciplina dei relativi limiti: “dovrà essere ora interiorizzata anche dalla dottrina penalistica, che eventuali deroghe a tale principio – laddove ammissibili – dovranno in futuro potersi giustificare altresì al metro e con la logica del diritto convenzionale, e non meramente del diritto costituzionale interno”⁹⁵.

In merito, non vi è alcun dubbio che anche la Corte europea dei diritti dell’uomo ammetta limiti al principio di retroattività *in mitior*, essendo anche questa una portata indiretta della sentenza sul caso Scoppola⁹⁶, ma vi è piuttosto da interrogarsi se il regime di derogabilità interno sia più o meno stringente rispetto a quello convenzionale, atteso che deve essere individuata la disciplina che tra diritto nazionale e diritto convenzionale assicuri la maggiore protezione al diritto fondamentale⁹⁷.

La conclusione che sembra evidente dalla lettura delle norme costituzionali e convenzionali, così come interpretate dalle relative corti, è che via sia un grado di

⁹⁴ Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393 in *cortecostituzionale.it*. Oggetto del vaglio costituzionale, il citato art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2006, era una norma disciplinante la prescrizione, istituito a confine tra la natura sostanziale e processuale che, come si vedrà, ha occupato le riflessioni di larga parte della dottrina e della giurisprudenza nella determinazione della sua natura e, di conseguenza, del suo regime successorio. Nella sentenza testé analizzata, la Consulta attribuisce alla stessa una natura sostanziale, ritenendo perciò applicabile il regime proprio delle norme penali sostanziali, tra qui il principio della retroattività della norma mitigatrice.

Altre pronunce in materia di vaglio di ragionevolezza si vedano le sentenze Cort. Cost. 28 marzo 2008, n. 72 e la citata Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236, cit.

⁹⁵ VIGANÒ F., *Sullo statuto*, cit., 15.

⁹⁶ In tal senso VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 221.

⁹⁷ Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317, in *cortecostituzionale.it*.

protezione interno pari, se non superiore, a quello convenzionale⁹⁸: il giudizio a cui la cedevolezza della retroattività dovrebbe sottostare, ovvero sia il citato giudizio di ragionevolezza enucleato dalla nostra giurisprudenza costituzionale, deve essere considerato, nelle sue modalità applicative, sufficientemente rigoroso da non permettere alcun abuso del legislatore e, nel suo orientamento consolidato, la Corte costituzionale non ha mai attuato un allargamento delle maglie della derogabilità al principio *de quo*.

3.3. Il confine tra il principio di retroattività ed irretroattività della legge penale: la nozione di “norma più favorevole al reo”.

Occorre, una volta definiti i paradigmi fondamentali del principio di retroattività *in bonam partem*, definire il presupposto applicativo dello stesso, ovvero sia il concetto di “legge più favorevole”.

La questione non è di secondaria importanza se si considera che, a seconda che si giudichi la norma sopravvenuta come più o meno favorevole ai fini del trattamento penale del reo, dipende l'applicazione dell'uno o dell'altro principio, con conseguenze incisive sulla pena irrogabile in concreto e, in definitiva, sulla libertà personale.

Tuttavia, a differenza dalle altre questioni analizzate (e che si analizzeranno) non sembra questa essere oggetto di dibattiti e contrapposizioni in dottrina e in giurisprudenza: secondo un orientamento consolidato e mai smentito, nell'operare il raffronto tra la precedente e la nuova disciplina, l'interprete deve effettuare una valutazione in concreto, cioè un raffronto tra il complesso delle conseguenze che deriverebbero applicando da un lato la legislazione precedente e, dall'altro, la nuova disciplina⁹⁹.

Questa affermazione di principio, che fa leva sull'accertamento in concreto, è facilmente applicabile qualora le modifiche legislative abbiano un effetto *in toto* più o meno favorevole al reo: un esempio ne è l'intervento che si limiti ad aumentare od abbassare i limiti edittali, sia nel minimo che nel massimo, ovvero che sostituisca la pena detentiva con una pena alternativa, che, secondo la giurisprudenza, costituisce senza ombra di dubbio una modifica favorevole.

⁹⁸ Così VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., 222. A conferma anche GAMBARDELLA M., *Il “caso Scoppola”*, cit., 2046-2047, il quale afferma che nell'ipotesi di *abolitio criminis*, la tutela interna supera quella sovranazionale, mentre le due sono parificabili in caso di successione di leggi modificatrici.

⁹⁹ In questo senso milita la totalità della dottrina e della giurisprudenza.

Diversamente, qualora il legislatore introduca solo alcuni elementi migliorativi e altri invece peggiorativi, l'interprete sarà costretto ad una valutazione che abbia ad oggetto l'intera situazione, non solamente le modifiche direttamente incidenti sulla pena, ma viceversa "tutte le conseguenze giuridiche che seguirebbero al fatto concreto, se fosse applicata l'una legge o l'altra"¹⁰⁰.

Infatti, a differenza del caso visto in precedenza, può accadere che i minimi e i massimi edittali vengano modificati in modo non coerente, come nel caso in cui la disciplina che, risultante dalla modifica, contenesse un minimo di pena maggiore ed un massimo inferiore; in applicazione del principio della valutazione in concreto, il giudice dovrà verificare se nel caso di specie debba essere applicato il minimo o il massimo edittale e, a seguito di questa scelta, individuare quale delle due norme applicare.

Altro esempio ne è la modifica che diminuisce la pena edittale ma aggiunge una misura di sicurezza che, nel caso concreto, sarebbe applicabile al reo¹⁰¹: nel complesso la disciplina successiva risulterebbe meno favorevole al soggetto e, di conseguenza, per dottrina maggioritaria¹⁰², si dovrà applicare la precedente, operando il principio di irretroattività della legge penale *ex* articolo 2, I comma, c.p.

Un caso pacifico, oltre alla modifica della pena detentiva in pena pecuniaria, sulla quale il IV comma dell'articolo 2 c.p. non lascia libera interpretazione¹⁰³, attiene alla successione di due disposizioni, laddove la prima sanziona una determinata condotta con una pena detentiva, mentre la seconda con una pena alternativa: quest'ultima va ritenuta più favorevole al reo, in quanto l'inflizione che questo, in tal caso, subirebbe si deve presumere inferiore rispetto a quella conseguente ad una pena che sua natura consiste in una privazione della libertà personale.

In tal senso si è espressa la Suprema Corte, che ha peraltro respinto la possibile obiezione che guardasse alla conversione della pena pecuniaria come un ostacolo alla valutazione

¹⁰⁰ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 132.

¹⁰¹ Come detto, non si deve tener conto solo delle modifiche incidenti sulla pena, ma della situazione globalmente considerata, ivi comprese le modifiche attinenti alle misure di sicurezza, che pena non sono.

¹⁰² Tra tutti FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto*, cit., 108.

¹⁰³ Dalla lettura della norma, deriva che, se la norma cronologicamente successiva dovesse modificare la natura della pena, da detentiva a pecuniaria, quest'ultima sarebbe sempre qualificabile come norma più favorevole e, con ciò, applicabile retroattivamente. Questa considerazione vale anche nel caso in cui alla quantificazione tra la pena pecuniaria successivamente introdotta e la conversione della pena detentiva originariamente prevista conseguisse che quest'ultima fosse essere inferiore; così afferma infatti la Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1996, n. 2143, in *Cass. pen.*, 1997, 1003: "la pena detentiva deve perciò essere considerata più afflittiva anche quando dall'eventuale conversione di quest'ultima dovesse derivare una quantificazione pecuniaria inferiore di quella prevista con l'applicazione della pena pecuniaria prevista in alternativa alla detenzione".

in concreto della legislazione più favorevole: la pena detentiva, convertita in pena pecuniaria, è suscettibile in ogni momento di essere revocata e, per tale ragione, va considerata più sfavorevole rispetto ad una pena alternativa¹⁰⁴.

Così, una volta individuata quale tra la norma precedente e quella sopravvenuta possa essere considerata favorevole o sfavorevole, il giudice non può a sua volta farsi legislatore, plasmando una cd. *tertia lex*: per consolidata giurisprudenza dovrà essere applicata *in toto* la disciplina più favorevole al reo; in tal modo si è perentoriamente espressa la Corte di Cassazione con sentenza n. 1192 del 1998 in materia di abuso d'ufficio: "il giudice, nella valutazione comparativa della norma abrogata e di quella nuova, disciplinanti la medesima materia...deve individuare e applicare quella più favorevole al reo, essendogli inibito di "costruire" una terza disposizione che contenga gli elementi più favorevoli dell'una e dell'altra norma"¹⁰⁵.

4. L'ambito di applicazione dei principi di diritto intertemporale: il problema della definizione di "norma penale".

Finora si è parlato dei principi che regolano la successione delle norme penali nel tempo, effettuando una disamina della disciplina costituzionale e codicistica e un'analisi dei relativi fondamenti giuridici, nulla dicendo, tuttavia, su cosa si intenda con l'espressione "norma penale" (o "legge penale"), e, dunque, non è ancora stato individuato il reale campo di applicazione oggettivo dei principi in esame. Ci si avvicina così al nucleo centrale di questa ricerca.

Tralasciando l'analisi del concetto di "legge penale" sotto il profilo della qualificazione della riserva di legge contenuta all'articolo 25, II comma, Cost. e rispetto alle classiche questioni della pronuncia di incostituzionalità, del decreto-legge non convertito e della legge di interpretazione autentica¹⁰⁶, che non possono, per ragioni di opportunità, essere

¹⁰⁴ In tal senso si cita la Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 1997, n. 1058, in *Cass. pen.*, 1998, 2356: "tra due disposizioni che - come nel caso in esame - prevedono la prima la pena detentiva e la seconda la pena alternativa (ammenda o arresto), è sempre più favorevole quest'ultima, consentendo l'inflizione della sola pena pecuniaria, perché la conversione, ex art. 53 L. n. 689-1981, della pena detentiva inflitta necessariamente per effetto della prima norma, pur potendo in concreto condurre ad una pena pecuniaria (sostitutiva) meno elevate, oltre ad essere eventuale, in quanto sempre discrezionale, sarebbe comunque esposta al rischio della revoca ai sensi del successivo art. 72, ricorrendone le condizioni".

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 1192, in *Giust. pen.* 1998, II, 454.

¹⁰⁶ Si veda per una rapida rassegna delle questioni citate, PAGLIARO A., *La legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 1063 ss.

affrontate in questa sede, ci si concentrerà sull'individuazione della macrocategoria a cui queste norme appartengono.

L'articolo 2 c.p. fa riferimento alle leggi che introducono una fattispecie astratta di reato o che ne rideterminano il contenuto, in modo più o meno favorevole al reo; parimenti, il II comma dell'articolo 25 Cost., nel disciplinare il divieto di irretroattività, fa riferimento alle norme finalizzate a punire il reo¹⁰⁷. Una prima lettura superficiale del dato positivo suggerisce, in breve, che la disciplina della successione delle leggi nel tempo è incentrata sul concetto di norma penale sostanziale, intesa, quindi, come quella disposizione che, introducendo e disciplinando la sanzione penale a carico del reo, è idonea ad incidere sulla libertà personale di questo¹⁰⁸, concetto che si è potuto desumere anche dalla precedente analisi circa la definizione di "norma più favorevole": nelle riflessioni svolte, la qualificazione di quest'ultima è sempre stata correlata, infatti, alla migliore o peggiore condizione del "trattamento" che subisce il reo, sembrando far riferimento a tutti gli elementi della norma che concorrono a definire quale sia e in quale misura vada applicata la sanzione.

Sembra così escluso dal campo di applicazione della "norma (o legge) penale", il novero delle norme penali processuali, anche se, come si vedrà, non senza critiche e riserve: l'oggetto della presente ricerca si concentrerà infatti nel cercare di segnare una linea di demarcazione tra natura sostanziale e processuale delle norme penali, se non di rivedere l'utilità stessa della distinzione, al fine di una corretta individuazione della disciplina intertemporale applicabile nel caso concreto, sebbene, come si vedrà, i confini dei due diversi regimi in materia di successione di leggi, così come i confini stessi della natura sostanziale e processuale, sono spesso difficilmente definibili con certezza.

Per il momento si ritiene sufficiente individuare quali siano gli elementi fondamentali del concetto di "diritto penale sostanziale", che, come detto, sembra limitato alle norme penali che abbiano un contenuto afflittivo, ossia "concernenti in senso stretto la misura della pena" e "ulteriori e diversi profili" che "ineriscono al complessivo trattamento riservato al reo"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vi è, per la verità, chi ravvisa una differenza nelle formulazioni delle due disposizioni citate e, in particolare, nel mancato riferimento al "fatto" del disposto codicistico, GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1965, 215 – 216.

¹⁰⁸ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 117, "la lettera dell'articolo 2 c.p., nei primi due commi... sembrerebbe legittimare la opinione che l'articolo c.p. abbia per oggetto le norme sanzionate con pene".

¹⁰⁹ Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393, in *cortecostituzionale.it*.

Un primo supporto metodologico ai fini dell'individuazione delle disposizioni sostanziali deriva dalla collocazione delle norme stesse: in linea generale si può parlare di diritto penale sostanziale in riferimento alle disposizioni contenute del Codice penale, mentre di diritto penale processuale per le disposizioni proprie del codice di procedura penale. Come si vedrà in seguito, questo criterio è utile, ma non sufficiente a inquadrare con certezza le norme penali con carattere di sostanzialità¹¹⁰. Allo stesso modo, non si può addirittura considerare soddisfacente la denominazione datane dal legislatore, come affermato dai cd. “criteri Engel”, elaborati dalla Corte EDU in occasione della sentenza sul caso Engel c. Paesi Bassi: in base al primo di questi criteri, “la qualificazione giuridica interna non è dirimente ma costituisce, per espressa previsione della Corte, un semplice ‘punto di partenza’ nel giudizio di qualificazione giuridica della sanzione”¹¹¹.

La difficoltà di una ricostruzione teorica del carattere di “sostanzialità” si palesano con evidenza proprio di fronte a quegli istituti il cui contenuto non è chiaramente riconducibile alla legge penale che introduce o modifica gli elementi della fattispecie di reato e la pena già previsti *ex lege*. Insomma, norme che non hanno come oggetto di disciplina il fatto-reato, ponendosi apparentemente su un piano diverso, anche se spesso parallelo, rispetto a quello delle norme penali in senso stretto, ma allo stesso tempo idonee a compromettere gli interessi fondamentali del reo.

Perciò, assumendo come nota la nozione di norma penale sostanziale, accontentandosi di quanto innanzi anticipato, ci si occuperà ora di individuare i confini della stessa in merito a questi istituti problematici, che, da una puntuale lettura della dottrina, sono essenzialmente i seguenti: le misure di sicurezza, le misure di prevenzione e gli illeciti amministrativi.

¹¹⁰ GAITO A., *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1362: “è un principio indiscusso che la natura di una norma giuridica si deduce dal contenuto, e non già dalla sua ubicazione; e che perciò va riconosciuta natura di diritto sostanziale penale non solo a tutte quelle norme, dovunque site, la cui violazione sia sanzionata da pena, ma anche a quelle disposizioni che, pur contenute in rami dell'ordinamento diversi da quello penale, condizionino la applicazione di una norma penale incriminatrice”. Un esempio ne è la disposizione oggetto della recente sentenza della Cass. pen., sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 56104, in *Cass. pen.*, 2018, 2589 con oggetto la qualificazione e, di conseguenza, la disciplina intertemporale del novellato articolo 442 comma 2 c.p.p.: “in tema di giudizio abbreviato, l'art. 442, comma 2, c.p.p., come novellato dalla legge n. 103 del 2017 – nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per una contravvenzione, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo come previsto dalla previgente disciplina – si applica anche alle fattispecie anteriori, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., in quanto, pur essendo norma di carattere processuale, ha effetti sostanziali, comportando un trattamento sanzionatorio più favorevole seppure collegato alla scelta del rito”. Nonostante la collocazione nel codice di rito, la Suprema Corte ne ha attribuito un contenuto (ossia degli effetti) sostanziali al disposto codicistico.

¹¹¹ LONGARI C., «*Esiguità dell'offesa*» vs «*colpa di organizzazione*» nella responsabilità da reato degli enti, Padova, 2022, 212.

4.1. Il diritto intertemporale in materia di misure di sicurezza...

Un particolare problema interpretativo in materia di successione di leggi nel tempo è posto dalle misure di sicurezza. Il legislatore codicistico ha infatti voluto disciplinare, parallelamente alle “pene”, delle misure “destinate a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di rei”¹¹², siano essi imputabili, semi imputabili o non imputabili, realizzando nei primi due casi, il cd. sistema del “doppio binario”, ossia un’applicazione cumulativa pena-misura di sicurezza. Pertanto, è evidente la diversa *ratio* su cui si regge questo istituto, rispetto a quello proprio della “pena”: non vi è carattere afflittivo e sanzionatorio, ma (special)preventivo e di neutralizzazione della pericolosità degli individui colpiti da tale misura, in funzione di una maggiore difesa sociale.

Tale affermazione viene confermata dalla volontà del legislatore, come manifestata dai lavori preparatori, che costituiscono anche in questa materia un utile criterio di orientamento per l’individuazione della *mens legis*: “escluso il carattere afflittivo della misura di sicurezza e mirando questa ad eliminare, quasi in funzione di rimedio terapeutico, lo stato di pericolosità” tale rimedio deve “potersi trasformare in quei mezzi che si rivelino, in qualunque tempo, come i più efficaci per combattere il male”¹¹³.

In queste brevi affermazioni si ritrova una chiara espressione del concetto di pericolosità sociale, fondamentale per comprendere la differenza con l’istituto classico della “pena”; rimane tuttavia un concetto vago, potenzialmente oggetto di molteplici interpretazioni, nonché di abusi, tanto che, per tale motivo, il legislatore ne ha fornito una esplicita definizione: l’articolo 203 c.p. stabilisce invero che “agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell’articolo precedente (un reato o, solo nei casi *ex lege* un fatto non previsto come reato dalla legge), quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”.

La definizione legislativa è caratterizzata ancora da spazi soggetti ad ampia interpretazione, ma ha concorso a definirne con certezza i presupposti applicativi, sottolineando con forza la linea di demarcazione rispetto alle pene in senso stretto, tanto più se si considera che la stessa disposizione, così come tutto il *corpus* di nome sulle misure di sicurezza, è inserita nel titolo VIII, rubricato “Delle misure amministrative di sicurezza”.

¹¹² FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto*, cit., 870.

¹¹³ Rel. Appiani, Lav. prep., IV, I, 1929, 158, in *core.ac.uk*.

Nonostante ciò, va osservato che negli anni è sorta una divergenza interpretativa circa la natura da attribuire alle misure di sicurezza, se penale o amministrativa; originariamente, infatti, tali provvedimenti erano inquadrati nell'ambito delle attività di polizia, in ossequio alla volontà del legislatore del 1930 di distinguere in modo netto la natura penale, propria appunto delle "pene" e la natura amministrativa di tali misure¹¹⁴.

A sostegno di questa tesi militano l'inidoneità della sentenza che abbia ad oggetto una misura di sicurezza a passare in giudicato e la collocazione sistematica, che, come appena detto, sottolinea questa differenza, non essendo pur tuttavia questa la lettura prevalente: oggi, l'orientamento dominante vede le misure di sicurezza di competenza del diritto penale, assimilate quindi a delle sanzioni propriamente penali, data la natura afflittiva, se non addirittura più afflittiva, rispetto alle pene in senso stretto e, a conferma di ciò, vi è la considerazione che questi provvedimenti sono emanati da un giudice penale a seguito di un procedimento giurisdizionale¹¹⁵ e non, invece, da un'autorità amministrativa a seguito di un procedimento spoglio delle basilari garanzie del contraddittorio.

Parte di questa dottrina fonda poi le sue argomentazioni a partire dal significato attribuibile all'articolo 7 CEDU nella parte in cui si parli di "condanna" e "pena", intendendo ricomprendere tra queste anche le misure di sicurezza, aderendo all'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha talvolta enucleato: i giudici della Corte EDU hanno infatti riconosciuto la natura penale della confisca, ossia la misura di sicurezza per eccellenza, prevista dalla legislazione del Regno Unito in materia di stupefacenti¹¹⁶. Non risulta però condivisibile tale argomentazione, in quanto il sistema normativo della CEDU non può appiattire le legislazioni nazionali a cui si applica, indipendentemente dai diversi sistemi e, in particolare, dalla vigenza di un cd. doppio binario, come nel nostro ordinamento¹¹⁷.

Ma qual è il precipitato di questa prima riflessione, circa la natura giuridica delle misure di sicurezza, in materia di successione delle leggi nel tempo?

¹¹⁴ "L'una è e rimane veramente conseguenza immancabile ed espressione specifica del reato e, nel momento applicativo, forma di attività tipicamente giurisdizionale; l'altra è, viceversa, funzione di polizia, forma di attività amministrativa" e "non è affatto sanzione criminale"; Lav. prep., V, I, 1929, 247, in *core.ac.uk*.

¹¹⁵ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 117 ss.

¹¹⁶ La Corte europea dei diritti dell'uomo ravvisa una violazione dell'articolo 7 CEDU proprio in un caso di applicazione retroattiva della confisca di beni disposta nei riguardi di un trafficante di droga condannato a non ridotta pena detentiva, causa Welch contro Regno Unito, 9 febbraio 2005, n. 307, in *echr.coe.int*.

¹¹⁷ BONAFEDE M., *Codice penale, parte generale*, in BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1984, 1327.

In via preliminare, la disciplina si articola come segue: a livello costituzionale l'articolo 25 Cost., al III comma, stabilisce che “nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”, introducendo una chiara ipotesi di riserva di legge, ma nulla affermando in materia intertemporale, mentre, a livello codicistico, l'articolo 200 c.p. stabilisce che “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione” (I comma) e “se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione” (II comma). È evidente che la disciplina ora riassunta “non sia coincidente con quella dei reati e delle pene”¹¹⁸, ma presenti anzi degli elementi peculiari: ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile al caso concreto non si guarda alla legge in vigore al momento della commissione del fatto-reato, bensì il punto di riferimento temporale è quello dell'applicazione (I comma) ed esecuzione (II comma) delle misure stesse, con la conseguenza che sembra applicarsi il principio del *tempus regit actum*, dove con *tempus* si intende precisamente il momento di cui si applica la disposizione, tipicamente quella processuale (o l'atto che deve essere compiuto), mentre rispetto al parametro temporale del *tempus commissi delicti*, sembra applicarsi il “principio della retroattività, in opposizione a quello della irretroattività, valevole per i fatti di reato e per le pene”¹¹⁹; questa divergenza circa l'elemento temporale di individuazione della norma sembra ricalcare quella propria del rapporto tra norme sostanziali e processuali, di cui si parlerà largamente in seguito.

Il contrasto appena evidenziato risulta giustificabile dalla considerazione che la natura delle norme a cui si riferiscono i diversi regimi intertemporali sono differenti, come confermato dalla Corte costituzionale che, facendo perno su quanto fin qui affermato e, in particolare, sul concetto chiave della pericolosità attuale del soggetto, ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'articolo 200 comma 1 c.p.¹²⁰ e, anzi, “sin dalla sua più risalente giurisprudenza si era pronunciata a favore dell'applicazione retroattiva delle

¹¹⁸ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 160. PAGLIARO, *Principi* cit., 118, osserva che ben si potrebbe applicare alle misure di sicurezza l'articolo 2 c.p., ma la previsione dell'articolo 200 c.p. osta alla sua applicazione.

¹¹⁹ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 160.

¹²⁰ Con l'ordinanza n. 392 del 1987 la Corte costituzionale ha infatti escluso l'illegittimità costituzionale dell'articolo 200 comma 1 c.p. lamentata dal giudice *a quo* in relazione agli articoli 3 e 25 commi 2 e 3 Cost., confermando l'orientamento già sviluppatosi in precedenza, in occasione del quale, la Consulta ha concluso che, nonostante l'apparenza, la retroattività delle misure di sicurezza “deve, invece, negarsi attesa la correlazione di tali misure alla pericolosità, che è situazione, per sua natura, attuale” (Corte cost. 30 gennaio 1974, n. 19, in *giurcost.org.*).

misure di sicurezza”¹²¹, pur osservando, in seguito, che non è corretto parlare di retroattività in merito alla legislazione applicabile alle misure di sicurezza; invero, essendo queste rette dal principio di pericolosità sociale, dotato necessariamente dell’elemento dell’attualità, la loro dinamica applicativa si pone esclusivamente nel presente, a nulla rilevando il *tempus commissi delicti*.

Nonostante la chiarezza delle argomentazioni logico-giuridiche appena esposte, la questione relativa all’efficacia retroattiva o irretroattiva delle misure di sicurezza occupa la dottrina e la giurisprudenza da molti anni senza trovare una soluzione pacifica.

Al fine di stabilire un parametro applicativo che risultasse maggiormente garantista rispetto a quanto il testo delle disposizioni apparisse, la “dottrina prevalente ammette in linea generale la retroattività delle misure di sicurezza, peraltro tenendo fermo il presupposto che il reato a cui esse conseguono fosse tale anche nel momento della commissione del fatto”¹²²; il risultato è perciò la correzione in via interpretativa con l’aggiunta della garanzia della necessaria vigenza, al momento del compimento del fatto, della norma vigente al momento dell’applicazione della misura, giustificando lo stesso con un rinvio al principio enucleato dall’articolo 25, II comma, Cost.¹²³.

Per di più, ad avviso della dottrina rimane nondimeno necessario verificare che tale misura non costituisca “una sorta di pena camuffata”, che solo sotto il profilo formale del *nomen iuris* si colloca tra le misure di sicurezza, ma che di fatto cela una natura *in toto* assimilabile alla pena, in quanto non si regge sul presupposto della pericolosità sociale, ma sul compimento di un fatto-reato a cui consegue una vera e propria pena: in tal caso “il principio di irretroattività dovrebbe riprendere pieno vigore”¹²⁴.

In particolare, oggetto principale del dibattito, come testimoniato anche dalle questioni da cui si sono originate le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, è l’istituto della confisca¹²⁵, la quale è qualificabile in diverse forme a seconda della specifica

¹²¹ BONAFEDE M., *Codice penale, parte generale*, in BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., *Giurisprudenza sistematica*, cit., 1325; si veda a tal proposito Corte cost. 29 maggio 1968, n. 53 in *cortecostituzionale.it*.

¹²² CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 87; a conferma AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario sistematico al Codice penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, I, 2016, 306.

¹²³ NUVOLONE P., *Principi di diritto penale*, Padova, 1982, 508.

¹²⁴ CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 87.

Resta invece minoritario l’orientamento dottrinale che ammette la retroattività delle sole modifiche alle modalità esecutive delle misure, le quali già devono essere previste al momento del compimento del fatto.

¹²⁵ Viene ampiamente evidenziata la problematica relativa alla confisca AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario sistematico al Codice penale. La legge*, cit., 306.

disciplina presa in considerazione. Infatti, l'ordinamento, oltre alla confisca *ex* articolo 240 c.p., misura di sicurezza patrimoniale per eccellenza, finalizzata all'apprensione materiale delle "cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto"¹²⁶, riconosce anche altre ipotesi di confisca speciale e, in particolare, confisca per equivalente, consentendo di aggredire somme di denaro, beni o altre utilità con valore coincidente con quello dei beni la cui confisca "tradizionale" sarebbe impossibile. Questo strumento è attualmente previsto sia nel Codice penale, per alcuni reati quali la truffa aggravata e riciclaggio, che nella legislazione speciale, di cui si rammenta in particolare la confisca in materia di responsabilità amministrativa degli enti¹²⁷.

Le diverse caratteristiche che le appartengono fan sì che la confisca per equivalente possieda apparentemente una natura diversa rispetto a quella propria della confisca di cui all'articolo 240 c.p., così come sembra travalicare la funzione propria delle misure di sicurezza: il legislatore non si preoccupa più di inibire la libera disponibilità di cose direttamente collegate al fatto di reato, ma, anzi, prescinde dal pilastro su cui si reggono le misure di sicurezza, ossia la pericolosità del soggetto, anche se in relazione al possesso delle cose che "servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto", venendo, anzi, aggrediti beni, denaro o utilità di uguale valore, anche se non legati al compimento del reato; è quindi evidente la natura meramente sanzionatoria ed afflittiva della misura *de quo*.

Su tale questione la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni, confermando la lettura appena datane senza esitazione ed escludendo perciò l'applicabilità dell'articolo 200 c.p. alle ipotesi di confisca per equivalente. In particolare, la Suprema Corte ha ribadito in diverse pronunce che "la confisca per equivalente ha natura di sanzione" e "tale natura sanzionatoria discende dalla confiscabilità di beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno collegamento diretto con il singolo reato e la cui *ratio* è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di

¹²⁶ Così l'articolo 240 c.p.

¹²⁷ L'articolo 19 del d.lgs. 231 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità da reato degli enti e, così dispone: "Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede" (I comma). "Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato" (II comma).

aggreire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento”¹²⁸.

Si segnala, in merito, il rilevante arresto della Corte costituzionale in materia di guida in stato di ebrezza, attraverso il quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), limitatamente alle parole “ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale”: proprio il riferimento a quest'ultima disposizione avrebbe “l'effetto di rendere operativa, nella specie, la previsione di cui all'art. 200, primo comma, c.p. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base alla quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”¹²⁹.

I pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità in tema si sono intensificati negli ultimi anni, portando così al consolidamento del diritto vivente intorno alla natura sostanziale della confisca per equivalente, così come di qualsiasi altra formulazione dell'istituto laddove fosse riconosciuta finalità sanzionatoria e, dunque, natura sostanziale; in particolar modo, questa posizione è stata ribadita in occasione dell'introduzione dell'articolo 578-*bis* c.p.p., operata dall'art. 6, IV comma, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che consente la confisca per equivalente anche in caso di sentenza dichiarativa della prescrizione di un reato.

Di fronte al dubbio ermeneutico circa la disciplina intertemporale applicabile si è formato un contrasto interpretativo, laddove da una parte si riconosceva natura processuale alla stessa disposizione, (Cass. pen. Sez. II, n. 19645 del 2 aprile 2021, Consentino, C.E.D. Cass. 2021, Rv. 28142), mentre dall'altra, talune pronunce ne hanno fermato la natura sostanziale (Cass. pen., sez. III, n. 39157 del 7 settembre 2021, Sacrati, C.E.D. Cass. 2021, Rv. 282374). Le sezioni unite della Suprema Corte hanno adottato il secondo dei

¹²⁸ Cass. pen., III sez., 17 aprile 2013, n. 17610, in *Dir. giust.*, 18 aprile 2013, con nota di DI GIACOMO E., *Il sequestro per equivalente ha natura di sanzione che prescinde dalla confiscabilità dei beni e non ha alcun rapporto con la pericolosità del soggetto*, 430. A conferma si segnala Cass. pen., sez. II, 12 maggio 2015, n. 24785, in C.E.D. Cass. 2015, Rv. 264282, la quale stabilisce che “la confisca per equivalente ha natura eminentemente sanzionatoria e, pertanto, non si applica ai reati commessi precedentemente alla legge che la prevede, non essendo estensibile la regola dettata per le misure di sicurezza *ex art. 200 c.p.*, bensì la più favorevole previsione generale *ex articolo 2 c.p.* il suddetto paletto temporale si applica per la condotta di reato e non ai tempi e alle modalità di acquisizione dei beni destinatari della sanzione, i quali possono retrocedere a tempo addietro alla commissione del reato (fattispecie relativa all'applicazione della confisca per la contestazione del reato di cui all'articolo 648 ter)” Si vedano anche le più recenti Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 14598, in *Cass. pen.*, XII, 2018, 4249 e Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2020 n. 36069, in C.E.D. Cass. 2021.

¹²⁹ Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196, in *cortecostituzionale.it*.

citati indirizzi, con una pronuncia che ha chiuso definitivamente la questione sull'inapplicabilità ai fatti commessi anteriormente all'introduzione del disposto sopravvenuto più sfavorevole per l'imputato in tema di confisca per equivalente o di confisca con finalità sanzionatoria¹³⁰.

4.2. ... di misure di prevenzione...

Si collocano all'interno del medesimo ambito concettuale delle misure di sicurezza anche le misure di prevenzione, benché con delle notevoli differenze circa i presupposti applicativi: pur avendo anch'esse "natura special-preventiva, dai tratti formalmente amministrativi", ed essendo le stesse applicabili nei soli casi previsti dalla legge, le misure di prevenzioni sono definibili come "forme di anticipazione personale e/o patrimoniale" che vengono irrogate "all'esito di un accertamento sommario di fatti pregressi"¹³¹, laddove i "fatti" in questione non coincidono, contrariamente alle misure di sicurezza, con un reato o un quasi reato.

Questa differenza non è priva di conseguenze se si considera che il regime di irretroattività *in peius* o retroattività *in melius* può applicarsi solo in relazione ad un determinato fatto (o atto), dunque ad un riferimento temporale, che è certamente più agevolmente individuabile per quelle misure che postulano come presupposto applicativo una fattispecie prevista dalla legge come reato (o quasi reato).

Salvo questa differenza nell'individuazione del *tempus* di riferimento, non sembrano porsi problemi in materia di successione di leggi, in quanto autorevole dottrina e giurisprudenza consolidata hanno "da tempo riconosciuto la piena equiparabilità delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, alle misure di sicurezza", anche in materia di diritto intertemporale, applicandosi l'articolo 200 c.p., "che sancisce il principio '*tempus regit actum*'", e "non l'art. 2 c.p., riferito ai veri e propri trattamenti sanzionatori", poiché entrambe le misure "condividono un'identica funzione special-

¹³⁰ Cass. pen., sez. un., 31 settembre 2023, n. 4145, in *Dir. pen. e proc.*, VI, 2023, 777, con nota di SCORCIA S. M., *Il regime intertemporale della confisca (senza condanna) nella pronuncia delle Sezioni Unite*; a conferma di questo orientamento si sono soffermate le seguenti pronunce: Cass. pen., sez. III, 1° marzo 2023, n. 16576, in *G. dir.*, XIX, 2023; Cass. pen., sez. II, 8 marzo, 2023, n. 17354, in *Dir. e giust.*, 27 aprile 2023.

Si veda in proposito AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Trattato*, cit., 178.

¹³¹ SILVA C., *Le misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Padova, 2022, 523.

preventiva, essendo volte a porre rimedio ad uno stato di pericolosità sociale del soggetto sottoposto alle misure stesse”, sia per la previsione di una nuova misura, sia per la semplice modifica di una misura già disciplinata dalla legge¹³².

Va precisato, per maggior rigore interpretativo, che l’estensione alla materia in esame dei principi intertemporali propri delle misure di sicurezza non si fondano su di un’applicazione analogica, che sarebbe perciò *in malam partem* e, in quanto tale, censurabile, ma piuttosto nella considerazione, esplicitata dalla giurisprudenza appena citata, della diversa natura giuridica rispetto alla materia penale in senso stretto, alla stregua delle misure di sicurezza, di cui si replica la disciplina in materia di successione di leggi.

Tuttavia, se per le misure di sicurezza si era assistito al tentativo dottrinale di creazione di uno strumento interpretativo di correzione, volto a limitare la retroattività della norma disciplinante la misura stessa ai soli casi in cui il reato, a cui questa conseguisse, fosse tale anche nel momento della commissione del fatto, altrettanto non può essere per la materia delle misure di prevenzione; va infatti registrata la presenza di una “preoccupazione” in dottrina, derivante dall’“assenza, relativamente alle menzionate misure di prevenzione, della garanzia del presupposto del fatto-reato”, che non permette l’estensione dell’interpretazione correttiva vista adottata in sede di misure di sicurezza.

Va invece respinta la tesi dottrinale minoritaria che tende a collocare le misure di prevenzione sotto la sfera (applicativa) dell’articolo 7 CEDU, applicando quindi il principio di retroattività, attesa la pretesa natura sostanzialmente afflittiva delle stesse, né sembra condivisibile la tesi dottrinale che fa leva sull’articolo 3 Cost., facendo leva sulla diversità di trattamento che subirebbero due soggetti in conseguenza “medesimo giudizio di pericolosità connesso a comportamenti uguali e cronologicamente contestuali”¹³³, per la sola esistenza di una divergenza temporale nell’applicazione della misura stessa, all’interno della quale si colloca la modifica legislativa.

In questa materia prevale infatti l’esigenza attuale del legislatore di tutelare, nei casi di massimo rischio, la sicurezza sociale, la cui difesa, che deve disporre di elementi efficaci, è un bene parimenti garantito dal nostro ordinamento, non sembrando, perciò, “lecito giungere, in tema di divieto di retroattività della legge ‘sfavorevole’, ad una conclusione diversa da quella raggiunta per le misure di sicurezza”¹³⁴.

¹³² Cass. pen. sez. II, 10 giugno 2015, n. 30938, in C.E.D. Cass. 2015, Rv. 264173.

¹³³ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 170.

¹³⁴ DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Digesto*, cit., 106.

4.3. ...e di illeciti amministrativi punitivi.

Una riflessione merita il settore degli illeciti amministrativi punitivi, la cui espansione degli ultimi decenni è notevole, a seguito delle numerose leggi di cd. “depenalizzazione”¹³⁵, le quali hanno l’evidente funzione di limitare il fenomeno dell’ipertrofia del diritto penale, favorendo una maggiore celerità ed efficienza del sistema giurisdizionale penale.

Il criterio di fondo che guida il legislatore nell’individuazione dell’illecito a cui applicare il regime del diritto amministrativo punitivo è quello della gravità della condotta: fatti che sarebbero puniti con una contravvenzione e che, di conseguenza, rischierebbero da un lato di far lievitare il contenzioso penale, senza che, dall’altro lato, si riferiscano a condotte il cui disvalore sia particolarmente marcato, seguiranno, a seguito di questo *iter*, una disciplina diversa rispetto a quella penale *tout court*.

Nondimeno, va segnalato che ad una maggiore efficienza del sistema non segue una parità delle garanzie riconosciute al soggetto responsabile dell’illecito, dal momento che il processo penale è un condensato di garanzie, prima fra tutte quella del contraddittorio, argomentativo e probatorio, ai sensi, rispettivamente, del II e del IV comma dell’articolo 111 Cost., riferibile a tutte le diverse fasi del procedimento, *in primis* l’udienza dibattimentale. Nel diritto amministrativo punitivo non vi è pari garanzia, a fronte di sanzioni che nel contenuto possono essere addirittura maggiormente afflittive di quelle penali.

Differenza vi è, dunque, per il procedimento da seguire: per gli illeciti amministrativi è competente l’autorità amministrativa di volta in volta designata dalla legge (esempio tra tutti, il prefetto) e, solo qualora il soggetto colpito dalla sanzione faccia opposizione, si avrà un vero e proprio processo davanti all’autorità giudiziaria.

Tuttavia, una contiguità rimane nella natura degli effetti prodotti dalle due tipologie di sanzione: gli illeciti amministrativi hanno formalmente una natura amministrativa, ma conservano, a seguito del processo di depenalizzazione, secondo dottrina uniforme e consolidata¹³⁶, una natura sostanzialmente punitivo-afflittiva, non dissimile da quella propria delle sanzioni penali.

¹³⁵ In via esemplificativa si ricordano gli interventi in materia di illeciti del codice della strada oltre che i recenti d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016, con i quali sono stati depenalizzati reati si ingiuria, danneggiamento semplice, falso in scrittura privata.

¹³⁶ MANCA G., *Sanzioni per gli illeciti amministrativi e gli enti* in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato, breve di diritto penale parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Padova, 2022, 269; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto*, cit., 914 ss., CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 8.

Venendo però ora a ciò che ci riguarda, la materia di diritto intertemporale è trattata dal testo fondamentale in materia di diritto amministrativo punitivo, la l. n. 689 del 1989, la quale ha sostanzialmente riprodotto il regime dell'irretroattività proprio del settore penale, pur nulla disponendo in tema di retroattività *in bonam partem*: l'articolo 1, I comma, prevede infatti che “nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione”¹³⁷.

Una prima difficoltà interpretativa scaturisce dalla lettura dei due diversi regimi intertemporali, ponendosi un problema di coordinamento: il combinato disposto tra l'articolo 2, II comma, c.p., nella misura in cui, come si è visto, introduce nell'ordinamento il principio dell'*abolitio criminis*, e l'articolo 1 comma 1 della L. 689 del 1981 che riproduce il principio di irretroattività nel campo della sanzione amministrativa punitiva, può comportare la creazione di un *vulnus* normativo-sanzionatorio ogniqualvolta il legislatore attuasse la pratica, come si è detto assai frequente, della depenalizzazione; invero, da un lato, la sanzione penale non potrà essere irrogata, a causa del venir meno della fattispecie astratta su cui questa si reggeva, ma, parallelamente, non potrà essere applicata nemmeno la sanzione amministrativa, essendo altrimenti violato il regime di irretroattività a cui questa deve essere sottoposta.

Il legislatore risolve tale questione con l'introduzione, nella l. 689/1981, oltre che in altre leggi di depenalizzazione, di una disciplina transitoria applicabile agli illeciti penali oggetto di questa “transizione”; così dispone infatti l'articolo 40 l. 689/1989: “le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito”.

¹³⁷ Deve essere precisato che “alle sanzioni ‘in senso lato’ cui vengono invece ricondotte le misure aventi funzione ripristinatoria e interdittiva e dunque in linea di tendenza non propriamente sanzionatoria” va riconosciuta “l'estraneità... dall'ambito di applicazione dei principi generali contemplati dalla legge n. 689 del 1981, giungendo pertanto ad escludere che per esse possa valere anche il divieto di applicazione retroattiva della sanzione”, PAMPANIN V., *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.*, I, 2018, 145. Lo stesso Autore riporta delle norme in materia urbanistico-edilizia contenute nella legge 28 febbraio 1985, n. 47, le quali hanno introdotto delle sanzioni amministrative applicabili retroattivamente senza incontrare le censure dei giudici amministrativi; così Cons. St., sez. V, 7 agosto 2014, n. 4213, punto 9.2, in *giustizia-amministrativa.it/dcsnpr*. Per la verità, vi è un orientamento contrario che riconosce all'articolo 11 Preleggi un valore generale, non derogabile dal legislatore nemmeno in questa materia, Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5158, punto 3.1, in *giustizia-amministrativa.it/dcsnpr*: “se è vero che il divieto di norme sanzionatorie retroattive è costituzionalmente previsto per le sole norme penali, ciò non toglie che per le sanzioni amministrative debba pur sempre valere il generale canone di irretroattività posto dall'art. 11 disp. prel. cod. civ.”.

Una seconda questione sollevabile è la seguente: il parallelo che può essere svolto tra l'articolo testé citato e l'articolo 2 c.p. si limita ad una semi-congruenza formale tra le discipline, non potendosi, invece, considerare che la positivizzazione del principio di irretroattività in una diversa fonte ordinaria sia anch'esso il precipitato del disposto di cui all'articolo 25, II comma, Cost., poiché questo, in particolare il suo fondamento giuridico, fa riferimento esclusivamente al settore penale e ai fatti propriamente previsti dalla legge come reato¹³⁸.

Non sarebbe nemmeno sufficiente argomentare a partire dalla coincidenza della natura punitiva ed afflittiva dei due tipi di illecito, per dimostrare la sottoposizione del regime amministrativo alle garanzie costituzionali previste specificamente per la materia penale; la conseguenza, altrimenti, sarebbe il far venir meno dell'utilità della distinzione di questi settori del diritto punitivo e uno dei seguenti sarà, perciò, il risultato: o si riconosce che, a causa della natura afflittiva delle sanzioni amministrative, vada esteso il fondamento costituzionale della garanzia, con annessi tutti i principi ad esso correlati, propri della materia penale in senso stretto, con l'effetto di rendere il processo di depenalizzazione di fatto superfluo, se non addirittura illegittimo¹³⁹, ovvero, per conservare le differenze tra i due settori, si applica un'estensione limitata dei principi fondamentali della materia penale correlati alla *ratio* di garanzia, propria dell'articolo 25, II comma, Cost., e conseguenti al riconoscimento della natura afflittiva della sanzione, con l'effetto di creare un non-settore, composto da principi i cui fondamenti giuridici risultano inconciliabili¹⁴⁰. Sembra quindi necessario affermare che, a fronte di una coincidente disciplina in materia di successione delle leggi nel tempo, non corrisponde un identico fondamento giuridico (nonché un identico regime costituzionale) relativo alle due discipline¹⁴¹, così come non corrisponde, per i motivi detti, una medesima applicabilità dei principi correlati, se non dove questi sono previsti in forza di un'apposita legge.

¹³⁸ DEL CORSO S., *Successione*, cit., 106.

¹³⁹ Si creerebbero così due rami del diritto punitivo, uno penale, l'altro amministrativo, fondati sulle stesse esigenze di protezione del reo e con conseguente applicazione, in tutto coincidente, dei principi costituzionali (perciò non derogabili dalla legge ordinaria) di legalità, intesa come tassatività, divieto di analogia e divieto di irretroattività sfavorevole, letto anche come necessaria retroattività favorevole, con la conseguenza di dover considerare entrambi, di fatto, diritto penale. Allora delle due l'una, o la distinzione tra i due rami è superflua, ovvero, facendo leva sulla differenza del regime di applicazione delle due sanzioni, va riconosciuta l'illegittimità del procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative a causa del mancato rispetto delle prescrizioni costituzionali sul diritto di difesa e del contraddittorio.

¹⁴⁰ Risulterebbe infatti contraddittorio riconoscere la riconducibilità del divieto di retroattività sfavorevole alla *ratio* di garanzia e di *favor rei*, senza, contestualmente, applicare riconoscere la configurabilità della stessa in merito ad altri principi, alla stregua di quanto avviene nel diritto penale.

¹⁴¹ *Contra*, SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 172-173 secondo cui l'articolo 1 l. 689/1981 ha ricevuto una sorta di costituzionalizzazione.

L'argomento contrario alla riconducibilità delle ragioni fondanti i principi della materia penale al settore degli illeciti amministrativi, sembra essere confermato a partire da una problematica, apparentemente differente, che concerne la configurabilità della retroattività *in melius* anche al settore *de quo*: la negazione della vigenza di tale principio viene da “un risalente orientamento della dottrina, poi divenuto maggioritario e condiviso anche dalla giurisprudenza”, che ritiene di escludere, al fine colmare la lacuna in materia, l'applicazione in via analogica dei principi propri del diritto penale, in particolare, appunto, in materia di *abolitio criminis* e retroattività della *lex mitior*, proprio in ragione della mancanza di una norma costituzionale al riguardo, riconoscendo implicitamente la non applicabilità analogica di quella prevista in materia penale e del suo fondamento giuridico¹⁴², “per l'insussistenza, in materia amministrativa, delle ragioni ‘etiche’ che stanno a fondamento del principio di retroattività della disposizione più favorevole in materia penale”¹⁴³.

Insomma, sembra acclarato che la materia del diritto penale e del diritto amministrativo punitivo, rispondano a due diverse esigenze.

A sostegno di questo orientamento, si è espressa la giurisprudenza in alcune pronunce, tra le quali è emblematica la massima della Corte di Cassazione a sezioni unite, sent. n. 890 del 1994: il Supremo Consesso afferma infatti che “in materia di illeciti amministrativi, l'adozione dei principi di legalità, di irretroattività e di divieto di applicazione dell'analogia, risultante dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, comporta l'assoggettamento del comportamento considerato alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano considerarsi tali *ab origine* senza che rilevi in contrario la circostanza che la più favorevole disciplina posteriore alla data della commissione del fatto sia entrata in vigore anteriormente all'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione per il pagamento della sanzione pecuniaria e senza che possano trovare applicazione analogica, attesa la differenza

¹⁴² PAMPANIN V., *Retroattività*, cit., 150, il quale aggiunge che questo orientamento sostiene che “il principio del *favor rei*, di cui l'applicazione retroattiva della *lex mitior* è espressione, in mancanza di apposito riferimento costituzionale sarebbe operativo soltanto nelle specifiche ipotesi espressamente previste dal legislatore e verrebbe a configurarsi in tal senso come una mera eccezione al divieto di retroattività. Data questa premessa e vista la non menzione del principio non solo nella disciplina ‘generale’ sulle sanzioni ex l. 689/1981, ma anche in quella settoriale (ad es. in materia tributaria e valutaria, come sopra visto), si è pertanto costantemente esclusa la possibilità di applicare la norma sanzionatoria sopravvenuta più favorevole anche in relazione agli illeciti che si fossero verificati nel vigore della norma anteriore”.

¹⁴³ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 189.

qualitativa delle situazioni considerate, gli opposti principi di cui all'art. 2, commi 2 e 3 c.p.”¹⁴⁴; questa pronuncia consegna così agli interpreti una lettura chiara e coerente del regime intertemporale degli illeciti amministrativi.

Tuttavia, va segnalato che la posizione ora sostenuta è tutt'altro che pacifica e gli approcci che negli ultimi anni sono stati adottati non sono uniformi, ma anzi tendono al riconoscimento di un sempre maggiore spazio di garanzia a favore del soggetto passivo della sanzione.

In tal proposito, si pensi all'orientamento recentemente adottato dalla Corte costituzionale che, dopo aver suffragato per alcuni decenni la tesi innanzi sostenuta¹⁴⁵, ha, all'opposto, “riconosciuto l'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività sfavorevole alle leggi che introducono o modificano *in peius* una sanzione amministrativa punitiva, utilizzando in chiave dimostrativa sia l'art. 25, co. 2 14, sia l'art. 117 Cost. 15, parametro di rinvio “mobile” all'art. 7 C.E.D.U.”¹⁴⁶.

In realtà, l'affermazione di questo indirizzo è stata molto cauta, in quanto la Corte, nelle prime pronunce favorevoli, non si è tuttavia sbilanciata apertamente nel riconoscere tale estensione; un esempio ne è sentenza n. 196/2010, che ha affermato l'applicabilità dell'art. 25, II comma, Cost., ma come mero *obiter dictum*, poiché il giudice *a quo* aveva sollevato la questione di costituzionalità in merito alla retroattività di alcune sanzioni amministrative relativamente ai diversi parametri di cui agli artt. 3 e 117 Cost¹⁴⁷.

Diversamente, nelle successive pronunce sembra mostrare maggiore coraggio, anche grazie al supporto teorico derivante dalle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo: nella sentenza n. 109 del 2017 la Consulta sostiene la natura penale delle sanzioni amministrative, sottoposte al suo sindacato e che erano state oggetto di depenalizzazione, “in virtù” dell’“ampia formulazione” dell'art. 25, II comma, Cost., “fungendo, in tal caso, i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera

¹⁴⁴ Cass. civ., sez. un. 29 gennaio 1994, n. 890, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1909. Con questa pronuncia sembra confermato che l'applicazione alla materia in esame del principio di legalità si fonda sulla mera previsione legislativa, non trovando estensione, invece, quei principi e quelle *rationes* ad essi sottese propri del diritto penale, che, altrimenti, avrebbero consentirebbero l'estensione del principio di irretroattività della legge più favorevole.

¹⁴⁵ Hanno ritenuto come unico fondamento positivo l'art. 1 della legge n. 689/1981, le seguenti sentenze: Corte cost., 22 aprile 2002, n. 150; Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420; Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68; Corte cost., 16 giugno 1964, n. 46; Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29, ricavabili tutte in *cortecostituzionale.it*.

¹⁴⁶ TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, III, 2019, 8.

¹⁴⁷ Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196, cit.

di operatività”¹⁴⁸, sottolineando inoltre la contraddittorietà delle conclusioni del giudice *a quo* che rifiutava di riconoscere nel citato disposto costituzionale la base giuridica su cui negare la natura amministrativa delle sanzioni stesse.

¹⁴⁸ Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, in *cortecostituzionale.it*.

CAPITOLO II: LA SUCCESSIONE DELLE NORME PROCESSUALI NEL TEMPO

1. Premessa: ragioni di una distinzione.

Come già si è anticipato, la materia processuale è esclusa dall'applicazione del regime intertemporale che si ha avuto modo di analizzare nel capitolo precedente. La diversità delle funzioni, caratteristiche ed effetti delle norme appartenenti ai due rami del diritto penale comporta che le stesse seguano un diverso modello di disciplina del fenomeno della successione di leggi.

Invero, le *rationes* che sottendono al principio costituzionale di irretroattività *in malam partem* da una parte e, dall'altra, al principio di retroattività *in bonam partem*, non possono essere riferite alla modifica di quelle norme che, generalmente, non hanno un effetto incidente sulla delimitazione di ciò che è punibile e ciò che non lo è, ma si limitano a regolare la forma con cui si accerta se la condotta rientri nella sfera del punibile.

In via esemplificativa, è facilmente intuibile che le esigenze di garanzia riferibili ad una norma che estendesse i confini della fattispecie penale, ovvero che ne raddoppiasse la pena, sono diverse da quelle che sovrintendono la sopravvenienza di una norma che modificasse i termini per presentare le liste testimoniali, mutasse le formalità da compiersi per verificare l'assenza dell'imputato o le forme delle notificazioni.

Tuttavia, come si vedrà a breve, queste diverse esigenze trovano talvolta contatto, tanto da venire messa in discussione dagli operatori del diritto la rigida separazione tra i sistemi regolanti, da un lato, la successione nel tempo delle leggi penali sostanziali, e, dall'altro, quelle processuali¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Si rinvia al Cap. II, Par. 4.

1.1. L'osmosi reciproca tra diritto penale sostanziale e processuale e la cd. "autonomia normativa" della procedura.

Non può essere avviata un'analisi del *corpus* di principi e norme regolanti il succedersi nel tempo delle norme processuali se, prima di tutto, non viene compiuto un tentativo di delimitazione della materia: si rende perciò necessaria una considerazione prodromica circa la nozione di diritto processuale penale e la sua distinzione dal diritto penale sostanziale.

Due sono le impostazioni tradizionali in materia: la prima, basandosi sul dato positivo, considera processuali le norme che sono così qualificate dal legislatore o che sono dallo stesso collocate nel codice di rito, classificandole, dunque, implicitamente come processuali. Questa visione formale non può che essere ritenuta semplicistica e contraddittoria rispetto a quello che spesso è il contenuto della stessa disposizione, oltre che potenzialmente contrario alla *mens legis*, che non necessariamente risponde all'intenzione di un detto inquadramento¹⁵⁰.

Diversamente, la seconda impostazione tradizionale, rifiutando l'argomento formale, risponde ad un dato teleologico e attribuisce, in questo modo, la qualifica di "processuale" alla norma la cui funzione sia strumentale, se non ancillare, a quella delle norme sostanziali, ossia prevista per "accertare i reati commessi e per irrogare le sanzioni ad essi conseguenti"¹⁵¹; questo compito è, inoltre, una declinazione del tentativo dello Stato di porre una autolimitazione ed un controllo all'utilizzo dei propri poteri sovrani¹⁵².

Tuttavia, le difficoltà che si sono riscontrate in sede di delimitazione della materia penale, di cui si sono visti gli aspetti problematici relativi alle misure di sicurezza, alle misure di prevenzione e agli illeciti amministrativi, hanno indotto alcuni autori a procedere lungo la stessa direzione, ma seguendo il verso opposto: il carattere sostanziale della norma sarebbe dedotto dalla presenza di una norma processuale che ne garantisce l'azionabilità di fronte ad un giudice penale, in un processo penale. Sarebbe così norma penale (sostanziale) quella che introduce e regola una misura di sicurezza, in quanto, salvo che

¹⁵⁰ LEONE G., *Dottrine generali*, in LEONE G., *Trattato*, cit., 40: "il carattere processuale penale della norma si deduce non dalla sede – che costituisce un dato di identificazione notevole, ma certo non vincolante – bensì dall'oggetto". Si era già sottolineato come l'ubicazione della disposizione non è indicativa della natura giuridica della stessa, quanto invece il contenuto, GAITO A., *Custodia preventiva*, cit. 1362. (v. *supra* 35).

¹⁵¹ CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 9.

¹⁵² MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1956, 78.

si aderisse alla tesi della natura sostanzialmente amministrativa dell'irrogazione, questa viene disposta da un giudice penale a seguito di un processo penale¹⁵³.

Perciò, rimanendo sul “piano delle nozioni generalissime”¹⁵⁴, ogni definizione di diritto penale processuale, quindi di norma processuale, ricorre ad un confronto rispetto all'altro ramo del diritto, quello sostanziale.

Una prospettiva diversa viene tuttavia proposta da quella dottrina che, tentando di sfuggire dal “circolo vizioso” che legherebbe “diritto” e “processo”, definisce il diritto processuale penale non a partire dal carattere strumentale rispetto a quello sostanziale, ma, piuttosto, a partire dal suo oggetto, ossia il processo stesso: quest'ultimo viene definito come “il procedimento giurisdizionale necessario per accertare certi illeciti ed applicare certe sanzioni”, con ciò intendendo la giurisdizionalità come connotato che lo contraddistingue dal procedimento amministrativo, mentre la necessità e il riferimento all'illecito e alla relativa sanzione lo distinguerebbe, rispettivamente, dai processi civili contenziosi e dai procedimenti di volontaria giurisdizione e di giustizia amministrativa, dove appunto non vi sarebbe alcun accertamento dell'illecito a cui corrisponde una pena¹⁵⁵. Come si può notare, però, anche quest'ultima tesi formalista, pur mirando a riconoscere alla procedura una certa autonomia, sembra sfociare, nel suo ultimo elemento, nella relazione con il diritto penale sostanziale.

Infatti, circoscrivere questi entro due insiemi separati non sembra soddisfacente, dato che la dottrina, ogniqualvolta tentasse una definizione dei due rami del diritto penale, è sempre finita per metterli in connessione, cercando, in particolare, di capire se la nozione di “processo” potesse essere concettualmente indipendente dalla nozione di “diritto”.

Evidente è, tuttavia, la differenza rispetto al diritto penale sostanziale, i cui tratti fondamentali si sono precedentemente visti e che, potremmo affermare, si occupa di orientare le condotte dei consociati, disciplinando i reati e le relative sanzioni penali, con un “corpo di norme a coercizione indiretta o di giustizia”¹⁵⁶, la cui logica conseguenza è la necessaria sussistenza di un ramo dell'ordinamento con la precipua finalità di assicurare l'attuazione di queste norme, con una funzione strumentale rispetto alle prime.

¹⁵³ Questo è lo schema seguito da alcuni autori, tra tutti GALLO M., *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv it. dir. pen.*, 1956, 429 ss.

¹⁵⁴ SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., 17.

¹⁵⁵ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 16. complesso delle norme che in qualche modo concorrono a disciplinare il fenomeno del processo penale ... fenomeno che trae spunto da un'ipotesi d'illecito (la *notitia criminis*), il cui accertamento giurisdizionale è condizione necessaria per l'applicazione delle relative conseguenze sanzionatorie CHIAVARIO M., *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 439.

¹⁵⁶ MANZINI V., *Trattato*, 79. Cfr. CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi*, cit., 9; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 27.

Il lavoro dottrinale, quindi, si è concentrato sul tentativo di dare una spiegazione su quale sia il rapporto tra i due settori del diritto penale in senso lato, sforzo, questo, non solamente teorico, ma, come questo studio vuole evidenziare, con ampie ripercussioni sulla prassi giurisdizionale e, in particolare, importanti sono le implicazioni nella materia che, nel complesso, stiamo trattando, ossia la materia del diritto intertemporale: a partire da questi studi, “le ricerche” della dottrina penalistica e processualpenalistica si sono orientate su di un “piano almeno parzialmente diverso”, ossia nell’“individuare i criteri per collocare un istituto nell’ambito del diritto penale sostanziale o, altrimenti, del processo”¹⁵⁷.

Vi è da chiedersi se sia riuscita questa dottrina a dare una risposta a questa domanda: vi è autonomia tra la nozione di “processo” e quella di “diritto”, o invece il primo è meramente ausiliario al secondo?

Nel cercare di dare una risposta a tale interrogativo, si nota che la dottrina si è trovata di fronte ad un bivio: “mantenere la definizione tradizionale di processo penale come quello con scopo uguale all’applicazione della norma penale”, accogliendo una visione unitaria tra le nozioni di diritto e processo¹⁵⁸ o, altrimenti, ricercare una nuova definizione formale, come quella prima anticipata, alienata dalla dipendenza rispetto allo scopo che persegue, ossia dell’attuazione delle norme sostanziali.

Oggi la dottrina penalistica si rifiuta generalmente di definirla a partire dal diritto penale sostanziale e sostiene una netta distinzione tra diritto e processo, da cui deriva una sorta di “autonomia normativa” della procedura: la nozione rimane quindi autonoma ancorché, nel rapporto tra i due rami del diritto, le norme processuali sono norme strumentali all’applicabilità di quelle sostanziali. Conferma ne è l’impostazione dottrinale che vede come criterio fondamentale per la “collocazione di una norma in un determinato settore dell’ordinamento” la sanzione relativa che ne integra il contenuto¹⁵⁹: le norme processuali sono autonome concettualmente da quelle sostanziali in quanto, da un punto di vista oggettivo, sono protette da apposite sanzioni previste dall’ordinamento, che sono appunto le sanzioni processuali, quali l’inammissibilità, l’inutilizzabilità e così via.

¹⁵⁷ SINISCALCO, *Irretroattività.*, cit., 19. Di questa distinzione ci si occuperà nel dettaglio al Cap. III.

¹⁵⁸ Si veda a proposito di nozione unitaria tra settore penale materiale e processuale, la teoria della “norma penale reale” elaborata da GALLO, *Appunti*, cit., 18, la quale “consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie”.

¹⁵⁹ SINISCALCO M., *Irretroattività.*, cit., 24.

Interessante è notare che altra particolarità delle norme (e delle sanzioni) processuali è l'ambito soggettivo di applicazione: come nota autorevole dottrina¹⁶⁰, il diritto processuale ha ad oggetto i rapporti giuridici tra le parti processuali, attribuendo particolari posizioni giuridiche soggettive: non si limita perciò ai soli comandi o divieti di comportamento, ma sovrintende ad un insieme ampio di situazioni giuridiche soggettive riferibili alle parti che partecipano al processo penale¹⁶¹.

Se questa autonomia non può che essere riconosciuta, non va tuttavia negato il rapporto di reciproca influenza tra norme appartenenti all'uno o all'altro settore e il punto di contatto tra i due rami del diritto penale va ravvisato nell'istituto della pena¹⁶², disciplinata nella fattispecie penale astratta e irrogata solo a seguito dell'accertamento processuale. Riconosciuta l'autonomia tra il diritto penale sostanziale e processuale, a cui sono correlate anche diverse esigenze e garanzie, non può essere negato che vi siano degli istituti che, invadendo il campo opposto, creano, come anticipato, delle difficoltà interpretative e una commistione di esigenze di garanzia, poiché incidenti sulla disciplina della pena, intesa come *an*, *quantum* e *quomodo* della sua applicazione. Ma per il momento ci si limita a restringere il discorso al diritto penale processuale e, in particolare, alle norme processuali.

2. La norma processuale penale e gli atti processuali.

2.1. Le caratteristiche delle norme processuali in generale.

Occorre ora descrivere le caratteristiche fondamentali della norma processuale e, in particolare, dell'atto processuale.

Aderendo alla teoria generale del diritto, le norme processuali, così come tutte le norme dell'ordinamento, devono essere suddivise in due categorie, distinte in relazione al contenuto: talune, infatti, stabiliscono principi, mentre altre introducono regole.

¹⁶⁰ Si veda in particolare DELOGU T., *La loi penale et son application*, Alessandria, 1956, 179; cfr. SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., 24-25.

¹⁶¹ CAMON A., DANIELE M., *et al.*, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2021, 64.

¹⁶² Così CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, 8: la "teoria della pena...da ultimo capitolo del diritto penale materiale deve diventare il primo del diritto penale processuale", essendo addirittura "probabile che il diritto penale materiale non si accorga nemmeno della perdita".

Nella prima ipotesi si avranno disposizioni “aperte” nel contenuto, ossia che non indicano in modo preciso ed esaustivo le condizioni per il prodursi di certe conseguenze giuridiche, ma, più ampiamente, individuano alcuni valori da rispettare¹⁶³.

All’opposto si trovano le disposizioni processuali che introducono regole, ossia prescrizioni precise, tendenzialmente chiuse, che ripetono gli elementi tipici della norma giuridica, composte da sanzione e precetto e inquadrabili quali “norme di organizzazione e di funzionamento”¹⁶⁴.

Il presente studio approfondirà particolarmente l’ultima categoria qui proposta.

Va innanzitutto rilevato che anche queste norme, ancorché processuali, possiedono una struttura condizionale e riproducono, perciò, lo schema classico, proprio del contenuto ipotetico, che caratterizza le fattispecie astratte aventi ad oggetto regole di comportamento: “se X, allora Y”. Quindi, al verificarsi di un certo evento, si dovrà applicare un certo effetto-conseguenza e, in base alla qualificazione dell’effetto prodotto, queste norme ipotetiche sono a loro volta divise in due diverse categorie: regole che introducono doveri e regole che introducono poteri.

Nella prima ipotesi viene censurato un determinato comportamento od una certa omissione, con la minaccia di una sanzione; diversamente, nella seconda, l’ordinamento attribuisce una situazione giuridica soggettiva che conferisce al soggetto la scelta, con l’espletamento della stessa, di produrre certi effetti riconosciuti dall’ordinamento¹⁶⁵.

Quanto appena sommariamente compendiato concerne la struttura fondamentale della norma processuale generalmente intesa, sia essa civile o penale, e funge da premessa rispetto al più specifico tema della “preminenza degli atti in ambito processuale”¹⁶⁶.

Invero, la struttura condizionale della norma processuale deve essere realizzata con l’accadimento di un fatto giuridico in senso ampio, definibile come “un avvenimento”, ovvero sia un qualcosa di empiricamente riscontrabile nella realtà: “un fenomeno naturale” o “un comportamento umano, di solito positivo, ma anche negativo”¹⁶⁷.

Premesso ciò, è possibile distinguere fatti e atti in senso stretto, dove un’uniformità della nozione di questi ultimi è stata difficilmente raggiungibile dalla dottrina: l’atto giuridico

¹⁶³ CAMON A., DANIELE M., *et al.*, *Fondamenti*, cit., 63.

¹⁶⁴ SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 23.

¹⁶⁵ Infatti, per la teoria generale del diritto, il “potere giuridico” è composto da un concorso tra una pretesa e un’azione, mentre il “dovere giuridico” è composto da un obbligo in concorso con uno stato di soggezione; GUARINO A., *Il diritto. Un identikit*, Napoli, 1996, 45 ss.

¹⁶⁶ L’espressione di ritrova in MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 10.

¹⁶⁷ CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1982, 48.

è stato talvolta definito come un “avvenimento naturale che trova la propria specificità, rispetto al fatto giuridico in senso stretto, nella circostanza di essere riconducibile a un comportamento umano positivo realizzato secondo uno schema normativo”; in tal modo, l’unica linea di demarcazione tra atto e fatto giuridico in senso stretto si baserebbe unicamente sulla distinzione tra evento umano o naturale; la dottrina è andata poi a specificare questa nozione, suggerendo che il problema della definizione di atto giuridico potesse essere risolto con l’aggiunta dell’elemento della volontarietà dell’atto¹⁶⁸, ossia limitando ai fatti in senso stretto i comportamenti umani che l’ordinamento valuta prescindendo dalla volontarietà; viceversa, per gli atti in senso stretto, nonostante vi siano delle oggettive storture una volta calata questa nozione nel contesto processuale, l’ordinamento richiede il requisito della volontarietà¹⁶⁹.

Questa impostazione è stata messa in dubbio dall’introduzione nel nostro ordinamento processuale, fin dal 1955, di un regime di rimessione in termini che ha imposto di verificare se il decorso del tempo a cui consegue un certo effetto, tendenzialmente negativo per il soggetto processuale (tra tutte, la decadenza), sia riconducibile o meno ad una colpa dello stesso.

Tuttavia, tale problema qualificatorio non sembra essere di ostacolo alla concreta applicazione delle norme processuali, potendosi infatti descrivere diverse categorie di atti processuali, taluni volontari e taluni involontari, ma che, a fini pratici non creano alcun problema applicativo¹⁷⁰.

2.2. *L’atto processuale penale: perfezionamento ed efficacia.*

Quanto finora premesso concerne la nozione e la struttura della norma processuale in generale e le relative caratteristiche, replicabili nei diversi settori dell’ordinamento.

Calata nell’area processualpenalistica, la norma processuale può essere definita come quella norma giuridica che disciplina la sequenza di atti che portano all’accertamento della “*notitia criminis*” e, inoltre, regolano la successiva fase dell’esecuzione dei provvedimenti emanati dall’autorità giudiziaria; per di più, in senso ampio, può essere

¹⁶⁸ MAZZA O., *La norma processuale.*, 12; CONSO G., *I fatti giuridici processuali*, cit., 55-61.

¹⁶⁹ Critica è invece l’impostazione di LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1997, 152, il quale ritiene che “non sia affatto vero che nel nostro ordinamento si esiga la volontarietà del comportamento processuale tanto positivo quanto negativo”.

¹⁷⁰ CODERO F., *Procedura penale*, Milano, 1987, 369.

definita come quella norma che disciplina l'accertamento di diverse fattispecie normative, quali la pericolosità sociale del soggetto o le "responsabilità civili connesse al reato"¹⁷¹. Anche la norma processuale penale possiede la medesima struttura delle norme giuridiche sostanziali: vi è, da una parte, il precetto e, dall'altra, la sanzione. A differenza delle ultime, però, la sanzione processuale è spesso disciplinata da una disposizione diversa rispetto a quella che introduce la fattispecie astratta contenuta nell'apodosi. Dunque, il sistema normativo processuale è caratterizzato spesso da una maggiore disorganicità, seppur negli ultimi interventi normativi il legislatore, nel modificare il precetto, ha collocato la sanzione processuale nella relativa disposizione¹⁷².

Sulla scorta di quanto è stato prima affermato, l'atto processuale penale può essere definito come l'azione del soggetto processuale compiuto all'interno della sequenza di fasi predeterminata dalla legge, che porta all'accertamento del fatto.

Ad ogni modo, al di là della nozione teorica di "atto processuale penale"¹⁷³, è di primaria importanza riconoscere la preminente presenza nella configurazione della norma processuale dello stesso, dato empiricamente riscontrabile e incontestabile¹⁷⁴, ed individuare le caratteristiche fondamentali per collocare lo stesso e i suoi effetti nel tempo, al fine di affrontare l'analisi della relativa disciplina di diritto intertemporale.

Va innanzitutto individuato il momento del perfezionamento dell'atto, definibile come l'aderenza dello stesso, ovvero sia della fattispecie concreta, al modello astratto; aderenza che conferisce all'atto una certa idoneità a produrre effetti giuridici. Invero, il legislatore, disciplinando il procedimento in modo congeniale alla realizzazione della sua funzione, si occupa "unicamente" del "profilo formale dell'atto processuale", inteso come "il modo attraverso il quale sono esercitati il potere giuridico di azione e quello di giurisdizione": in tal modo, si ritiene che, se venisse rispettato il modello legale, esercitando i poteri di

¹⁷¹ LEONE G., *Dottrine generali*, in LEONE G., *Trattato*, cit., 40.

¹⁷² Come esempio, si veda la modifica dell'articolo 614 c.p.p. in materia di inutilizzabilità delle dichiarazioni prodotte in sede di interrogatorio, laddove mancassero i previ avvisi previsti dalla stessa disposizione; similmente i diversi interventi normativi in materia tema di intercettazioni.

¹⁷³ Infatti, spesso il contenuto della norma processuale penale è di per sé sufficiente ad individuare l'atto rilevante all'interno del relativo processo penale (e non solo penale).

¹⁷⁴ Così CONSO G., *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959: la categoria degli "atti giuridici processuali... ricomprenderebbe la quasi totalità dei fatti giuridici processuali". Quali unici "esempi di semplici fatti giuridici processuali penali si adducono, di regola, la sopravvenuta infermità di mente (art. 88 c.p.p.) o la morte (art. 89) dell'imputato", tanto che sembra si debba "concludere nel senso che la questione della contrapposizione tra atti e fatti giuridici si presenti in campo processuale penale di rilievo insignificante".

azione e giurisdizione, il procedimento che così ne risulterebbe sarebbe idoneo al raggiungimento del relativo scopo¹⁷⁵.

Sulla base del concetto di perfezionamento dell'atto, si possono distinguere due categorie di atto: in primo luogo, si parla di atto semplice qualora la legge individui un unico elemento in presenza del quale l'atto si perfezionerà; diversamente, l'atto complesso necessita, ai fini del suo perfezionamento, dell'attuazione di più atti semplici, considerati tutti come singole "porzioni" di atto.

L'efficacia dell'atto si manifesterà in modalità diverse a seconda dell'appartenenza all'una o all'altra categoria: in presenza di un atto semplice, generalmente, l'efficacia sarà immediatamente successiva al perfezionamento, in quanto viene integrata da subito la fattispecie astratta (semplice a sua volta): si parlerà in questi casi di atto istantaneo.

Potrebbe però sorgere il dubbio circa l'autonomia dell'esistenza di un certo atto processuale o l'eventuale dipendenza rispetto ad uno precedente, di cui ne costituirebbe la prosecuzione: in tali casi, il criterio da adottare è il fine che questi si propongono; se diverso, saranno due atti diversi, se questo è comune, ne consegue l'unicità dell'atto, a nulla rilevando l'elemento cronologico¹⁷⁶.

Se, invece, si è in presenza di una fattispecie complessa, il singolo atto, che costituisce frammento dell'intero modello legale, non avrà efficacia immediata, ma, ai fini della produzione degli effetti giuridici, sarà necessario attendere il perfezionamento, ossia l'esistenza giuridica, dell'atto complesso.

Giunti a questo punto, quali sono i profili che intersecano il tema della successione delle norme processuali?

L'atto processuale che viene qualificato come istantaneo, il quale produce i suoi effetti nel momento che coincide con il suo perfezionamento, potrebbe, come prima rilevato, porsi in continuità con un elemento cronologicamente precedente, rispetto al quale si pone una connessione teleologica e, di conseguenza, i suoi effetti potrebbero prodursi per un tempo prolungato. Tuttavia, nello svolgersi dell'atto, potrebbe intervenire una modifica legislativa che colpisce proprio quel modello legale preso a riferimento nel momento del perfezionamento, dunque in un momento cronologicamente precedente. Quale sarà il regime intertemporale applicabile all'atto processuale? Tendenzialmente, infatti, non sembrerebbe equo che la diversa disciplina dello stesso atto (istantaneo) incidesse sul

¹⁷⁵ VERGINE F., *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova, 2017, 12.

¹⁷⁶ CONSO G., *I fatti giuridici processuali*, cit., 84-86.

legittimo affidamento dell'attore processuale che lo compie, anche se lo stesso atto è in corso di svolgimento.

L'interrogativo si estende poi alle conseguenze in materia di successione di leggi regolanti l'atto complesso, in particolare per quello ancora "pendente"¹⁷⁷, trasparendo già da queste sommarie nozioni che vi sarà una diversa incidenza della normativa sopravvenuta, essendo ogni componente dell'atto complesso suscettibile di autonoma valutazione.

Pertanto, ne deriva che l'elemento cronologico di durata e svolgimento dell'atto porta a dei problemi non solo limitati alla qualificazione dell'atto processuale, ma anche a delle difficoltà sul versante del diritto intertemporale.

3. Il diritto intertemporale applicabile alle norme processuali: il principio dell'efficacia immediata.

Il regime che governa la successione nel tempo delle leggi processuali penali è, ancor'oggi, oggetto di dibattito in dottrina, nonostante gli orientamenti consolidati in giurisprudenza già da pronunce risalenti. Prima di entrare nel vivo delle discussioni dottrinali e delle diverse sensibilità che, a partire proprio dal riconoscimento della sostanzialità o processualità degli effetti delle disposizioni, hanno messo in dubbio i principi consolidatisi negli anni, si individueranno i tratti fondamentali di questi ultimi.

Il punto di partenza è necessariamente il seguente: se, per la materia del diritto penale sostanziale, come è stata sommariamente circoscritta, si può contare su di una disciplina costituzionale e codicistica in materia di successione delle leggi nel tempo, la materia processuale non gode di alcuna legislazione in tema. La logica conseguenza, come rileva autorevole dottrina¹⁷⁸, è che, alle norme processuali, si applicherà il regime generale previsto dall'articolo 11 disp. prel.¹⁷⁹, la cui generale applicabilità, che travalica il campo

¹⁷⁷ Il concetto di atto pendente è chiarito dalla dottrina: "non atti semplici né singoli atti parte dell'atto complesso, né fatti processuali permanenti"; MAZZA O., *La norma processuale.*, 128. Potrebbe darsi, tuttavia, che l'atto processuale non si esaurisca con il perfezionamento, ma si espliciti nel tempo, con delle conseguenze esclusivamente nel (raro) caso in cui l'ordinamento ne prenda in considerazione la durata, che, "in ambito processuale...avviene esclusivamente con riferimento a comportamenti omissivi", i quali però, difettando dell'elemento della volontarietà, dovrebbero essere qualificati, secondo la nozione prima vista, come fatti, non atti, giuridici e, in particolare come fatti processuali permanenti. Sul versante opposto vi è, invece, l'atto istantaneo, il quale si considera compiuto al momento della perfezione.

¹⁷⁸ PAGLIARO A., *La legge penale nel tempo*, cit., 120 ss.; conferma da CAMAIONI S., *Successione*, cit., 117 e GALLO M., *Appunti*, cit., 112.

¹⁷⁹ da sempre conferma in dottrina, LEONE, 86 che allarga il fondamento anche all'articolo 10 disp. Prel. critica da PAGLIARO A., *La legge penale nel tempo*, cit., 120 (nota 17).

civilistico, non può essere messa in dubbio¹⁸⁰. Viene infatti statuito che “La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”, introducendo un generale, ancorché derogabile¹⁸¹, essendo questa una fonte primaria, principio di irretroattività delle norme. Un doppio vincolo, dunque: uno relativo al legislatore e uno, maggiormente limitativo, verso l’interprete.

Declinato questo principio alla materia che stiamo trattando e, in particolare, agli atti processuali, la dottrina e la giurisprudenza¹⁸² hanno coniato un brocardo, il quale sintetizza, non senza sofferenza da parte di coloro i quali ne individuano una certa ambiguità, il regime del diritto intertemporale applicabile, ossia l’efficacia immediata da una parte e l’irretroattività dall’altra: “*tempus regit actum*”, ossia, letteralmente, il “tempo sostiene l’atto”.

Da tale regola, già enucleata, forse inconsapevolmente, da una giurisprudenza alquanto risalente¹⁸³ e confermata altresì successivamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, “costituisce la traduzione condensata dell’art. 11 delle preleggi” e, da questa, è possibile ricavare tre regole fondamentali: “che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo”¹⁸⁴.

Sembra che una conferma circa l’opzione di applicare il principio dell’efficacia immediata alle norme processuali possa essere rinvenuta addirittura, risalendo negli anni, all’analisi delle norme transitorie del codice di procedura penale del 1930 e della legge di riforma del 1955, i quali, pur non disciplinando la materia in modo esplicito, effettuano un riferimento diretto all’interno delle disposizioni transitorie citate, di poco

¹⁸⁰ LA TORRE A., *Sull’efficacia della legge nel tempo con particolare riguardo al diritto pubblico*, in *Foro Amm.*, 1926, IV, 19.

¹⁸¹ La Corte costituzionale precisa, tuttavia, che il legislatore “salvo estrema necessità, dovrebbe ad esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preteriti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile”, Corte cost., 8 luglio 1957 n. 118, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁸² *Ex multis*, LOZZI G., cit., 21; Cass. pen., sez. I, 26 gennaio 1998, n. 5591, in C.E.D. Cass., 1998; Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2000, n. n. 5558, Concolato, in C.E.D. Cass., Rv. 216414; Corte cost. 21 maggio 1975, n. 120 in *giurcost.org*.

¹⁸³ La dottrina individua, infatti, l’origine di questo principio già nelle pronunce delle Corti del Regno d’Italia, subito successive alla promulgazione del primo codice di procedura penale unitario e delle successiva normativa transitoria: “è proprio da queste decisioni giurisprudenziali in poi, che l’applicazione del principio di irretroattività alle disposizioni ed agli istituti tutti di natura processuale avrebbe cominciato ad assumere una fisionomia finalmente autonoma, sintetizzabile nel brocardo *tempus regit actum*”; GALGANI B., *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo: tempus regit actum?*, Torino, 2012, 69.

¹⁸⁴ Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 11, Ambrogio, in *Cass pen.*, 2000, XII, 3237, con nota di NUZZO F., *Orientamenti giurisprudenziali sulla decorrenza del termine per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame*, in *Cass. pen.*, 2000, 3237. La derivazione del brocardo dall’11 disp. Prel. è confermata da una dottrina uniforme, CAMAIONI S., *op. ult. cit.*, 117.

successive¹⁸⁵; così l'art. 65 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602: “Le norme del codice di procedura penale si applicano a tutti i procedimenti e agli altri affari penali in corso al 1° luglio 1931, in qualunque stato e grado si trovino, se non sia diversamente stabilito. Gli atti compiuti con l'osservanza delle norme del codice abrogato conservano la loro validità”, mentre l'art. 16 d.P.R. 8 agosto 1955, n. 666 stabiliva che “le norme della legge 18 giugno 1955, n. 517, si applicano a tutti i procedimenti e gli affari penali in corso all'entrata in vigore della legge stessa, in qualunque stato e grado si, trovino, se non sia diversamente stabilito. Gli atti compiuti secondo le norme abrogate del codice di procedura penale conservano la loro validità”.

La dottrina ha attribuito portata generale a queste norme che, per propria natura, sono dettate solo per regolare la transizione dalla precedente alla nuova disciplina codiciale; una conferma deriva anche dalla Corte costituzionale, che con sentenza n. 49 del 1970, afferma che il “brocardo “*tempus regit actum*”, ricavabile dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile e dagli artt. 65 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602, e 16 d.P.R. 8 agosto 1955, n. 666”¹⁸⁶.

La congenialità del principio del “*tempus regit actum*” con la categoria di norme che ora ci occupa è messa in luce, ancora una volta, dalla citata sentenza delle Sezioni Unite: “l'indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica” e “proprio per tale connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale”¹⁸⁷.

D'altra parte, come sottolinea autorevole dottrina¹⁸⁸, i principi sottesi al *tempus regit actum* sono, in primo luogo, la necessità di garantire il legittimo affidamento al soggetto che agisce nel processo penale, che non può ragionevolmente compiere atti processuali con la prospettiva di una possibile rivalutazione retroattiva compiuta dal legislatore.

In secondo luogo, il principio *de quo* ben si adatterebbe alla “presunzione di migliore giustizia”, su cui si fonderebbe lo *ius superveniens*: il legislatore, modificando la sua valutazione circa l'opportunità di una determinata disciplina processuale, considera l'ultima versione normativa come la più adatta al raggiungimento dello scopo alla quale

¹⁸⁵ SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 63.

¹⁸⁶ Corte cost. 2 aprile 1970, n. 49, cit.

¹⁸⁷ Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 11, Ambrogio, cit.

¹⁸⁸ CHIAVARIO M., *Norma giuridica*, cit., 467.

è preordinata¹⁸⁹, tanto che, per tale motivo, questa dovrebbe prevalere (con effetto immediato) sulla previgente¹⁹⁰.

A ciò si aggiunga una considerazione di carattere pratico, che permette di intravedere nel principio in esame una modalità per garantire una maggiore economicità processuale, altrimenti stravolta dall'applicazione retroattiva della normativa sopravvenuta, la quale, potenzialmente, potrebbe comportare la necessità di replicare le fasi già compiute.

3.1. Una spiegazione del brocardo "tempus regit actum".

Il brocardo a cui ci si riferisce ogniqualvolta si voglia descrivere il fenomeno della successione delle leggi processuali penali ha quindi un duplice significato: ove non esista una norma espressa di diritto transitorio, questo criterio generale di diritto intertemporale comporta, da una parte, il divieto di retroattività della norma sopravvenuta, sicché gli atti compiuti sotto la vigenza della precedente disciplina mantengono la propria efficacia, e, dall'altra, l'efficacia immediata della novella, in modo tale che gli atti perfezionatisi in un momento successivo rispetto all'entrata in vigore della nuova norma debbano aderire al modello legale introdotto dalla legge sopravvenuta¹⁹¹.

Nondimeno, ragionare su nozioni e fenomeni implicanti una relazione diacronica tra diverse situazioni normative necessita di una previa esplicitazione delle coordinate temporali di riferimento. Infatti, come in parte si è già sottolineato nel primo capitolo, quando si utilizzano gli strumenti attinenti all'efficacia delle norme, quali la retroattività, l'irretroattività e l'efficacia immediata, è necessario comprendere rispetto a quale punto di riferimento cronologico e rispetto a quale atto questa relazione si ponga.

Diventa pertanto necessario dare un significato preciso alle due componenti della regola che ci sta occupando, ossia all'*actus* e al *tempus*.

¹⁸⁹ Sulla scorta delle riflessioni svolte circa l'ambito applicativo del diritto processuale penale, rispetto a quello sostanziale, e la nozione di norma processuale, si è affermato che lo scopo è quello del raggiungimento del miglior accertamento possibile circa la fondatezza di quanto oggetto della *notitia criminis* e della responsabilità del reo.

¹⁹⁰ SINISCALCO M., *Irretroattività*, 46. L'Autore riporta altre argomentazioni che giustificano il principio dell'efficacia immediata: oltre all'"interesse di una migliore giustizia" che verrebbe in tal modo garantito, se l'applicazione della norma sopravvenuta non fosse immediata, vi sarebbe una violazione dell'"esercizio della sovranità" (109).

¹⁹¹ LOZZI G., *Favor rei*, cit., 21 ss.; SILVESTRI P., *Successioni di norme processuali penali e nuovo processo in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2015, 565 ss.

In linea generale e come prima anticipazione si può affermare che questo regime “non faccia riferimento al fatto di reato ma agli atti ed alle situazioni processuali”, quindi non sembrerebbe essere qui centrale il *dies delicti*¹⁹².

Tuttavia, effettuando una ricognizione delle caratteristiche principali e delle modalità di funzionamento del principio del *tempus regit actum*, si nota come tale formulazione sia ambigua e potenzialmente carica di diversi significati; in via esemplificativa, si consideri l’ipotesi che tradizionalmente mette gli interpreti di fronte a diverse incertezze interpretative, ovvero la modifica incidente sulla materia delle prove: nel caso in cui sopraggiungesse una norma che introducesse un divieto probatorio, con conseguente inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dello stesso, come andrà individuata la norma applicabile alle prove acquisite durante la vigenza della norma precedente? L’*actus* deve essere inteso come singola prova acquisita, ovvero come l’intera fase dell’acquisizione probatoria, che si svolge in dibattimento, o ancora come l’intero procedimento penale?¹⁹³.

Ecco che si rende necessario lo studio della componente oggettiva e temporale della normativa applicabile; uno studio utile a sollevarne gli eventuali aspetti critici e rilevare le potenzialità garantiste di tale regime intertemporale.

3.1.1. *Nozione di tempus.*

In primo luogo, vi è una necessità, avvertita anche in giurisprudenza, di chiarire quale sia il momento cronologicamente rilevante nell’individuazione della disciplina applicabile: si fa, a tal proposito, riferimento al concetto di “*tempus*”, il quale non è immune da interpretazioni controverse.

A differenza del diritto penale sostanziale, la legge processuale non può che essere determinata nel momento in cui deve essere compiuto l’atto processuale che questa è chiamata a regolare e non, invece, nel momento della commissione del reato¹⁹⁴: non il *tempus commissi delicti*, dunque, ma il momento in cui l’atto viene perfezionato, altrimenti si produrrebbe una distorsione. È forse questa la maggiore differenza rispetto al fenomeno della successione di leggi penali sostanziali¹⁹⁵.

¹⁹² CAMAIONI S., *op ult. cit.*, 117.

¹⁹³ Il tema verrà compiutamente affrontato più avanti, v. *sub.* Par. 5.2.

¹⁹⁴ LOZZI G., *Favor rei*, cit., 19.

¹⁹⁵ È questa una logica conseguenza dovuta alla differenza tra l’oggetto di disciplina del diritto penale sostanziale e quello processuale. CAMAIONI S., *Successione*, cit., 117, in merito alla teoria

Tuttavia, proprio a partire da questo elemento temporale nascono le prime insoddisfazioni degli esperti, i quali, cogliendo la rigidità della regola, tenderanno, come si vedrà, una correzione del principio del *tempus regit actum* nel senso di una reale e concreta prevedibilità della norma, anche di natura processuale¹⁹⁶, se non addirittura in un suo completo superamento a favore di un regime maggiormente chiaro e garantistico.

3.1.2. *Nozione di actus.*

Come si è precedentemente osservato, l'atto processuale è l'attore principale delle vicende che ineriscono al settore del diritto processuale penale.

Il riferimento alla parola *actus*, però, può essere inteso in termini più o meno estesi, ossia a ricomprendere l'atto processuale inteso come procedimento nel complesso, ovvero come fase dello stesso, oppure ancora come semplice atto, compiuto all'interno di una delle diverse fasi del procedimento; atto che, a sua volta, può essere istantaneo o complesso; dunque, parte di un quadro giuridico ampio la cui perfezione avviene solo al momento del compimento dell'ultimo atto posto in sequenza.

Va accolto senza esitazione l'orientamento dottrinale¹⁹⁷, seguito in giurisprudenza, in base al quale con "*actus*" non va inteso il procedimento penale, preso in considerazione, quindi, dalla sua instaurazione, né una sua determinata fase¹⁹⁸. Invero, per negare una siffatta ipotesi, sarebbe sufficiente una considerazione pratica degli effetti che così si produrrebbero: ci si immagini la creazione di due diversi regimi, contemporaneamente applicabili, uno ai procedimenti in corso e uno ai procedimenti che inizieranno successivamente all'entrata in vigore delle leggi novellate. Si produrrebbe una evidente difficoltà pratica in sede giurisdizionale.

A ciò si aggiunga che, se si considera tra le ragioni fondanti la regola dell'applicazione immediata la "presunzione di migliore giustizia" della norma riformatrice, l'entrata in vigore di quest'ultima sarebbe irragionevolmente differita e l'efficacia dell'intervento

dell'applicazione immediata della norma processuale sottolinea come tale "orientamento dottrinale, correttamente, non faccia riferimento al fatto di reato ma agli atti ed alle situazioni processuali, e soltanto su questi ultimi incardina il *principio tempus regit actum* ricavabile dall'11 disp. Prel."

¹⁹⁶ Tra le interpretazioni dottrinali, sembra degna di nota quella proposta da CONSULICH F., *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in *Discrimen*, 11 agosto 2020, 18 ss., il quale propone di individuare il *tempus* di riferimento per l'individuazione della norma applicabile nel momento in cui l'attore processuale determina nell'esercizio del diritto o del potere.

¹⁹⁷ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 117 ss.

¹⁹⁸ LOZZI G., *Favor rei*, cit., 21-22.

legislativo correttivo, considerata anche la durata media dei processi penali in Italia, sarebbe fortemente ridimensionato, mentre alcuni processi seguirebbero una disciplina che si è evidentemente manifestata insufficiente e comunque meno corrispondente a giustizia rispetto a quella sopravvenuta.

A tali ragioni pratiche, si aggiunga l'argomento teorico-dogmatico, che vede, nella riconducibilità dell'*actus* al procedimento, una violazione frontale del principio contenuto all'articolo 11 disp. Prel., il quale introduce la regola dell'efficacia immediata anche in riferimento alle norme processuali, escludendo che, in ogni caso, la stessa possa venire differita nel tempo.

Per evitare tale "distorsione concettuale", la nozione di *actus* non può che essere rinvenuta nel singolo atto processuale da svolgere¹⁹⁹; tuttavia, occorre in questa sede rilevare che la regola del *tempus regit actum* non si applica esclusivamente agli atti processuali, ma a tutte le norme processuali riformatrici e, come si vedrà a breve, i problemi di diritto intertemporali coinvolgono anche norme processuali che travalicano l'insieme degli atti in senso stretto o che, pur riguardando questi stessi, non riescono a coglierne le diversità di struttura.

3.2. Diversa applicazione per atti istantanei e non istantanei.

I primi segnali di cedevolezza del regime che si sta analizzando si possono cogliere proprio in merito alla struttura degli atti processuali. Questi, infatti, si distinguono dal punto di vista del perfezionamento e dell'efficacia, risultando così complesso per il principio dell'efficacia immediata assumere una portata generale, capace di esprimere "un criterio di risoluzione del conflitto normativo sul piano intertemporale" valido "incondizionatamente per tutti gli 'atti' processuali"²⁰⁰.

Si pensi, in particolare, agli atti processuali a carattere non istantaneo, *a fortiori* se in corso di esecuzione al sopravvenire della nuova legge, ovvero agli atti che, pur essendo istantanei, "comportano per il soggetto uno *ius deliberandi* da esercitarsi in tempi più o meno lunghi"²⁰¹, per i quali, come si è visto, l'elemento temporale non è dirimente per la

¹⁹⁹ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 118.

²⁰⁰ DEL CORSO S., *Successione*, cit., 103.

²⁰¹ *Ibidem*, 103. Conferma dalla citata sentenza Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 11, Ambrogio, cit.: "di solito non emergono problematiche quando l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente...i problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando il compimento dell'atto, o lo *spatium deliberandi* o ancora gli effetti si protraggono, estendono nel tempo".

qualificazione dell'atto come istantaneo, il cui esempio classico sono le impugnazioni²⁰². Proprio quest'ultima materia è un esempio di come l'atto, pur essendo da un profilo qualificatorio inquadrabile tra gli atti istantanei, sorge un dubbio circa l'individuazione del momento a cui riferire la disciplina applicabile, estendendosi nel tempo lo *spatium deliberandi*: sarà applicabile la norma vigente al momento dell'emanazione del provvedimento oggetto di gravame, ovvero quella successiva, riferibile al momento in cui è stato depositato l'atto di impugnazione?

La risposta non sembra scontata: il potere di impugnare sorge nel momento in cui viene emanata la sentenza, ma questo momento può essere cronologicamente diverso rispetto a quello in cui il soggetto processuale si determina ed effettivamente compie l'impugnazione²⁰³.

Il problema è dunque circoscritto agli atti complessi ancora non perfezionatisi, nonché agli atti i cui effetti si stanno ancora producendo, mentre sono di conseguenza estranei da questa problematica gli atti già perfezionatisi e i cui effetti sono esauriti, così come gli atti futuri; i primi, infatti, sono regolati dalla norma abrogata, la quale era vigente al momento del compimento dell'atto, mentre i secondi sono disciplinati dalle norme sopravvenute.

In particolare, l'atto complesso non ancora perfezionato, ossia l'atto pendente, è composto da diversi atti giuridicamente autonomi e suscettibili di essere diversamente disciplinati: la soluzione che sembra adottabile è, quindi, l'applicazione della normativa sopravvenuta per gli atti successivi alla sua entrata in vigore, “mentre non le è concesso né di rivalutare la rilevanza di quelli già compiuti né di mutare l'efficacia dell'intero atto complesso non ancora perfezionato”²⁰⁴, essendo evidente che, se la norma successivamente introdotta disciplinasse in modo diversi l'intero atto complesso, inciderebbe anche su atti autonomi già perfezionatisi ed efficaci, producendo una sorta di retroattività impropria²⁰⁵.

²⁰² Per l'irrelevanza dell'elemento temporale circa la qualificazione dell'atto si rimanda al Par. 2.2.; conferma si ha da MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 127, il quale afferma che i problemi posti dalla regola del *tempus regit actum* sono due: l'ipotesi in cui il ricambio normativo intervenga su atti in corso di compimento e l'ipotesi in cui gli effetti non si siano ancora esauriti.

²⁰³ Si veda in particolare la sentenza della Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre 2018, n. 49395, in *Cass. pen.*, III, 2019, 1240, che ha precisato che “ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato con disposizioni transitorie il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione”.

²⁰⁴ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 128.

²⁰⁵ CONSULICH F., *Actus regit tempus?*, cit., 12.

Sull'altro versante, quello degli effetti non ancora esauriti, ossia delle fattispecie di durata, la dottrina e la giurisprudenza sembrano orientate ad applicare la disciplina sopravvenuta agli effetti che ancora si devono produrre: essendo atti ad efficacia immediata, si guarderebbe al momento del perfezionamento, lasciando immuni dalla modifica legislativa solo gli effetti già prodottisi, conservando così, ma solo apparentemente, il principio di retroattività. Infatti, rileva la dottrina, nonostante l'avvallo giurisprudenziale, l'applicazione, formalmente ineccepibile, agli effetti futuri è idonea a produrre una rivalutazione dell'atto *tout court*²⁰⁶. Tuttavia, si deve osservare che è per nulla pacifica l'individuazione della porzione di effetti futuri che comporterebbero una rivalutazione dell'atto, con la conseguenza che imboccare la strada compromissoria dell'analisi caso per caso dell'idoneità dell'applicazione della norma sopravvenuta a modificare la funzione dell'atto non sembra percorribile nella pratica.

Oggi, dunque, non vi è un'alternativa all'esclusione *in toto* dell'applicazione della normativa sopravvenuta anche agli effetti futuri, interpretazione che sicuramente ha il pregio di preservare l'affidamento dei soggetti sugli assetti dell'ordinamento nel momento in cui l'atto è stato realizzato.

3.2.1. *Le prime crepe al principio del tempus regit actum: la successione di norme sulla competenza del giudice come declinazione processuale del principio ex I comma articolo 25 Cost.?*

Una conferma della difficoltà di inquadramento nella disciplina intertemporale delle fattispecie di durata è confermata dalla già citata sentenza delle sezioni unite "Ambrogio", la quale fa preciso riferimento alle ipotesi in cui gli effetti o lo stesso compimento dell'atto, oltre che il relativo *ius deliberandi*, si prolunghi nel tempo: viene proposta in primo luogo la materia delle impugnazioni, di cui già si è detto, oltre che due materie particolarmente complesse per via della dilatazione del tempo con cui gli effetti si svolgono nel processo, nonché per l'importanza dei beni che vengono in rilievo, quali le misure cautelari e la materia delle prove. Infine, per ciò che ci interessa ora, le sezioni unite della Suprema Corte citano, tra le norme particolarmente delicate in tema, quelle relative alla competenza²⁰⁷.

²⁰⁶ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 129.

²⁰⁷ Nel constatare i problemi di diritto intertemporale per gli atti non istantanei e di durata la Suprema Corte elenca le materie di più complessa interpretazione: "basti pensare alle norme sulla competenza, sulle

L'aspetto particolarmente interessante è che, con riferimento a quest'ultima categoria di norme, il problema si allarga: oggetto della complessa applicazione della regola dell'immediata efficacia allo *ius superveniens* non è riferibile più in modo esclusivo alle norme che abbiano ad oggetto gli "atti processuali", ma anche altre norme processuali aventi un diverso oggetto di normazione, che tuttavia produce effetti la cui durata coincide con quella del processo stesso.

In particolare, quando oggetto dell'intervento del legislatore è direttamente l'attività del giudice, l'applicazione immediata delle norme novellate dovrebbe riflettersi su tutto il procedimento, *a fortiori* se il mutamento riguarda le norme sulla competenza per materia, la quale è una situazione in corso fino al giudicato, con la conseguenza che una tale modifica travolgerebbe tutta l'attività già svolta. Cambierebbe, dunque, l'impostazione che è stata data alla nozione di *actus*, che coinciderebbe così con l'intero procedimento penale.

Tuttavia, seppur sembra evidente che il potere dell'organo giurisdizionale di decidere sia una "situazione in corso fino al giudicato", seguendo l'impostazione che vede sussistere una distinzione tra atti delle parti e atti del giudice, questi ultimi dovrebbero essere tutti travolti dalla norma novellata, ma questo non sembra essere accoglibile²⁰⁸, essenzialmente perché, anche in questo caso, emergerebbe la suggestiva nozione della retroattività implicita, in quanto l'accoglimento di questa versione argomentativa comporterebbe necessariamente la rivalutazione degli atti già compiuti in modo retroattivo, eludendo il vero significato del principio del *tempus regit actum*.

Ulteriore motivo, ancora più convincente, origina dal I comma dell'articolo 25 Cost., il quale introduce nel nostro ordinamento il fondamentale principio del giudice naturale e precostituito per legge. Tralasciando il dibattito sulla differenza tra il concetto di "naturalità" e "precostituzione", centrale è l'osservazione in base alla quale una legge di modifica dell'assetto della competenza del giudice che si applicasse ai procedimenti in corso, modificando così il giudice dotato di *potestas iudicandi*, individuato perciò dalla legge solo dopo che la condotta è stata compiuta, comporterebbe una frontale violazione del suddetto principio costituzionale; si avrebbe, in definitiva, un giudice costituito dopo la commissione del fatto.

impugnazioni, sulla disciplina delle prove, sulle misure cautelari"; Cass. pen., sez un., 14 luglio 2011, n. 11, Ambrogio, cit.

²⁰⁸ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 122.

In questo caso, la dottrina qualifica il I comma del disposto costituzionale come una “proiezione processuale” o “versione giudiziale” di quanto stabilito dal II comma della stessa disposizione, ossia del rigido divieto di retroattività *in peius*²⁰⁹.

Ma quale sarebbe il *tempus* di individuazione della norma applicabile? Se si accettasse il combinato disposto con il principio previsto al II comma, con “precostituzione” non si può che fare riferimento al criterio di individuazione del giudice competente vigente al momento del *dies delicti*, avvallando così una piena equiparazione al regime proprio del diritto sostanziale²¹⁰.

Questa posizione non sembra tuttavia coerente con la *ratio* del principio affermato dal II comma dell’articolo 25 Cost., che si riferisce necessariamente al momento della commissione del fatto poiché è solo rispetto a quel frangente temporale che possono declinarsi i principi di certezza-prevedibilità e di garanzia.

Diversamente, non vi sarebbero le medesime esigenze in relazione alla modifica del giudice competente; modifica che, per di più, sarebbe difficilmente qualificabile come “favorevole” o “sfavorevole” rispetto alla posizione dell’imputato, seguendo i canoni che normalmente la giurisprudenza utilizza nella valutazione della norma penale.

Vero è che il principio di precostituzione potrebbe così sembrare ridimensionato, ma vi è da chiedersi se effettivamente il rischio che si vuole, con tale norma, prevenire sia reale qualora la modifica intervenisse nella fase iniziale del procedimento²¹¹.

Accogliendo quest’ultima argomentazione si allargherebbe la differenza tra le regole costituzionali afferenti ai due commi dell’articolo 25 Cost.: non solo il principio di cui al I comma sarebbe applicabile indiscriminatamente a tutte le modifiche, sia favorevoli che

²⁰⁹ Questa impostazione è sostenuta da risalente dottrina: tra tutti si veda ANDRIOLI V., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 327; BARGIS M., *Dubbi di costituzionalità nel passaggio di competenza dalla corte d’assise al tribunale per determinate categorie di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1975, 312; SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 129.

²¹⁰ Si parlerebbe in tal caso del principio del “*tempus criminis regit iudicem*”; ANDRIOLI V., *Appunti*, cit., 32.

²¹¹ In tal senso la giurisprudenza ordinaria che introduce il principio della *perpetuatio competentiae*, in base al quale l’applicazione con effetto immediato della modifica della competenza significherebbe applicazione anche rispetto a fatti già commessi, ma non si estenderebbe ai procedimenti che si sono instaurati presso il giudice individuato dalla precedente norma; *ex multis* Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 1994, *Pone e latro* in *Riv. pen.*, 1994, 740 ss. A conferma militano le pronunce della Corte costituzionale che, praticando un *revirement* rispetto al precedente orientamento, stabilisce il principio secondo cui la regola costituzionale della precostituzione del giudice si fonda sulla *ratio* di evitare abusi del legislatore che individui, attraverso una deroga ai criteri generali di determinazione della competenza, modifichi la stessa rispetto ai processi in corso; Corte cost. 5 maggio 1967, n. 56, in *Giurcost.org.* fermamente contraria riamane la maggioranza della dottrina, *ex multis* CORDERO F., *Procedura*, cit., 363.

sfavorevoli, ma muterebbe anche il *tempus* di riferimento per l'individuazione della legislazione applicabile, che coinciderebbe con quello dell'inizio del procedimento²¹².

Per ciò che ci interessa ora, va segnalata piuttosto la differenza rispetto all'altro regime di cui si sta trattando, ossia quello dell'applicazione immediata della modifica normativa al momento della sua entrata in vigore.

Si possono così, da queste considerazioni preliminari, che ancora non entrano nel vivo del confronto con la norme sostanziali, trarre delle conclusioni circa le difficoltà interpretative ed applicative del principio del *tempus regit actum*: “nonostante l'apparente carica semplificatrice delle tre parole magiche”²¹³, in particolare, riguardo agli atti (e non solo) processuali non istantanei e di durata, esiste il rischio che, da un lato, “la nuova previsione, incidendo sugli effetti non esauriti di un atto compiuto o di un fatto avvenuto prima della sua vigenza, finisca per regolare comportamenti precedenti”, dall'altro, che il contenuto della norma mal si adatti a questa rigida disciplina intertemporale.

Per non dimenticare, infine, il problema posto dalla derogabilità della disposizione su cui il principio stesso si fonda²¹⁴: l'articolo 11 delle Preleggi non consente una tutela rigida dell'affidamento dei soggetti processuali, poiché il legislatore potrebbe in ogni momento, salvo i limiti posti dal sindacato costituzionalità sulla ragionevolezza e la proporzionalità, derogare a tale regime, considerando necessaria un'applicazione a tutti gli atti e le situazioni processuali già avveratesi e conclusesi.

²¹² Non, invece, con l'inizio del processo: infatti l'individuazione della competenza del giudice inciderebbe indirettamente sulla competenza del pubblico ministero, data l'introduzione della competenza derivata prevista all'articolo 51 c.p.p. Sarebbe dunque corretto riferire l'applicazione della riforma al momento in cui giunge la *notitia criminis* e vengono svolte le indagini preliminari.

²¹³ CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo*, cit., 8.

²¹⁴ Come esempio della derogabilità si pensi al tema dell'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico, disciplinato da una norma transitoria introdotta dall'articolo 1-bis, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, inserito, in sede di conversione, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178 ha efficacia retroattiva, derogando espressamente al principio del *tempus regit actum*.

4. La crisi di un sistema: prospettive di estensione del regime sostanziale a quello processuale.

Si sono viste le prime storture insite nel principio dell'applicazione immediata, che mettono in dubbio, in taluni casi, la chiara applicazione ad ogni istituto processuale.

Diversamente, ora si valuterà la resistenza del principio *de quo* rispetto ai tentativi di assimilazione tra il regime applicabile alle successioni di leggi sostanziali e processuali.

Il percorso argomentativo seguito dalla dottrina che sostiene l'opportunità dell'estensione delle norme di diritto intertemporale del diritto sostanziale a quello processuale, la quale porta a mettere in discussione la ripartizione vista in materia di successione delle leggi penali nel tempo – ovverosia gli articoli 25, II comma, Cost. e 2 c.p. per norme sostanziali e la regola *tempus regit actum* per norme processuali – si fonda essenzialmente sul combinato disposto tra, da una parte, le difficoltà appena viste nell'applicare il principio del *tempus regit actum* a tutte le norme processuali senza ledere il legittimo affidamento della parte processuale e, dall'altra, l'idoneità delle norme processuali a incidere sulla posizione sostanziale del soggetto, quindi a punire il reo, similmente, se non, in alcuni casi, al pari delle norme che introducono e disciplinano la pena²¹⁵.

Nasce così una certa sensibilità, molto risalente in dottrina, la quale vede con favore l'estensione dei principi garantistici di cui agli articoli 25, II comma, Cost. e 2 c.p., in particolare il principio di retroattività della legge più favorevole, esistendo già, con le differenze sottolineate, un divieto di applicazione retroattiva della legge processuale sopravvenuta²¹⁶.

La rigida ripartizione della materia di successione delle leggi nel tempo come finora affrontata, dovrebbe essere quindi ridimensionata a livello generale, o almeno limitata a certi specifici casi, ossia, come si vedrà, quelli delle norme processuali con contenuto parzialmente sostanziale o incidenti su beni di caratura costituzionali, in osservanza di un'ottica maggiormente garantistica.

La differenza strutturale e teleologica tra i due regimi è evidente: un leggero punto di contatto è presente nella parte in cui è prevista l'irretroattività per entrambe le

²¹⁵ TRINTI G., *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, IX, 2017, 38; SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 111 ss.

²¹⁶ Secondo FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto*, cit., 76, una buona parte della dottrina sostiene che si è puniti anche con riferimento 'alle modalità del procedimento con cui le ragioni della punibilità sono accertate e la pena è irrogata ed applicata'. Ne conseguirebbe che non è consentito applicare retroattivamente una disciplina processuale che peggiori la posizione dell'imputato".

categorie²¹⁷, seppur con una maggiore garanzia per le norme sostanziali, dato si fa riferimento, ai fini del divieto di applicazione retroattiva della norma, al tempo del commesso reato, cronologicamente antecedente al momento in cui l'atto processuale viene compiuto; un *tempus*, quindi, maggiormente idoneo a tutelare l'affidamento del soggetto processuale. Per di più, differente è la tipologia, oltre che la chiarezza, della fonte, costituzionale e codicistica per le norme sostanziali, ordinaria, residuale e generale per le norme processuali.

La *ratio* di questa netta distinzione nelle discipline trova la sua radice nella diversa natura delle norme e quindi dal diverso momento a cui riferirsi per individuare la disciplina applicabile²¹⁸, ma soprattutto si basa sulla considerazione, che spesso diventa però un equivoco, di considerare le norme processuali neutre rispetto alla capacità di incidere sulla libertà personale del soggetto²¹⁹; proprio questa ultima riflessione lega le critiche della dottrina più risalente e di quella contemporanea, la quale giunge per la verità a diverse conclusioni rispetto alla prima e della quale sembrerebbe essere condivisibile la spinta verso una riforma del regime di diritto intertemporale del "processo".

Dunque, venendo alla questione di fondo, esiste un dibattito in dottrina, parte della quale vede possibile l'estensione dei principi propri del diritto penale sostanziale, che sarebbe ammessa dal diritto positivo, ma soprattutto coerente con la natura delle norme processuali che concorrono con quelle sostanziali, a volte allo stesso modo, a punire. Questa applicazione analogica riguarda tanto il principio di irretroattività della legge più sfavorevole, quanto il principio della retroattività della *lex mitior*. Quindi non solo la non applicabilità retroattiva rispetto a fatti di reato già commessi se le norme processuali sopravvenute sono più sfavorevoli, ma si parla anche di applicazione retroattiva, rispetto a quelle vigenti nel momento in cui l'atto si è perfezionato, di norme processuali più favorevoli: si pensi ai rapporti di durata e, in particolare, alla materia delle misure

²¹⁷ Il *tempus regit actum* "non è contro l'irretroattività: non verrebbe con ciò negata, in via di principio, la regola di irretroattività: anzi, essa verrebbe a coinvolgere, sempre in via di principio, ogni norma processuale penale; a differenza che nell'ambito sostanzialistico e non farebbero, cioè, eccezione neppure le norme che possono considerarsi e più favorevoli all'imputato" CHIAVARIO M, *Norma giuridica*, cit., 467; cfr. CONSULICH F., *Actus regit tempus?*, cit., 11.

²¹⁸ per i motivi detti, il *tempus* per le norme processuali è il momento della realizzazione dell'atto e non il *tempus commissi delicti*.

²¹⁹ Pur essendo questa conclusione criticabile, si segnala che "è evidentemente preclusa - sul versante processuale - la strada di riconoscere una siffatta regola in termini simili a quelli proposti sul versante sostanziale, non essendo in causa sul primo versante alcuna questione che riguardi l'offensività (o la minore offensività) del fatto commesso", ponendo così una differenza di fondo tra la funzione delle due categorie di norme. DEL CORSO S., *Successione*, cit., 103-104.

cautelari, che verrà in seguito approfondita, e del loro regime intertemporale²²⁰; è chiaro che in questi casi le esigenze proprie dei due rami dell'ordinamento si avvicinano e l'interesse nella retroazione delle modifiche più favorevoli all'indagato o imputato *in vinculis* non sembra così infondato²²¹.

Già dai primi anni '50 del secolo scorso, dottrina autorevolissima, come quella di Carnelutti²²², sosteneva l'estensione dell'articolo 2 c.p. alle norme processuali argomentando sulla supposta inutilità che ne deriverebbe al III comma (oggi IV comma) dello stesso articolo se si applicasse alle sole disposizioni sostanziali, nel caso di sopravvenienza di una norma peggiorativa: sarebbe stato ridondante affermare l'ultrattività della legge più favorevole, dato che quella successiva più sfavorevole non si sarebbe potuta applicare retroattivamente.

Altro argomento portato da una certa dottrina²²³ intende riferire l'articolo 25, II comma, Cost. anche alle norme processuali, poiché tale disposizione, dalla prospettiva letterale, è posta in modo più generico rispetto all'articolo 2 c.p.: in primo luogo non c'è alcun riferimento ad un "fatto", presente invece nel disposto codiciale, e, inoltre, varrebbe la considerazione che si è "puniti" anche in forza di quelle processuali.

Ancora, la dottrina favorevole fonda l'estensione sull'assunto che la *ratio* che soggiace al principio di irretroattività si fonda sul principio di garanzia, più che di certezza: se così fosse, non dovrebbe, pertanto, prevalere la funzione di rendere note le condotte censurate dalla norma penale prima del loro compimento, ma dovrebbe prevalere piuttosto la necessità di garantire il reo dall'applicazione di una legge a questo più sfavorevole, con il risultato che, in tal modo, l'effetto retroattivo non sarebbe limitato alle leggi penali più favorevoli, ma parimenti alle leggi processuali penali più favorevoli all'imputato²²⁴.

²²⁰ La legge applicabile alle misure cautelari è, infatti, restando fedeli al principio del *tempus regit actum*, quella vigente al momento in cui si è realizzato l'atto generatore", quindi generalmente l'ordinanza cautelare "e in cui ha anche iniziato a prodursi l'effetto stesso", MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 178. L'applicazione di una norma sopravvenuta ad una situazione cautelare in atto determinerebbe, quindi, la retroattività della misura stessa, tradendo, almeno formalmente, il principio citato.

²²¹ "Se l'articolo 25 Cost., in materia penale, non limita il proprio campo di applicazione alle leggi sostanziali, ma comprende anche quelle processuali, la retroattività di queste ultime, ove siano più favorevoli per l'imputato, non può essere negata", GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale*, cit., 216.

²²² CARNELUTTI F., *Il ricorso in cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1946, 80 ss.

²²³ GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale*, cit., 215-216.

²²⁴ SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., *passim*, a partire da concetto di garanzia che informa il sistema all'esterno, non sarebbe consentito distinguere, in materia di successione delle leggi nel tempo, tra norme sostanziali e processuali. Sostiene poi la maggiore ampiezza della formula utilizzata dalla norma costituzionale rispetto all'articolo 2 c.p.

La stessa dottrina trova un'ulteriore conferma dalla lettura dei lavori preparatori e della originaria formulazione dell'articolo 25 Cost., il quale prevedeva che “nessuno può essere sottoposto a processo né punito...”²²⁵: la formula è oggi depurata dal riferimento al “processo”, ma l'intenzione del legislatore sarebbe rimasta la stessa.

Queste argomentazioni, che, *prima facie*, sembrerebbero senza dubbio fondate, si scontrano però con un dato strutturale che tende a distinguere le norme penali sostanziali da quelle processuali nella loro dinamica intertemporale: nonostante queste osservazioni abbiano il pregio di cogliere la stretta connessione, se non dipendenza, di una categoria di norme rispetto all'altra, oltre che l'idoneità di quelle processuali di incidere generalmente, almeno in modo moderato, se non addirittura rilevante, sulla posizione sostanziale del reo, sembra dimenticare come il punto di partenza per l'enucleazione dei principi in materia di successione di leggi nel tempo sia l'individuazione del “*tempus*”, che, appunto, è differente in un caso piuttosto che nell'altro.

Se seguissimo la tesi dell'applicabilità del disposto costituzionale anche oltre i confini del diritto penale materiale, dovrebbe trovare applicazione non la legge processuale vigente nel tempo in cui si procede, bensì quella più favorevole vigente al tempo della commissione del fatto, quando ormai è pacifico che alle norme processuali si guarda al tempo in cui si è perfezionato l'atto, non al momento del compimento reato²²⁶. E la diversità del *tempus* non è altro che conseguenza della diversità di *ratio* e degli stessi motivi di garanzia riferibili alle due categorie: se infatti è vero che alcune norme processuali possono avere un ruolo rilevante nella lesione di alcuni beni fondamentali, così non si può dire per la generalità delle stesse. Per questo, nonostante l'autorevolezza e la complessiva ragionevolezza di talune obiezioni, questa pretesa estensione “non è riuscita a imporsi né in dottrina né in giurisprudenza”, forse proprio “a causa della pretesa eccessiva”²²⁷ di estendere all'universalità del settore processuale i principi propri della successione delle fattispecie incriminatrici²²⁸.

²²⁵ Atti Ass. Cost., Commissione per la Cost., I Sottocommissione, verbale seduta del 18 settembre 1946, 71, in *archivio.camera.it*.

²²⁶ LOZZI G., *Favor rei* cit., 21.

²²⁷ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 173.

²²⁸ Diversa è la *ratio* di garanzia che, anche se sostituita a quella di certezza in riferimento all'articolo 25 comma 2 Cost., non può essere estesa alle norme processuali, in questo senso PAGLIARO A., *Principi*, cit., 121. È inoltre interessante la considerazione di CHIAVARIO M., *Norma giuridica*, cit., 482, il quale argomenta la difficile trasposizione del principio di irretroattività della norma sfavorevole sul versante processuale a partire dalla logica differenza tra la qualificazione di norma “più (s)favorevole”, la quale, per la materia sostanziale, come visto (v. Cap. I, Par. 3.3.) ravvisabile solo in concreto, mentre, per le norme processuali ciò non sarebbe possibile, dovendo essere individuato il carattere peggiorativo solo in astratto.

Inoltre, vanno respinte le singole argomentazioni dottrinali riportate: innanzitutto la supposta ridondanza dell'originario III comma dell'articolo 2 c.p. non sembra sufficiente a giustificare tali conclusioni, se non altro per il fatto che detta disposizione introduce il principio dell'applicazione della legge più favorevole e non si limita a disciplinare l'ultrattività della stessa²²⁹. La portata del primo effetto è infatti più ampia e contempla un concetto di relazione circa il contenuto tra le due norme poste in rapporto diacronico tra loro, al fine dell'applicazione di quella più favorevole; relazione che si estende fino ad affermare, addirittura, che, se la norma originaria fosse modificata o abrogata da una norma più favorevole, a sua volta successivamente modificata da una più sfavorevole, si applicherebbe la seconda²³⁰.

In secondo luogo, vanno negati gli argomenti che vedono nella disposizione costituzionale una portata più ampia rispetto a quella codicistica, oltre che delle intenzioni del costituente in questo senso: l'espressione "punito in forza di una legge" contenuta all'articolo 25 comma 2 Cost. intende riferirsi a quelle norme la cui "forza", per usare lo stesso termine usato dal legislatore costituente, è quella di "punire", introducendo una fattispecie incriminatrice e modulando la pena, non le modalità con cui si perviene alla punizione²³¹, mentre la *mens legis*, deducibile dai Lavori preparatori, non era comunque riconducibile a questa tesi, in quanto, anche prevedendo i termini, che originariamente erano stati formulati, "sottoposto a processo e punito", si farebbe riferimento ad una "necessaria preesistente legge penale incriminatrice". Non solo, infatti, non si potrebbe "concludere un processo con la statuizione di una pena" ma non sarebbe possibile "neanche iniziarlo"²³². Inoltre, lo stesso legislatore avrebbe negato questa tesi, introducendo delle norme transitorie che stabiliscono casi di ultrattività legge processuale abrogata o retroattività della nuova legge con il vecchio codice, all'articolo 68, r.d. n. 602 del 1931; previsione che non avrebbe avuto alcuna ragion d'essere se il principio fosse generalmente riferibile alle norme processuali.

Infine, si pensi alla considerazione pratica: come si è già detto affrontando l'elemento dell'*actus*²³³, sarebbe inimmaginabile un'applicazione della disciplina peggiorativa processuale e sopravvenuta ai soli procedimenti con oggetto fatti di reato commessi, in

²²⁹ Conferma da LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, cit., 162.

²³⁰ Per un'analisi del fenomeno della cd. "*lex intermedia*", si veda AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato*, cit, 188.

²³¹ In questo senso PAGLIARO, *Principi*, cit., 121 e CAMAIONI S., *Successione*, cit., 119.

²³² PAGLIARO, *Principi*, cit., 122.

²³³ V. Cap. II, Par. 3.1.2.

ipotesi, in un momento successivo all'entrata in vigore della modifica stessa, rimanendo in vigore il precedente regime processuale fino all'esaurimento dei processi pendenti, poiché si andrebbe a creare così una complessità normativa rilevante.

Conferma deriva infine dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, anche di recente, ha affermato che “in tema di leggi processuali nel tempo vige il principio secondo cui ‘*tempus regit actum*’, onde la nuova norma può applicarsi esclusivamente agli atti che si compiono successivamente alla sua entrata in vigore, ferma restando la validità degli atti posti in essere nella vigenza della disposizione anteriore”²³⁴; concetto confermato dalla stessa Corte anche a seguito della celebre pronuncia della Corte EDU Scoppola vs Italia²³⁵.

Si può, quindi, giungere a delle prime conclusioni: il pregio maggiore delle argomentazioni della dottrina penalistica e processualpenalistica favorevole all'estensione della portata delle disposizioni costituzionali e codicistiche relative al diritto sostanziale è ravvisabile nella consapevolezza dell'idoneità delle norme processuali di incidere sulla posizione sostanziale del reo, integrando le norme materiali e concorrendo a punire lo stesso. Anzi oggi vi è chi afferma che “il più micidiale dei nemici della legalità si è rilevato proprio il processo”²³⁶, ponendo così l'attenzione su una materia che necessita di una rivisitazione nelle sue radici, a partire dal principio del *tempus regit actum*, il quale, come visto pone problemi applicativi oltre che di garanzia e legittimo affidamento, in particolare quando applicato a norme processuali con contenuto sostanziale, determinando gli interpreti a cercare delle correzioni, pur non riconoscendo il generale inglobamento della materia processuale in quella sostanziale. Una prima soluzione può essere individuata nella distinzione tra materie interne alla nozione di

²³⁴ Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2000, Concolato, cit.; conforme la precedente Cass. pen., sez. un. 25 febbraio 1998, n. 4265 Gerina, in *Foro it.*, IV, 1998, 225 ss. e la successiva Cass., sez. IV, 7 dicembre 2011, n. 45660, in C.E.D. Cass. 2011.

²³⁵ “Il principio di necessaria retroattività della disposizione più favorevole, affermato dalla sentenza Corte EDU 17 settembre 2009 nel caso Scoppola contro Italia, non è applicabile in relazione alla disciplina dettata da norme processuali, che è regolata dal principio *tempus regit actum*”; Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, C.E.D. Cass., Rv. 260926; conforme, Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2015, n. 28153, in *G. dir.*, 34-35, 2015, 76. SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, I, 2013, 3 ss. Recenti pronunce che confermano l'operatività del regime del *tempus regit actum* sono, in via esemplificativa, le seguenti: Cass. pen., sez. V, del 31 gennaio 2023, n. 3990, in *Cass. pen.*, IV, 2023, 1177; recentemente, Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2023, n. 5925 e Cass. pen., Sez. II, ordin., 16 marzo 2023, n. 11279, in *dejure.it*

²³⁶ CONSULICH F., *Actus regit tempus?*, cit., 3, afferma inoltre che il “medesimo impatto di una pena formale e il rito processuale viene piegato al conseguimento di obiettivi atipici, di sanzione anticipata e surrogata”.

diritto penale processuale, predeterminate, che, avendo contenuto sostanziale, possono, seguire il regime intertemporale delle norme sostanziale. A tale proposito si apre un diverso dibattito, che verrà ora analizzato, per giungere alla conclusione che l'unica prospettiva accoglibile è un intervento legislativo, ovvero interpretativo di ampio raggio, idoneo a definire in modo più dettagliato le modalità di funzionamento del principio del *tempus regit actum*²³⁷.

5. Un'estensione limitata: gli istituti processuali di rilievo costituzionale e aventi caratteri di "sostanzialità".

Finora si è analizzato il dibattito concentrato sulla possibile estensione generale alla materia processuale dei principi valevoli per quella sostanziale, con un esito non incoraggiante sul piano delle argomentazioni giuridiche fondanti l'estensione stessa.

Ci si deve ora concentrare su di un'ulteriore problematica, più specifica rispetto a quella appena analizzata e che ci avvicina al problema centrale dell'individuazione della natura giuridica nella definizione del regime applicabile: l'applicazione del regime di diritto intertemporale delle norme sostanziali a quegli "istituti di sicura natura processuale... che possono contribuire a peggiorare *sostanzialmente* la posizione del reo"²³⁸, in misura coincidente rispetto alle leggi che introducono e disciplinano le pene²³⁹.

Si è detto che in generale la materia del diritto penale processuale inciderebbe sulla sfera personale del soggetto regolando il processo, ossia la sequenza di atti che porta all'accertamento della sua eventuale responsabilità penale, ma è necessario distinguere norme processuali che hanno, per così dire, un carattere neutro, dalle norme processuali

²³⁷ *ibidem*, 11, propone di adottare diverso parametro per fondare questi principi, non ritenendo sufficiente l'articolo 25 Cost.: sulla base del modello tedesco, infatti, la tutela dell'affidamento contro le modifiche sfavorevoli che agissero retroattivamente dovrebbe essere fondata non su specifica disposizione, ancorché costituzionale, ma su principio generale dello stato di diritto, capace di attrarre a sé, perciò, le norme processuali, o almeno parte di esse. Inoltre, si è già avuto modo di segnalare la stessa proposta dell'Autore di ancorare il *tempus* al momento in cui il soggetto processuale si determina in merito alla scelta processuale (v. nota 49). Similmente, CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo*, cit., 6, che propone di "guardare, non necessariamente alle norme processuali vigenti nel momento della commissione del fatto assunto come "regiudicanda", ma piuttosto, di volta in volta, a quello o a quelli in cui la parte o il giudice sono chiamati a tenere determinati comportamenti nel corso del procedimento e in relazione ai quali dunque si possono configurare correlativamente, come opportune o persino come obbligate, per l'uno e/o per le altre, determinate scelte strategiche o tattiche, destinate a essere frustrate, totalmente o parzialmente, dal sopravvenire di mutamenti in quel quadro.

²³⁸ AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario*, cit., 308.

²³⁹ Queste argomentazioni fanno capire la portata della difficoltà interpretativa circa il campo di applicazione dell'articolo 25 comma 2 Cost. relativamente alle norme processuali e, allo stesso tempo, rivela come lo stesso "campo di operatività" sia "diverso all'interno del settore delle leggi processuali penali", SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., 130.

che, invece, sembrano avere propriamente un carattere di sostanzialità. Circa quest'ultima affermazione, si deve fare riferimento alle riflessioni dottrinali che si sono uniformemente concentrate intorno a tre fondamentali materie: le norme in materia di custodia cautelare, la disciplina della prova e la materia dell'esecuzione penale.

Come si è detto, non viene messa in dubbio la sicura natura processuale di queste norme; perciò, occorre segnare una linea di demarcazione rispetto al diverso dibattito che si occupa di individuare la natura giuridica e, di conseguenza, il regime di diritto intertemporale applicabile alle norme che si pongono al confine tra sostanzialità e processualità²⁴⁰. Non può infatti essere messo in dubbio che le tre materie individuate, rispetto alla preliminare distinzione tra diritto e processo che è stata proposta a inizio capitolo, debbano essere collegate al ramo processuale penale, non avendo ad oggetto la disciplina del fatto tipico, né della pena, ma le modalità attraverso le quali l'accertamento debba essere condotto e tutelato, oltre che le modalità con cui l'eventuale pena debba essere eseguita.

Si tratterà, perciò, di verificare la resistenza della regola del *tempus regit actum* rispetto a questi settori dell'ordinamento processuale²⁴¹.

5.1. La successione delle leggi penali in materia cautelare.

La successione nel tempo delle norme cautelari costituisce una materia assai complessa per due fondamentali motivi: il primo deriva dalla constatazione che “la similitudine con le problematiche del diritto penale sostanziale risulta evidentemente più facile”, considerato che le modifiche normative che intervengono in questa materia incidono spesso sul “bene della libertà personale”²⁴².

Il secondo motivo deriva dalla considerazione che le misure custodiali non generalmente qualificabili come atti istantanei, ma sono invece inquadrabili in un procedimento parallelo, che difficilmente collocabile in un tempo preciso; la conseguenza è che

²⁴⁰ Di questo ci si occuperà nel Cap. III.

²⁴¹ La dottrina processualpenalistica ha infatti ritenuto che “l'assioma ‘*tempus regit actum*’ ammetta eccezioni”, CORDERO F., *Procedura*, cit., 359 (nota 20). Questo è il punto di partenza per verificare la tenuta dello stesso in merito a quelle materie che, per loro natura o per la natura degli effetti che esprimono, non risultano assimilabili alla generalità delle norme regolanti il processo.

²⁴² DEL CORSO S., *Successione*, cit., 102.

l'applicabilità della disciplina sopravvenuta alla misura in corso di esecuzione resta controversa²⁴³.

Prima di giungere a delle conclusioni, è necessario ripercorrere gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono sviluppati negli anni; invero, è interessante notare che l'indirizzo prevalente della Corte di Cassazione, sostenuto fino alla metà degli anni '70 del secolo scorso, è stato completamente ribaltato da uno opposto, oggi senza dubbio prevalente, mentre, la dottrina sembrerebbe mantenere una divisione nella lettura del fenomeno, pur con una uniforme sensibilità circa la necessaria osservanza, nell'evoluzione intertemporale della materia cautelare, delle massime forme di garanzia per l'individuo coinvolto.

Vi è una parte degli autori che, infatti, segue un percorso inverso rispetto a quello analizzato in merito all'estensione del regime sostanziale: non si parte dai principi applicabili alle norme incriminatrici per estenderli al diritto penale processuale, ma si cerca, all'opposto, di attrarre alcuni istituti processuali, in particolare quelli cautelari²⁴⁴, all'interno del regime di diritto materiale per il loro supposto contenuto sostanziale, giungendo ad una conclusione, per l'appunto, opposta rispetto all'applicazione pedissequa della regola del *tempus regit actum*, non trovando, secondo questi interpreti, immediata applicazione la norma cautelare sopravvenuta²⁴⁵.

Un'osservazione comune di questa dottrina è la seguente: non sembrerebbe sufficiente il dato formalistico della qualificazione della misura cautelare custodiale quale norma processuale, poiché questa incide su di un bene costituzionale di rango primario e definito "inviolabile", quale la libertà personale, tutelato ex articolo 13 Cost.²⁴⁶.

L'effetto concreto della misura custodiale sarebbe perciò afflittivo, ponendosi sullo stesso piano delle pene per quanto concerne l'idoneità a ledere il bene costituzionale di cui si è

²⁴³ TOSCANO G., *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema (nota a: Cass. pen., sez. VI, 08 ottobre 2013, n. 48462)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2014, 2016.

²⁴⁴ Occorre sottolineare fin da subito come oggetto della presente riflessione sia, in particolare, l'istituto della custodia cautelare in carcere, poiché è logicamente più idonea a incidere sulla libertà personae del soggetto rispetto alle altre misure cautelari personali e reali e, di conseguenza, costituisce il vero oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

²⁴⁵ ROMANO M., *Commentario sistematico al Codice penale*, Milano, 1995, 59.

²⁴⁶ Questo dato normativo costituzionale fonda la maggior parte delle argomentazioni dottrinali favorevoli all'assimilazione: spesso si parla proprio di combinato disposto tra articolo 13 e articolo 25 comma 2 Cost.; PERONI F., *Nuovi criteri di scelta delle misure cautelari nell'articolo 275, comma 3, c.p.p. e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1494. A conferma CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo*, cit., 8: "Un'esigenza di 'affidamento' contro modifiche 'in peius' del trattamento di chi ne è o ne può essere oggetto riesce a trovare supporti di contesto particolarmente forti...in virtù dell'accentuata tutela che la libertà personale riceve nell'articolo 13 Cost." Vi è addirittura chi, a partire da queste considerazioni, nega la natura processuale delle norme sulla custodia cautelare; FROSALI R. A., *Sistema penale italiano. Parte seconda. Diritto processuale penale*, IV, 1958, 52 ss.

parlato: viene così a sovrapporsi, ai fini del presente discorso, condanna alla reclusione e custodia cautelare, aldilà della qualificazione formale attribuitagli²⁴⁷.

La conseguenza di questa assimilazione è, quindi, il riconoscimento, anche in questo campo, del principio del *favor libertatis*, e di conseguenza dell'applicazione dell'articolo 2 c.p.; posizione, per la verità, che trova radici addirittura nella dottrina e nelle pronunce giurisprudenziali risalenti al codice di procedura penale del 1865, che, a loro volta, trovarono man forte nei lavori preparatori e nelle disposizioni di attuazione del codice Rocco del 1931²⁴⁸.

Non sarebbe nemmeno obiettabile, secondo questa dottrina, che una tale equiparazione si porrebbe in attrito rispetto al principio (anch'esso) costituzionale della presunzione di innocenza *ex* articolo 27, I comma, Cost., in base al quale non sarebbe ammessa un'assimilazione dell'indagato/imputato *in vinculis* al condannato in via definitiva ad una pena detentiva; questa differenza si porrebbe perciò, ancora una volta, sul piano meramente qualificatorio.

Un ultimo argomento che militerebbe a favore della bontà delle argomentazioni si fonderebbe sulla mancanza di una fattuale distinzione nel regime carcerario tra soggetti che devono scontare la pena e coloro ai quali, invece, viene applicata una custodia cautelare²⁴⁹; ma, a partire da quest'ultimo motivo si intravedono già i primi segni della fragilità delle argomentazioni appena esposte.

Il fatto che esista una differenza di trattamento è significativo della diversa natura della misura cautelare rispetto all'esecuzione della pena. Non sembra infatti che, nell'analisi della qualificazione del contenuto, sostanziale o meno, dell'istituto cautelare e della sua dinamica intertemporale si possa prescindere dalla corretta individuazione della finalità che la norma, chiaramente processuale, persegue: un fine processuale e non afflittivo²⁵⁰, che si desume dalla considerazione, non superabile, in base alla quale non si può essere

²⁴⁷ CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo*, cit., 8, parlando della custodia cautelare osserva che questa avrebbe un "contenuto largamente assimilabile a quello delle sanzioni detentive". Così CORDERO (vedi MAZZA) "l'abnorme fenomeno obiettivo prevale su ogni eufemismo nomenclatorio"

²⁴⁸ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 127.

All'imputato che si trova in stato di custodia preventiva, nel momento in cui il nuovo codice entra in vigore, si applicano le disposizioni circa la custodia preventiva del codice abrogato, in quanto siano più favorevoli (articolo 68). Questa disposizione non è motivata soltanto dall'equità, ma anche da ragioni giuridiche. Infatti, le norme del codice di procedura penale che dispongono sulla libertà personale dell'imputato hanno carattere restrittivo, e però debbono soggiacere ai criteri di diritto transitorio propri del diritto penale materiale e di ogni altra legge che restringa il libero esercizio di diritti, e non a quelli del diritto penale processuale", Lav. Prep., Relaz. min. sulle norme di attuazione e transitorie per il codice di procedura penale, in *gazzettaufficiale.it*.

²⁴⁹ CAMAIONI, *Successione*, cit., 126.

²⁵⁰ LOZZI G., *Favor rei*, cit., 123.

considerati, né dagli organi giudiziari, né dalla legge, colpevoli fino a condanna divenuta definitiva, nemmeno nell'applicazione delle norme cautelari.

È certamente vero che tra le ragioni giustificatrici, previste dalla legge per l'applicazione delle stesse, ve ne sarebbero talune che sembrerebbero travalicare la semplice finalità processuale, in particolare laddove si prevede, all'articolo 274 c.p.p., lett. c), il requisito della sussistenza del pericolo concreto e attuale della commissione di gravi delitti²⁵¹. Invero, con tale disposizione si travalica l'esigenza processuale, come quella propria del motivo di prevenire l'inquinamento delle prove (lett. a) o una fuga del soggetto (lett. b), e si persegue piuttosto una finalità di prevenzione e sicurezza sociale; tuttavia, anche la finalità ampiamente riconducibile alla "difesa sociale" non è collegata ad una condanna, ossia ad un accertamento pieno della responsabilità penale in capo al soggetto, perciò non avrebbe finalità punitiva.

Non c'è il rischio, quindi, che venga a mancare quella medesima *ratio* di garanzia posta alla base del principio di retroattività in materia di diritto penale sostanziale, la quale tutela il cittadino da una rivalutazione del legislatore circa la fattispecie criminosa, ai fini di una piena conoscibilità della stessa prima che sia commesso il fatto. In quest'ultimo caso si ritiene fondamentale che il soggetto si possa prefigurare le conseguenze di una eventuale trasgressione della legge, riferendosi al caso in cui sia integrato il fatto tipico, che verrà poi accertato in sede processuale. Diversamente, nell'ipotesi che si sta ora trattando, il legislatore si occupa di prevenire certi rischi e, se dovesse cambiare la valutazione del rischio, questa valutazione dovrà, non solo potrà, applicarsi immediatamente; una eventuale modifica peggiorativa della misura cautelare in corso non inciderebbe, quindi, sulla conoscibilità dell'*an* o del *quantum* della punizione²⁵².

A conferma di questa impostazione, rigidamente ancorata al principio dell'immediata applicazione della norma sopravvenuta, milita la giurisprudenza recente, che, a partire dalla sentenza delle sezioni unite della cassazione penale del 22 luglio 1974, ha adottato un nuovo indirizzo, tendente a rimarcare la natura processuale della misura cautelare della carcerazione preventiva, a causa, per l'appunto, dell'assenza di finalità sanzionatorie, con

²⁵¹ Così recita la disposizione: "quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede...".

²⁵² CAMAIONI S., *Successione*, cit., 125 ss.

conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*²⁵³, ossia dell'immediata applicazione delle norme che comportassero finanche una modifica *in peius* al regime cautelare. Un orientamento confermato, come visto, anche a seguito delle pronunce della Corte EDU in materia di retroattività favorevole²⁵⁴.

Si possono quindi trarre delle conclusioni circa il regime intertemporale applicabile alle misure cautelari e, per farlo, si deve, da una parte, non dimenticare l'importanza della regola del *favor rei*, che impronta l'intero sistema penalprocessualistico, dall'altra evitare di sovrapporre situazioni diverse, estendendo pedissequamente i principi propri di un sistema, ad un altro.

Anzi, come suggerisce l'analisi dettagliata della giurisprudenza in materia, è necessario distinguere le eventuali ipotesi di interventi legislativi²⁵⁵.

Una prima possibile riforma potrebbe riguardare la modifica *in peius* della legge penale sostanziale che abbia ad oggetto i limiti edittali della pena, elemento che si riflette indirettamente sulla disciplina cautelare. Applicandosi, la riforma intervenuta, ad una norma sostanziale, ci si dovrà logicamente riferire, per risolvere i contrasti intertemporali, ai principi propri del regime sostanziale, con delle conseguenze, che rimarranno solo implicite ed incidentali, sulla disciplina dell'eventuale misura cautelare applicabile allo stesso soggetto; la modifica normativa non avrà, quindi, nessun riflesso sulla misura cautelare già applicata, in particolare sulla sua durata, dato che si applica il principio di irretroattività *in peius* e sarà quindi applicabile al reo sul piano sostanziale la norma precedente (ultrattività della norma più favorevole). Di conseguenza, per la misura

²⁵³ *Ibidem*, 129; a partire da questa pronuncia si consolida un orientamento che viene spesso ribadito in varie sentenze; per un elenco non esaustivo di queste, si veda MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 179 (nota 20).

Precedentemente alla sentenza citata, in particolar modo negli anni Sessanta e nella prima metà degli anni Settanta, l'orientamento predominante era, all'opposto, volto all'estensione del regime sostanziale alle norme cautelari; per un elenco della giurisprudenza in materia si veda *Ibidem*, 179, nota 19.

²⁵⁴ Il riferimento è anche in questo caso alla sentenza Cass. pen., 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, cit., la quale ha ad oggetto la fattispecie di cui all'articolo 274 c.p.p., modificata ad opera degli artt. 1 e 2 l. 16 aprile 2015, n. 47, la quale ha introdotto elementi considerati dalla Suprema Corte non applicabili per la valutazione della legittimità della misura cautelare impugnata, adottata in epoca antecedente la novella legislativa. In generale, nello stesso senso si possono citare, in modo non esaustivo, le seguenti pronunce: Cass. pen., sez. IV, 2 luglio del 2015, n. 28153, cit.; Cass. pen., sez. VI, 08 ottobre 2013, n. 48462, cit. Pronunce in senso opposto sono rare e perlopiù risalenti; ci cita qui Cass. pen. sez. VI, 19 febbraio 1998, n. 595, in C.E.D. Cass. 1998.

²⁵⁵ L'approccio casistico per orientarsi nell'applicazione della normativa cautelare nel concreto viene adottato dalla stessa Suprema Corte; si veda, tra tutte, Cass. pen., sez. IV, 2 luglio del 2015, n. 28153, cit.: "la regola *tempus regit actum* non può dunque non tenere conto della variegata tipologia degli atti processuali e va modulata in relazione alla differente situazione sulla quale questi incidono e che occorre di volta in volta governare".

cautelare, la cui disciplina dovrà basarsi sulla norma penale, che si ritiene in ipotesi violata, si guarderà a quale disciplina sia applicabile sul piano sostanziale, cioè quella più favorevole, precedente alla modifica; quindi, si può concludere che la durata della misura cautelare non viene intaccata dalla modifica *in peius* della norma sostanziale²⁵⁶.

Se si guardasse, invece, alla normativa sostanziale sopravvenuta, si applicherebbe il principio del *tempus regit actum* in modo distorto, violando la fondamentale garanzia dell'irretroattività della legge penale²⁵⁷.

Diversa è l'ipotesi della modifica di una norma processuale come quella che direttamente disciplina la misura cautelare. In questo caso, come si è visto, secondo l'orientamento dottrinale che sembra accoglibile e l'ormai consolidata giurisprudenza, si applica il principio del *tempus regit actum* ossia la norma vigente al momento in cui la misura deve essere applicata.

Distinguiamo quindi il caso di modifica della disciplina dei requisiti previsti a monte, ai fini della legittima irrogazione della misura cautelare, ossia di quegli elementi costitutivi previsti ai fini della legittimità delle misure coercitive che il giudice deve applicare con l'ordinanza, dal caso della modifica della durata della misura cautelare.

Nella prima ipotesi si guarderà, alla disciplina vigente al momento in cui l'ordinanza deve essere emanata, ossia quando l'atto processuale deve essere perfezionato, indipendentemente dall'eventualità in cui il legislatore modificasse anche *in melius* la disciplina stessa dovendo, appunto, applicarsi il principio del *tempus regit actum*. Parallelamente nel caso di modifica sfavorevole, seguendo l'orientamento avverso all'estensione del regime sostanziale, non si può affermare che questa non sia applicabile all'indagato o all'imputato per un fatto che è stato compiuto prima della modifica stessa,

²⁵⁶ Si veda in merito la recente pronuncia della Cass. pen., sez. V, 29 gennaio 2020, n. 7053, in *Cass. pen.*, X, 2020, 3791, che stabilisce il principio secondo il quale "la modifica legislativa *in peius* dei limiti edittali della pena, sopravvenuta alla commissione del reato, non ha alcuna incidenza sul computo dei termini di durata della custodia cautelare, in quanto il fenomeno successorio delle leggi nel tempo rimane regolato dal principio di non retroattività della disposizione sfavorevole, di cui agli articoli 25 e 2, I comma, c.p., anche nei suoi riflessi processuali. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la determinazione del termine di fase della custodia cautelare per il reato di cui all'art. 612-bis c.p. che non aveva tenuto conto dell'aumento dei limiti edittali introdotto dalla l. n. 69 del 2019, dopo la commissione del reato)".

²⁵⁷ A conferma, Cass. pen., sez. VI, 08 ottobre 2013, n. 48462, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2014, 2001 ss., con nota di TOSCANO G., *Successione*, cit., ha infatti stabilito che "deve ritenersi applicabile anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore la nuova disciplina dell'art. 280 comma 2 c.p.p., la quale - per effetto della l. 9 agosto 2013 n. 94, che ha convertito con modificazioni il d.l. 1° luglio 2013 n. 78 - ha innalzato da quattro a cinque anni di reclusione il massimo edittale necessario per disporre la custodia cautelare in carcere. Viene così in rilievo la trasformazione di un profilo essenziale di legittimità della misura cautelare inerente alle sue condizioni generali di applicabilità, le quali non possono venir meno in corso di esecuzione se non al prezzo di un'inaspettabile violazione della garanzia costituzionale di tassatività dei limiti che possono essere imposti alla libertà della persona".

poiché, in base al principio dell'efficacia immediata, si guarda ad un "*tempus*" diverso, vale a dire al momento in cui quella disciplina deve essere applicata²⁵⁸.

Diversamente la modifica della durata della misura cautelare incide su di una situazione in atto, ossia la perdurante applicazione della misura e, perciò, non è collocabile in un momento preciso, cronologicamente antecedente, coincidente con l'emissione dell'ordinanza²⁵⁹. Il fenomeno dell'efficacia immediata si modellerà, in questo caso, in modo differente: se viene modificata la durata *in melius*, prevedendo un termine inferiore, il soggetto ne beneficerà fin da subito, mentre se è previsto una durata superiore il soggetto subirà tale disciplina peggiorativa, non applicandosi il principio di irretroattività sfavorevole salvo il solo limite dei rapporti (*rectius*, delle misure) esauriti²⁶⁰.

Questo è, in definitiva, il declinarsi dell'orientamento prevalente nella giurisprudenza recente, che sembra senza dubbio accoglibile per i motivi innanzi detti. Tuttavia, vi è da dire che, benché tale indirizzo sia più rigorosamente conforme alla natura non afflittiva delle misure cautelari e, quindi, alla superfluità della previsione di una garanzia volta alla conoscibilità della legge stessa, paragonabile a quello vigente in sede sostanziale, in questa materia sarebbe in ogni caso auspicabile che il legislatore procedesse con cautela alla modifica di quelle disposizioni che più di tutte incidono sul bene-libertà personale, così come richiesto in più occasioni dalla Suprema Corte, anche di recente, in occasione degli interventi normativi finalizzati a sospendere i termini di durata delle misure cautelari a causa dell'emergenza sanitaria²⁶¹.

²⁵⁸ In tema di immediata applicabilità modifica dei limiti di pena ai fini dell'opzione della misura della custodia cautelare in carcere, si veda Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 48462, cit.

²⁵⁹ Così in Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 2010, n. 30417, in *Cass. pen.*, XII, 2011, 4386; conferma da Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2010, n.23895, Mosho, in C.E.D. Cass., *Cass. pen.*, VI, 2011, 2311 e Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2010, n.10277, Imafidon, in C.E.D. Cass., Rv. 246786.

²⁶⁰ Per i limiti dei rapporti esauriti, si veda Cass. pen., sez. un., 1° ottobre 1991, n. 390, Alleruzzo, in *Cass. pen.*, I, 1992, 278.

²⁶¹ Si fa in questo caso riferimento alle pronunce della Cassazione a seguito dell'introduzione dell'articolo 83, comma 4, del d.l. n. 18 del 2020, che, parallelamente alla sospensione delle attività giudiziarie, ha previsto una sospensione del computo dei termini prescrizionali e cautelari. Si veda tra tutte la sentenza Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2021, n. 17787, in *Riv. pen. dir. proc.*, 15 aprile 2021: "la disciplina in esame non prevede un'automatica sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, applicabile indiscriminatamente a tutti i procedimenti nel periodo in riferimento (9 marzo - 11 maggio 2020). La sospensione di tali termini, invece, opera solo se vi sia una contestuale sospensione di termini procedurali finalizzati al compimento di atti processuali, ai sensi del d.l. n. 18 del 2020, art. 83, comma 2". A conferma, Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2021, n. 12161, in C.E.D. Cass. 2021.

5.2. *La delicata materia del diritto intertemporale probatorio: dalle posizioni dottrinali classiche alle sentenze Gerina e Zalagaitis.*

Proseguendo l'analisi circa i settori del diritto penale processuale cui la dottrina resiste a riconoscere una piena applicazione del regime del *tempus regi actum*, vi è la materia probatoria, di cui ora ci si occuperà, svolgendo le opportune considerazioni circa gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatisi negli anni, per poi giungere a delle conclusioni circa la disciplina intertemporale di un fondamentale settore dell'ordinamento processuale.

L'indirizzo prevalente in materia non è chiaro e le interpretazioni si sovrappongono alla ricerca di una formula che possa sintetizzare da un lato la necessità di applicare il regime proprio delle norme processuali, la cui appartenenza delle norme sulle prove non può essere messa in dubbio²⁶², e dall'altro quello di tutelare le parti processuali, le quali subiscono dalla modifica della disciplina applicabile alle prove, a processo in corso, una alterazione del contraddittorio, che determinerebbe, in definitiva, l'andamento del processo a vantaggio di una e a svantaggio dell'altra parte; per tale motivo, la rilevanza di queste norme viene elevata ad un rango costituzionale da quella parte di dottrina che ne vede, per l'appunto, il legame diretto con gli articoli 24, II comma, e 111 Cost., quindi con il diritto di difesa e il contraddittorio. Si parla a proposito di “norme di garanzia”, termine che ha la chiara finalità di “acostare tendenzialmente le norme sulle prove alle norme penali sostanziali”, in modo da garantire alle prime un trattamento...più garantistico del trattamento delle altre norme processuali penali”²⁶³.

Si pone così quel dilemma che ha occupato le riflessioni circa la rilevanza costituzionale del bene inciso dalle norme sulle misure cautelari²⁶⁴, differenziandosi allo stesso tempo da quest'ultimo in quanto, in questa materia, l'accento è posto esclusivamente sulla natura costituzionale delle norme sulla prova, non essendoci, invece, alcuna problematica circa il contenuto sostanziale o processuale delle norme stesse²⁶⁵.

²⁶² CONSO G., *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 18.

²⁶³ *Ibidem*, 18; ID., *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 6 ss. Allo stesso modo, ancorché senza indagare nel profondo la questione, LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1988, 23: nel caso si ritenesse che le norme sulla prova “esprimano garanzie per l'imputato che nascono dalla Costituzione”, ci “si porrebbe il problema della legge più favorevole non diversamente da quello che vale per la norma sostanziale”.

²⁶⁴ Il riferimento è all'articolo 13 Cost., il quale riconosce la violabilità della libertà personale, richiamato dalla dottrina favorevole all'espansione, in materia cautelare, del regime intertemporale delle norme sostanziali.

²⁶⁵ Così MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 208: “Vengono pertanto abbandonati gli schemi precedenti, ancorati alla tradizionale alternativa tra i settori del diritto, per intraprendere un percorso di

A partire da questa considerazione il dibattito dottrinale si è concentrato, in primo luogo, sulla legittimità dell'estensione, al settore *de quo*, del principio di irretroattività della norma più sfavorevole, oltre che l'applicazione del principio di cui all'articolo 2, IV comma, c.p., derogando evidentemente al principio del *tempus regit actum*, anche se, come si vedrà, il principio della retroattività della *lex mitior* fatica ad affermarsi.

Tuttavia, va evidenziato che anche tra coloro che assecondino il superamento della pura e semplice immediata applicazione di queste norme, vi è un fraintendimento particolarmente rilevante, specialmente per i risvolti pratici che comporta: da una parte si sostiene l'ultrattività della norma probatoria più favorevole, al sopravvenire di una più sfavorevole, dall'altra si individua il "*tempus*" del raffronto rispetto alla normativa succeduta non nel momento in cui l'atto va compiuto, *rectius* al momento in cui la prova deve essere ammessa, acquisita o valutata, a seconda della fase su cui incide la riforma, ma al momento della commissione del fatto di reato; un *tempus*, dunque, coincidente con quello proprio del diritto intertemporale in materia sostanziale. Così, alle altre norme processuali si accosterà il paradigma dell'applicazione immediata "nei processi in corso, qualora l'atto rispettivamente regolato non sia ancor stato compiuto, mentre le norme sulle prove, se più sfavorevoli, non si possono applicare, lasciando sopravvivere la legislazione precedente"²⁶⁶.

Questa interpretazione non sembra accoglibile per il semplice rilievo che, essendo la norma in materia probatoria di natura processuale, come tale, pur essendo idonea a incidere su beni costituzionali, quali quelli citati, non può seguire un modello temporale adottato per tutelare valori che travalicano il processo e garantiscono la prevedibilità del fatto reato; esiste, insomma, una diversa pretesa dell'affidamento del cittadino, che non può essere ignorata nell'identificazione della disciplina intertemporale applicabile²⁶⁷.

Sembra quindi formalmente più corretta l'interpretazione che intende estendere a questa materia il disposto del IV comma dell'articolo 2 c.p., inquadrando però il confronto della norma sopravvenuta con quella applicabile nel momento in cui è stato (o sarà) compiuto l'atto: talvolta la disposizione codiciale va applicata "letteralmente, come quando nel *dies*

indagine che meglio si adatta all'obiettivo dichiarato di fornire adeguata tutela a fondamentali istanze di garanzia".

²⁶⁶ CONSO G., *Natura giuridica.*, cit., 18. Allo stesso modo, si veda anche ID., *Premesse per una discussione in tema di norme*, cit., 6, laddove si sostiene che "se la nuova disposizione è meno favorevole per le parti private, essa sarà applicabile soltanto nei processi instaurati con riguardo ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore", mentre "se la nuova disposizione è più favorevole per le parti private (oppure è di portata neutra), essa sarà applicabile immediatamente...anche nei procedimenti tuttora in corso".

²⁶⁷ DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova nel processo penale*, Torino, 2009, 206.

delicti sia richiesta una condizione di procedibilità e in un secondo tempo no”, mentre laddove la questione riguardasse le prove e, perciò, più ampiamente il contraddittorio, non sarà rilevante il tempo in cui il fatto è stato compiuto, quanto dei singoli atti compiuti nel processo²⁶⁸.

Insomma, pur accogliendo una delle più autorevoli teorie appena esposte, non si ritiene mai di attribuire alle norme sopravvenute sulle prove una portata tale da poter incidere sugli atti già compiuti, ancorché innovando la legislazione in modo più favorevole all'imputato. Il motivo associabile alla limitatezza dell'estensione del regime garantistico è, per lo meno, riconducibile nell'esigenza pratica di evitare che, con l'avvicinarsi di nuove norme, le prove già legittimamente acquisite in base alla norma vigente al in quel momento, debbano essere travolte dalla nuova disciplina, obbligando ad una rinnovazione “di massa” nei processi pendenti; problema acuito se si pensa alla potenziale acquisizione di prove non ripetibili.

Facendo un passo ulteriore, l'argomento della rilevanza costituzionale dei beni tutelati dalla materia oggetto della riforma non sembra sufficiente a giustificare una deroga al regime che, sulla base del diritto positivo, è applicabile alle norme processuali, anche in materia probatoria.

Invero, difficilmente è riscontrabile un settore del diritto processuale penale che non ricada su dei beni tutelati dalla Carta fondamentale o dai principi generali dell'ordinamento. Inoltre, in alcuni casi vi sono disposizioni in materia di prove che non hanno finalità di tutela diritto alla difesa, ma sono piuttosto poste a presidio di diversi interessi, parimenti rilevanti per il nostro ordinamento, quali quelli dell'efficacia dell'accertamento e dell'efficienza della modalità di acquisizione; si pensi, a tal proposito, all'articolo 468 c.p.p. che attribuisce al presidente del tribunale o della corte di assise, quando ne sia fatta richiesta, il ruolo di autorizzare, con decreto, “la citazione dei testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210, escludendo le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestamente sovrabbondanti (I comma, primo periodo), ovvero l'articolo 190 c.p.p. che prevede che “Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti” (I comma, secondo periodo)²⁶⁹.

²⁶⁸ CORDERO F., *Procedura*, cit., 363.

²⁶⁹ Queste norme si basano evidentemente su di una *ratio* ben diversa da quella di tutela del diritto di difesa o del contraddittorio: sono poste a tutela della celerità e del buon andamento del processo.

Infatti, la giurisprudenza si è sempre espressa a favore della regolare applicazione del principio dell'immediata applicazione della norma sopravvenuta, anche a questo particolare settore del diritto processuale²⁷⁰, pur tuttavia dovendo “la volontà giurisprudenziale di tener fede al ‘*tempus regit actum*’...confrontarsi con la natura composita della sequenza costitutiva del procedimento probatorio e con le interrelazioni tra le operazioni relative – ‘ammissione’, ‘assunzione’ ... o ‘acquisizione’ ... ‘valutazione’ cui uno stesso mezzo di prova è sottoposto prima che i suoi risultati siano inseriti nella motivazione”²⁷¹.

Ma questa conclusione non placa le problematiche di diritto intertemporale: si pongono infatti le questioni su quale sia l'*actus* e il *tempus* di una norma che modifichi il regime probatorio e che introduca, in via esemplificativa, una causa di inutilizzabilità, in conseguenza di un divieto probatorio prima inesistente.

Qual è il momento in cui è compiuto l'atto? Cosa si intende per atto? Va fatto riferimento al momento in cui il singolo atto è compiuto, quindi la singola prova acquisita, o alla fase generalmente considerata, dunque la fase dell'acquisizione della prova, ovvero addirittura a tutto il procedimento?

Si analizzeranno ora due fondamentali pronunce delle sezioni unite proprio in materia di successione di leggi sull'inutilizzabilità probatoria, che costituisce la materia più complessa e aperta a diverse interpretazioni²⁷², dalle quali possono essere desunti dei principi estensibili in generale al funzionamento della regola del *tempus regit actum* circa il settore probatorio.

Quanto al problema della qualificazione del *tempus*, dà una risposta la pronuncia delle sezioni unite penali del 25 febbraio 1998, “Gerina”²⁷³, pronunciata in un momento subito successivo alla riforma della disciplina della lettura-acquisizione ex articolo 513 c.p., operata dalla l. n. 267 del 1997: “la disciplina delle dichiarazioni *inter alios*” ne è uscita “emendata in un'ottica chiaramente accusatoria”²⁷⁴, essendo stata introdotta una

²⁷⁰ L'analisi delle pronunce in materia di successione di leggi probatorie dimostra come le Suprema Corte dia per scontata, talvolta teorizzandola implicitamente nel caso di specie, l'applicazione del principio del *tempus regit actum*; così, *ex multis*, Cass. pen., sez. un. 25 febbraio 1998, n. 4265, Gerina, il *Foro it.*, IV, 1998, 225 ss., Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 1998, n.4408, in *Giust. pen. 1999*, III, 361; Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2015, n. 21451, in *Cass. pen.*, XI, 2015, 4137 ss.

²⁷¹ CHIAVARIO M., *Norme processuali.*, cit., 9.

²⁷² Le questioni intertemporali più complesse e numericamente affrontate con più frequenza dalla giurisprudenza, in materia probatoria, presuppongono modifiche normative “intervenute tra il momento dell'acquisizione e quello dell'utilizzazione e della valutazione della prova”, che comportano spesso l'introduzione di una causa di inutilizzabilità, MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 368.

²⁷³ Cass. pen., sez. un. 25 febbraio 1998, n. 4265 Gerina, cit.

²⁷⁴ GALGANI B., *Diritto probatorio*, cit., 139.

disciplina più restrittiva in merito ai casi in cui le dichiarazioni effettuate in fase di indagini da imputato, anche in procedimento connesso.

La questione aveva però ad oggetto l'articolo 6 della stessa legge, che introduceva una disciplina transitoria delle letture, applicabile, per espresso rimando, ai processi pendenti in primo ed in secondo grado, senza nulla dire in merito al giudizio di fronte alla Corte di Cassazione²⁷⁵. Fu questa un'occasione per le sezioni unite di chiarire il quesito, su cui si erano formati dei contrasti, proprio in merito all'estensione della norma anche ai processi pendenti di fronte al giudice di legittimità, trovando così modo di entrare nel merito del problema circa le modalità applicative del *tempus regit actum* in materia probatoria.

In particolare, è decisivo il seguente passaggio: “in presenza di innovazioni legislative verificatesi nel corso del processo in materia di utilizzabilità o di inutilizzabilità della prova, il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso sulla decisione”.

Peraltro, in tal modo la Suprema Corte fugge ogni dubbio circa l'operatività della norma transitoria al processo pendente in Cassazione.

La portata è piuttosto dirompente se si considera che, spostando al tempo della decisione l'individuazione della disciplina applicabile, cioè ad un momento (potenzialmente anche di molto) successivo rispetto a quello di acquisizione delle prove in dibattimento, questo sarà necessariamente travolto dalla norma sopravvenuta.

A fronte di quanto innanzi riportato, la stessa sentenza Gerina, introduce una differenziazione tanto “rivoluzionaria” quanto criticata²⁷⁶: ritenendo, la Corte, non

²⁷⁵ In particolare, si prevedeva, per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, che i verbali, contenenti dichiarazioni dell'indagato verso terzi, di cui si era data lettura seguendo la disciplina precedente, quindi, senza che vi fosse consenso dello stesso o una causa di irripetibilità sopravvenuta e imprevedibile, le parti interessate avrebbero potuto chiedere la citazione per l'esame dei dichiaranti. Questa rinnovazione poteva essere disposta espressamente in primo o secondo, ovvero in sede di rinvio a seguito di sentenza di annullamento in terzo grado (rispettivamente II, II, IV comma dell'articolo 6 Legge 267 del 1997), senza che nulla fosse specificato per il giudizio di legittimità.

²⁷⁶ In tal senso LOZZI G., *Lezioni*, cit., 21, che definisce l'orientamento avviato dalla stessa come “discutibile”. Critiche decise si ritrovano, *ex multis*, in FERRUA P., *Un errore di diritto della Suprema Corte*, in *Gazz. giur.*, XVII, 1997, 1; NAPPIA., *Qualche precisazione sul diritto intertemporale delle prove*, in *Gazz. giur.*, XVI, 1998, 2.

corretta la pedissequa applicazione del principio dell'applicazione immediata, senza che questa sia associata alla specifica norma processuale a cui viene riferita, afferma che si debba guardare alla "figura del procedimento probatorio" come una sequenza di "vari momenti, i quali, pur nell'autonomia strutturale, sono proiettati verso la decisione finale", in quanto "finché la regiudicanda non è divenuta *res iudicata* perché sono ancora possibili ulteriori interventi decisori di un giudice chiamato a valutare gli esiti gnoseologici della prova, il procedimento probatorio deve considerarsi ancora in atto e non può reputarsi esaurito"²⁷⁷; dunque la conseguenza circa il *tempus* sarà quella menzionata, mentre, evidentemente, l'*actus* di riferimento sarà l'intera sequenza probatoria. Diversamente, nel caso di norme sopravvenute tese ad introdurre nuove modalità di ammissione o assunzione della prova, ovvero diversi presupposti di validità di specifici mezzi di prova, la *lex temporis* da applicare sarà quella vigente nel momento in cui l'atto viene realizzato. Data la complessità e la profondità con cui la sentenza ha segnato la materia²⁷⁸, questo principio di diritto, espresso in occasione di una successione di leggi in materia di inutilizzabilità, può essere esteso nel suo significato e consegnare agli interpreti un criterio generale di determinare del *tempus* di riferimento per individuare la disciplina applicabile al caso di specie: così come la norma sul divieto probatorio e la conseguente sanzione processuale dell'inutilizzabilità esplicano la loro funzione nel momento decisionale, quando, cioè, il giudice deve ricostruire il fatto storicamente, valutando la credibilità e la consistenza delle prove, ogniqualvolta ci si trovasse di fronte ad una riforma in materia di prove, si dovrebbe determinare a presidio di quale fase quella stessa norma è posta e, altresì, in quale momento del processo esplica la sua funzione, al fine di individuare il *tempus* di individuazione della disciplina applicabile. Tenendo a mente questo criterio orientativo, si dovrebbe pertanto procedere, seguendo l'impostazione adottata dalla Suprema Corte, a riconoscere caso per caso quale funzione ha lo *ius superveniens* e, sulla base di questo, vedere se colpisce l'intero procedimento o il singolo atto, riferendosi di volta in volta ad un diverso *tempus*.

Occorre ora concludere le riflessioni circa l'elemento dell'*actus*, che, come si è visto, ha occupato in parte il pronunciamento delle sezioni unite Gerina, i quali ne adottato, per lo meno in materia di inutilizzabilità, una (ampia) nozione, coincidente con l'intero

²⁷⁷ Prosegue in tal modo la citata "sentenza Gerina".

²⁷⁸ GALGANI B., *Diritto probatorio*, cit., 142, a confermare quanto detto, definisce la motivazione della sentenza *de quo* come un "*leading case*". In applicazione dell'orientamento si veda la subito successiva sentenza Cass. pen., 5 novembre 1998, Cacioli, in *Cass. pen.*, 2000, 712 ss., con nota di DANIELE M., *Successione di norme concernenti l'utilizzabilità delle prove e principio tempus regit actum*, 715 ss.

procedimento probatorio. Per fare ciò è necessario prendere come ulteriore punto di riferimento una diversa pronuncia, la sentenza della Cassazione a sezioni unite del 9 febbraio 2004 Zalagatis, che ha ad oggetto, tra gli altri, un contrasto giurisprudenziale circa l'applicabilità delle nuove garanzie a cui deve essere accompagnato l'interrogatorio *ex* articolo 64 c.p.p. anche ai procedimenti pendenti, laddove le dichiarazioni fossero rese in vigore della norma precedente. A complicare la questione di diritto intertemporale, si è posto l'articolo 64 c.p.p. che, introducendo una disciplina transitoria in materia, ha stabilito che “nei processi penali in corso alla data di entrata in vigore della presente legge si applicano le disposizioni degli articoli precedenti salvo quanto stabilito nei commi da 2 a 5” (I comma), mentre “se il procedimento è ancora nella fase delle indagini preliminari, il pubblico ministero provvede a rinnovare l'esame dei soggetti indicati negli articoli 64 e 197-*bis* del codice di procedura penale, come rispettivamente modificato e introdotto dalla presente legge, secondo le forme ivi previste” (II comma).

Ora, la questione che si pone è se il I comma della disposizione appena riportata, nel prevedere l'applicazione delle modifiche che la stessa legge introduce, tra cui quella dell'inutilizzabilità *ex* comma 3-*bis* articolo 64 c.p.p. per le dichiarazioni rese in violazione del precedente comma, sia applicabile anche alla fase delle indagini, leggendolo quindi in combinato disposto rispetto al II comma.

Ad un orientamento contrario, che riteneva utilizzabili le dichiarazioni stesse, costituendo “la chiusura delle indagini preliminari...lo sbarramento dell'iniziativa del PM per la rinnovazione dell'esame dei soggetti indicati negli articoli 64 e 197-*bis* c.p.p.”²⁷⁹, se ne contrapponeva un altro, seguito dalla pronuncia *de quo*, in base al quale le dichiarazioni concernenti la responsabilità di terzi, rilasciate dall'indagato in sede di interrogatorio ovvero le cui dichiarazioni ai sensi dell'articolo 350 c.p.p. senza che vi sia stata osservanza delle garanzie introdotte dall'intervento innovatore, “non sono utilizzabili ai fini della valutazione della sussistenza dei gravi indizi, ai sensi dell'articolo 273, comma 1, c.p.p., anche se l'interrogatorio o le dichiarazioni sono stati resi prima dell'entrata in

²⁷⁹ Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, Zalagatis, in *Foro it.* 2004, II, 363, che prosegue in questo modo: “deve escludersi che gli atti legittimamente ‘compiuti ed esauriti’ nel procedimento *de libertate* in base alla precedente disciplina, tra cui l'acquisizione e valutazione, ai fini della sussistenza del grave quadro indiziario, della prova dichiarativa, debbano ritenersi non più utilizzabili ai fini dello stesso procedimento; tali atti, una volta che siano stati acquisiti e valutati legittimamente nella vigenza del pregresso regime e si sia esaurita l'attività di indagine, che ha portato all'applicazione e alla conferma della misura cautelare, sono, quindi, utilizzabili nel suddetto procedimento incidentale, comportando l'esaurimento della fase delle indagini preliminari la loro inutilizzabilità nel giudizio di merito”.

vigore della legge 63/2001”, nel caso in cui non vi sia stata rinnovazione *ex* articolo 26, Il comma, della medesima legge; la motivazione viene ricondotta al combinato disposto dei primi due commi dell’articolo 26, avendo il legislatore, da un lato, introdotto la sanzione dell’inutilizzabilità riferendola al processo, pur tuttavia “non” essendoci “alcuna ragione dubitare che il termine ‘processi’ usato dalla legge debba essere inteso quale sinonimo di procedimenti, senza alcuna distinzione di fasi o gradi”, e dall’altro “espressamente previsto, nel comma due del citato articolo 26, che il PM deve provvedere a rinnovare l’esame dell’indagato con l’osservanza delle garanzie di cui all’articolo 64 c.p.p.”.

La conseguenza delle argomentazioni ora riportate è che, aderendo espressamente all’orientamento dottrinale dominante, sviluppatosi a seguito della riforma del 2001, “l’*actus* preso in considerazione dalla legge attuativa del giusto processo non è, infatti...il singolo atto probatorio ovvero una fase o un grado dell’iter processuale, ma si identifica con l’intero arco del procedimento in corso e, all’interno di tale spazio, l’efficacia immediata della nuova disciplina riguarda, indistintamente, tutti gli atti processuali compiuti o da porre in essere”²⁸⁰.

Ebbene, ecco trasparire la differenza tra le due originarie impostazioni, tra loro contrastanti: se nella prima l’*actus* preso in considerazione dalla legge sopravvenuta era limitato alla fase del giudizio, quasi suddividendo il procedimento in più finestre temporali entro cui incasellare i diversi atti, nel secondo indirizzo si preferisce concepire l’*actus* come una sequenza (probatoria) unitaria e inscindibile.

È ora il momento delle conclusioni: la portata di queste due pronunce delle sezioni unite sembra delineare una disciplina intertemporale del diritto probatorio piuttosto confusa e criticabile, in particolare nella parte in cui ricostruisce il funzionamento del *tempus regit actum*, tradendo il suo vero significato. Si era infatti detto come l’ipotesi del riconoscimento della retroattività *in melius* fosse contraria, oltre che alla *ratio* delle norme sulle prove, anche contraria a ragioni economia processuale e che, invece andasse più ragionevolmente riconosciuto il principio dell’immediata applicabilità, rispetto al *tempus* del compimento dell’atto e non, invece, del *dies delicti*. Tuttavia, la lettura datane dalla Suprema Corte ha comportato l’applicazione di una retroattività implicita, che viene così *pro-futuro* avvallata, data la portata interpretativa generale attribuitane dalla Corte

²⁸⁰ Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, Zalagatis, § 12, cit., 364.

stessa²⁸¹. Lo sforzo dottrinale nel limitare l'applicazione è così vanificato in vista di una posizione che è criticabile nelle sue premesse: ritenere, in materia di inutilizzabilità della prova, che l'oggetto della norma che introducesse un divieto probatorio riguardasse la fase della decisione e non quella, precedente, dell'acquisizione, sembra non essere in tutto condivisibile, in quanto la stessa norma "sanziona invece la mancata osservanza degli specifici divieti di acquisizione posti dal legislatore, privando l'atto della sua efficacia"; pertanto sembrerebbe che, facendo un uso corretto della formula *tempus regit actum*, la norma applicabile per verificare l'utilizzabilità, e, quindi, la valutabilità, degli elementi di prova, deve essere quella vigente al momento dell'acquisizione della stessa e non, come sostenuto dal Supremo Consesso, quella del tempo della decisione²⁸².

Perciò, andrebbe piuttosto seguita l'impostazione che parcellizza il procedimento probatorio in più atti²⁸³, tutti idonei ad essere oggetto di rivalutazione del legislatore, purché nel momento in cui questi devono essere realizzati, in completa aderenza all'articolo 11 Preleggi.

Così, ad esempio, ai fini dell'acquisizione di una determinata prova si guarderà alla legislazione vigente al momento dell'acquisizione della stessa, ricorrendo "alla legge vigente al momento della valutazione probatoria...in via residuale, nelle ipotesi nelle quali la *lex superveniens* incidesse sulle regole di valutazione della prova *strictu sensu* intese"²⁸⁴.

Testimoni della bontà dell'approccio che si è innanzi adottato, sono alcuni arresti del giudice di legittimità, che confermano, inoltre, la grande complessità della questione e la conseguente difficoltà di trovare una soluzione unitaria e pacifica. In particolare, spostandosi sul tema dei mezzi di ricerca della prova, vi è una consistente giurisprudenza

²⁸¹ Nella stessa sentenza Zalagatis, riprendendo espressamente un passaggio dottrinale si afferma che "conseguenza meno dirimenti di quanto appaia a prima vista, ove si consideri come i divieti probatori introdotti dalla legge 63/2001 possiedano una comune *ratio* ispiratrice individuabile nell'attuazione del metodo del contraddittorio enunciato all'articolo 111, comma 2, della Costituzione, sicché poiché i nuovi canoni costituzionali estendono la loro efficacia a tutte le vicende nate all'indomani del 7 gennaio 2000, l'effetto retroattivo della legge 63/2001 interessa uno spazio già investito in gran parte del divieto di acquisire conoscenze formate al di fuori del metodo dialogico e sotto questa luce ben si comprende la scelta a favore di una parziale retroattività delle nuove regole probatorie compiute dall'articolo 26, comma 1, non dovendo trascurarsi, inoltre, come il precetto in discorso conosca varie deroghe, di entità differenziata a seconda della fase del procedimento presa in considerazione".

²⁸² MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 372. In tal senso si veda, *ex multis*, LAVARINI B., *Le modifiche dell'articolo 513 c.p.p. ed il giudizio di cassazione nel regime transitorio*, in *Giur. it.*, II, 1999, 1029 ss., che si esprime a favore di "un rigoroso ancoraggio dell'inutilizzabilità alla fase acquisitiva della prova".

²⁸³ A favore dell'atomizzazione si esprime LOZZI G., *Lezioni*, cit., 23, che ritiene che "l'operatività del principio *tempus regit actum*, quindi, anche per quanto concerne la materia probatoria non subisce deroghe: l'*actus* va inteso non come fattispecie ma come singolo atto processuale".

²⁸⁴ GALGANI B., *Diritto probatorio*, cit., 146.

in materia intertemporale che tende ad applicare in modo ineccepibile la regola dell'efficacia immediata delle modifiche intervenute in tema.

In particolare, la Suprema Corte ha avuto modo di occuparsi delle (frequenti) ipotesi di riforma del sistema delle intercettazioni, segnatamente laddove gli elementi da queste acquisiti fossero utilizzabili in diversi procedimenti. Come rileva la Corte, rifiutando una visione assolutizzante della nozione di *actus*, devono essere suddivisi due diversi tempi di individuazione della norma applicabile: nel caso in cui la legge sopravvenuta colpisse i presupposti per lo svolgimento delle operazioni di intercettazione, l'applicazione del *tempus regit actum* comporterà che questa sarà applicabile esclusivamente ai procedimenti che si trovassero in questa precisa fase, mentre se la stessa modificasse i requisiti di legge per l'utilizzabilità dei risultati ottenuti in un diverso processo, questa stessa modifica, favorevole o sfavorevole che sia, si applicherà immediatamente ai procedimenti pendenti che si trovino in questa specifica fase procedimentale²⁸⁵.

Certo l'obiezione potrebbe nascere dalla sensibilità di coloro i quali vedano nella necessità di tutelare l'aspettativa dell'imputato, che contava di non veder considerate come prova le intercettazioni da cui ha preso avvio il procedimento; ma i principi propri del regime intertemporale sostanziale non tutelano siffatto affidamento, per lo meno non in misura maggiore rispetto alle esigenze di tutela dell'accertamento processuale e, perciò, dell'utilizzo di maggiori fonti di conoscenza²⁸⁶.

²⁸⁵ In tal senso Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2015, n. 21451, cit.: La sentenza affronta una delicatissima questione di diritto intertemporale probatorio insistente in una vicenda processuale altrettanto delicata. Nella fase iniziale del procedimento in esame, instaurato per atti sessuali con minorenne ex articolo 609-*quater* c.p., erano state utilizzate come notizia di reato intercettazioni ambientali provenienti da un diverso procedimento, concernente il traffico di sostanze stupefacenti ad opera del medesimo imputato. L'articolo 270 c.p.p., infatti, ne consentiva l'uso a fini probatori in un diverso procedimento solo «per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza», e l'articolo 609-*quater* c.p. non era ricompreso tra questi. Nel corso dell'istruttoria, però, l'articolo 5 della l. 1° ottobre 2012, n. 172 ha disposto il transito dell'articolo 609-*quater* c.p. tra i reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Così i giudici del procedimento per atti sessuali hanno potuto utilizzare a fini anche probatori le intercettazioni legittimamente disposte e provenienti dal procedimento per traffico di sostanze stupefacenti.; Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2004, n. 919, in *Cass. pen.*, XII, 2004, 4133, con nota di CAMPILONGO V., *Intercettazioni ambientali, impianti esterni alla procura ed obbligo di motivazione: un ulteriore intervento delle Sezioni unite*, 4134 ss.

Il principio di diritto affermato nella sentenza Gerina non viene tuttavia abbandonato: a seguito di un intervento legislativo che ha stabilito che i dati relativi al traffico telefonico acquisiti nei procedimenti penali prima della entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021 "possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova" per i reati previsti dalla stessa norme, derogando al principio del *tempus regit actum*, la Suprema Corte, nell'applicare tale regime transitorio, ha riprodotto lo schema già affermato dalle sezioni unite del 1998, individuando come norme applicabile quella vigente al momento della decisione; Cass. pen., sez.3 gennaio 2023, n. 40, in *Dir. e giust.*, 5 gennaio 2023, con nota di DI MUZIO F., *Deroga al principio del tempus regit actum in tema di acquisizione dei tabulati telefonici da parte del PM*.

²⁸⁶ DANIELE M., *Regole di esclusione*, cit., 216 ss.

5.3. Dalla questione dell'estensione del regime sostanziale al problema della natura giuridica delle norme: il *trait d'union* dell'esecuzione penale.

Il diritto dell'esecuzione penale, disciplinato dal libro X del codice di rito, si occupa della "fase procedimentale finalizzata all'attuazione dei dispositivi contenuti nelle decisioni penali divenute definitive": ogniqualvolta si avrà una sentenza di condanna passata in giudicato, il provvedimento costituirà titolo esecutivo affinché la stessa e le sanzioni ivi contenute siano applicate, secondo le modalità stabilite dal *corpus* normativo in esame.

Così definita la materia, questa, calata all'interno del fenomeno della successione di leggi nel tempo, assume una particolarità rispetto agli altri settori normativi trattati in questa sede, poiché entrano qui in gioco due diverse questioni: da una parte quella di cui ci stiamo occupando, ossia dell'estensione del regime sostanziale alle particolari disposizioni, pur pacificamente considerate processuali, dotate di una particolarità idoneità a incidere su beni di caratura costituzionale, *in primis* la libertà personale, e pertanto dotate di un contenuto che travalica la mera processualità, mentre dall'altra quello della corretta identificazione della natura degli istituti posti a confine tra le due categorie di norme giuridiche; tema, quest'ultimo, che ci occuperà più avanti²⁸⁷.

Muovendo da queste premesse, si segnala che in materia di esecuzione penale si riproduce la medesima problematica che concerne gli istituti cautelari: nonostante la "processualizzazione"²⁸⁸ della materia, complice anche la collocazione sistematica della relativa disciplina, ossia la tendenza a qualificare le disposizioni di legge che disciplinano le modalità con cui le pene vengono irrogate come norme tipicamente processuali, si deve registrare una naturale contraddittorietà rispetto al contenuto delle stesse, che spesso producono effetti sull'incisività della pena, in modo del tutto equivalente rispetto ad una norma penale sostanziale²⁸⁹.

Dunque, alla tradizionale impostazione dottrinale, secondo la quale "il principio del *tempus regit actum* regolerebbe tutta l'esecuzione penale e, in particolare, anche l'esecuzione delle pene"²⁹⁰, va contrapposto l'orientamento, che origina da una

²⁸⁷ V. Cap. III.

²⁸⁸ BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario*, cit., 300.

²⁸⁹ Così MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale, nota a corte cost. sent. 12 febbraio 2020 n. 320*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, 3-4, per lo specifico settore del penitenziario: "le norme dell'ordinamento penitenziario fossero messe al riparo dalla volubilità del legislatore alla stessa stregua delle disposizioni processuali, e così sottraendole allo statuto di garanzia delle norme di diritto penale sostanziale: le sole norme, queste ultime, ritenute capaci di incidere sulle porzioni di libertà dei singoli".

²⁹⁰ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 122.

particolare sensibilità degli interpreti²⁹¹, già manifestata in sede di estensione dei principi garantistici in materia di custodia cautelare, oltre che in materia di qualificazione di “norma penale”, da attribuire, secondo taluno, anche alle misure di sicurezza, di prevenzione e agli illeciti amministrativi punitivi; questo indirizzo suggerirebbe un’estensione della portata dell’articolo 25, II comma, Cost. anche alla disciplina dell’esecuzione della pena, che “altro non è se non la pena nel suo momento dinamico”, mentre l’espressione “punire”, di cui la stessa disposizione costituzionale si serve, si riferirebbe a tutto quanto segue la condanna²⁹².

In via esemplificativa, si veda il caso di una norma che introduca un minimo edittale maggiorato di un anno e una disposizione che, per converso, riduca le ipotesi di sospensione condizionale della pena o di liberazione anticipata, in caso di pena detentiva. Sembra alquanto difficile affermare che la prima, per la sua natura sostanziale, meriti una disciplina più garantistica della seconda, qualificata come norma processuale per via di una pedissequa classificazione formale.

Per ordinare le riflessioni, prima di giungere a delle conclusioni in materia, è necessario capire quale sia il criterio che suggerisca l’adozione di uno, piuttosto che l’altro orientamento. La particolarità delle norme sull’esecuzione penale, infatti, deriva dal fatto che queste vengono applicate solo al momento in cui il soggetto è stato condannato e la pena sarà pertanto da eseguire, incidendo, diversamente da quanto rilevato in materia cautelare e probatoria, in fase successiva al pieno accertamento della responsabilità

²⁹¹ Portatore di questa sensibilità, per la verità, è talvolta lo stesso legislatore, che, in occasione di alcune riforme incidenti sul sistema penitenziario, ha ritenuto di applicare le modiche sfavorevoli per il condannato che deve espiaire la pena esclusivamente in relazione ai fatti commessi dopo l’entrata in vigore della riforma stessa, introducendo, con una disciplina transitoria, ciò che è previsto dalla disciplina intertemporale in ambito sostanziale. Ne è un esempio il d.l. n. 152 del 1992, il quale, nell’innalzare, per i condannati per reati di cui alla nuova disposizione, i periodi minimi di espiazione di pena per l’accesso ai benefici penitenziari, prevedeva, all’articolo 4, I comma, che si applicassero esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. Altro esempio ne è l’intervento effettuato nel 2002 volto ad allargare il campo di applicazione dell’articolo 4-bis ordin. penit. Peraltro, questa condotta del legislatore non è sempre stata coerente: si veda infatti il d.l. 306 del 1992, che ha introdotto un meccanismo preclusivo dei benefici penitenziari basato sulla mancata collaborazione, senza limitare lo stesso ai soli fatti commessi successivamente all’entrata in vigore della *lex superveniens*.

²⁹² BRICOLA F., *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *IP*, 1969, 279. Così anche DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, II, 1992, 401, in posizione critica rispetto all’orientamento giurisprudenziale dominante che non prendeva in considerazione quell’“interrogativo che doveva, invece, essere considerato con una certa attenzione: se, cioè, con riferimento al fenomeno della successione delle leggi nel tempo, la normativa di carattere penitenziario non sia assoggettabile alle stesse regole che, ai vari livelli, disciplinano la successione delle leggi penali; e, in particolare, all’art. 25 comma 2 Cost. laddove si conferisce dignità costituzionale al divieto di retroattività della legge penale”.

penale. La norma sostanziale, che introduce e disciplina la pena, sarà pertanto già stata applicata.

Premesso questo, se si mantenesse come criterio di indirizzo l'incisività sulla libertà personale del soggetto, le conseguenze di un'introduzione di una disciplina di esecuzione della pena sfavorevole per il reo non si differenzierebbero per nulla dalle norme penali che introducessero una modifica del trattamento sanzionatorio peggiorativa.

Diversamente, se si adottasse come criterio di indirizzo, non l'immediata incidenza sulla libertà personale, ma la differente collocazione logica e funzionale di queste due tipologie di norme, si dovrà constatare, come innanzi detto, che la materia dell'esecuzione penale entra in gioco solo dopo che la pena è stata inflitta, quindi ha una funzione accessoria rispetto a quella delle norme sostanziali e, pur incidendo sulla libertà personale del soggetto, ciò avviene solo successivamente all'accertamento processuale e alla condanna. Conseguenza sarà che la *ratio* del principio di retroattività dovrà essere diversa e garantita diversamente, a seconda che ci si trovi di fronte ad una norma che introduce una pena o che ne modifica i limiti edittali, ovvero di fronte ad una norma che ne disciplina le modalità di esecuzione solo dopo che la stessa è stata erogata.

Quest'ultima è tuttavia una lettura formale e banalizzante della questione, perché non si può nascondere la rilevanza della tutela del diritto alla libertà personale, riconducibile all'articolo 13 Cost. e, quindi, non si può negarne il rango costituzionale; d'altra parte, la distinzione tra i regimi propri delle norme sostanziali e processuali non è fine a se stessa, ma serve perché tipicamente le prime incidono maggiormente sul bene costituzionale tutelato, ma se così non fosse, non avrebbe senso non applicare in via analogica le garanzie la stessa ma perciò il criterio di orientamento da cui partire per inquadrare la materia deve essere quello della libertà personale e dell'idoneità di questa ad essere compromessa.

Tuttavia, la considerazione della diversa funzione preordinata alla materia dell'esecuzione penale, seppur non idonea a giustificare l'esclusione (in tutti i casi) dell'applicazione del principio di irretroattività *in peius*, può condurre ad individuare un diverso fondamento all'operare del divieto stesso.

Per le norme sostanziali, si è visto che la *ratio* generalmente accettata dagli interpreti è quella di garanzia del cittadino di fronte agli abusi del legislatore, a cui si ricollega un'esigenza di certezza, intesa come previa conoscibilità della condotta censurata dall'ordinamento, se non addirittura riconducibile al superiore principio del *favor rei*; ma come può nella materia *de quo* replicarsi lo stesso fondamento in termini garantistici di

tutela della libertà atteso che ci troviamo qui in una fase completamente diversa in cui il soggetto è stato già (in parte) privato della sua libertà personale? La risposta è data dalla “dottrina processuale” che ritiene opportuno che anche a questi istituti “si ricollegli ad una *ratio* di certezza”²⁹³, che si traduce nella tutela dell’affidamento del singolo verso l’ordinamento. Dunque, sembrerebbe che il fondamento giuridico dei principi propri delle norme sostanziali giustificano, fino a rendere necessaria, la loro applicazione alla materia *de qua*.

Tratteggiata in modo generale la questione, è ora necessario calare le riflessioni nel concreto degli istituti propri dell’esecuzione penale, individuando di volta in volta quale regime vada applicato, non essendo tutti gli istituti in questione mossi dalle medesime esigenze di tutela e garanzia di certezza²⁹⁴.

Gli istituti in relazione ai quali la dottrina ravvisa maggiori difficoltà interpretative risultano essere quelli che appartengono alla disciplina dell’ordinamento penitenziario, ossia quelle norme che, una volta modificate, comportino una variazione peggiorativa del trattamento carcerario applicabile al condannato, tra cui: i permessi premio, i benefici penitenziari e le misure alternative.

In merito alla materia dei benefici penitenziari, ritenuti parte delle misure di risocializzazione, la giurisprudenza di legittimità è sempre stata concorde nel ritenere le disposizioni processuali in questione soggette al principio dell’immediata applicazione, senza che si possa applicare quel regime di favore proprio dell’articolo 2 c.p. Le sezioni unite della Suprema Corte si sono infatti espresse sul punto, raccogliendo l’eredità della giurisprudenza che si era formata negli anni precedenti, e hanno affermato che “le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi - in assenza di specifiche norme transitorie - soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell’art. 2 c.p. e dell’art. 25 Cost., pur sottolineando che la dottrina “in linea generale...è propensa a estendere il principio di irretroattività delle norme penali di cui all’art. 25 Cost., comma 2, a tutte le disposizioni limitative dei diritti di libertà, tra le quali rientrano indubbiamente anche quelle che escludono la sospensione della carcerazione e l’applicazione di misure alternative alla detenzione”²⁹⁵.

²⁹³ DEL CORSO S., *Successione*, cit., 107.

²⁹⁴ DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie*, cit., 403.

²⁹⁵ Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561, Aloï, in *Cass. pen.*, XII, 2006, 3963. Sulla stessa linea si iscrivono *ex multis* Cass. pen., sez. I, 30 novembre 1998, n. 5976, De Fazio, C.E.D. Cass. Rv. 212106; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1998, n. 6356, Galluccio, C.E.D. Cass. Rv. 212713.

Senonché, la recente sentenza n. 32 del 2020, in merito alla Legge cd. “Spazzacorrotti”, (l. n. 3 del 2019), che, modificando l’articolo 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario, ha ricompreso taluni reati contro la pubblica amministrazione tra i reati ostativi alla sospensione dell’esecuzione ai sensi dell’articolo 656, V comma c.p.p., ha segnato un profondo cambiamento nell’approccio al problema: le disposizioni in materia di misure alternative e liberazione condizionale sono state qualificate come sostanziali, quindi, si sono viste attribuire quel regime da anni negato dall’orientamento dominante della Suprema Corte.

Sulla sentenza in questione si verrà approfonditamente nel prossimo capitolo, in quanto questo tema, come innanzi premesso, sconfinava nella diversa questione della incerta qualificazione della natura della norma, ma occorre già ora sottolineare come il fatto stesso che la Consulta abbia giudicato costituzionalmente illegittima la norma nel suo silenzio circa il regime intertemporale della modifica peggiorativa, significhi apertamente che la qualificazione classica di tali norme è riconducibile all’ambito processuale, il che comporterebbe, perciò, l’automatica applicazione del regime del *tempus regit actum*.

In ogni caso, sembra per il momento sufficiente evidenziare che non vi è posizione mediana, che consideri le norme in questione come appartenenti al diritto penale processuale, pur, in alcuni casi determinati, dovendo applicare alle stesse il principio di irretroattività *in peius* per la particolare ragione di certezza e di garanzia di cui si è detto; diversamente, sembra che l’approccio sia più radicalmente teso all’attribuzione della natura di norme processuali o sostanziali.

Lo stesso deve dirsi in merito alle disposizioni concernenti il ragguglio tra pena pecuniaria e detentiva, che, secondo le sez. un. della Corte di Cassazione devono ritenersi “di natura sostanziale attenendo l’applicazione della pena sostitutiva (così come della sospensione condizionale della pena) al diritto penale sostanziale, siccome istituti che definiscono l’ambito del trattamento punitivo”²⁹⁶, oltre che l’articolo 168 c.p., che prevede i casi di revoca della sospensione condizionale della pena, il quale è ritenuto qualificato come “norma sostanziale e non processuale, per cui, ove intervenga modifica in senso peggiorativo, quale quella costituita dall’art. 1 co. 3 della l. 128/01, recante nuove ipotesi di revoca del beneficio, deve trovare applicazione la disciplina più favorevole al reo tra quelle in successione”²⁹⁷.

²⁹⁶ Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 1995, n. 18, Nikolic, in *Foro it.*, II, 1996, 65.

²⁹⁷ DI RONZA P., *Diritto dell’esecuzione penale e diritto penitenziario*, Padova, 2006, 170. In tal senso Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2002, n. 38010 in *Giust. Pen.*, 2003, III, 702.

In relazione, invece, agli altri istituti processuali propri del diritto dell'esecuzione penale, non sembra potersi dubitare della legittimità dell'applicazione del regime del *tempus regit actum*; un esempio ne è la disciplina del permesso premio, che, "attenendo alle semplici modalità di esecuzione della pena, non hanno natura di norme penali sostanziali"²⁹⁸, ma, invece, sono norme processuali, le cui modifiche hanno efficacia immediata²⁹⁹. Non mancano tuttavia visioni critiche alle conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza da parte di chi, riconosciuto applicabile il principio di irretroattività *in peius*, vista la *ratio* di certezza e l'esigenza di affidamento, ritiene che l'affidamento non debba essere necessariamente ricondotto alla legislazione in vigore al *tempus commissi delicti*, segnalando che non essendo le "misure alternative alla detenzione... predisposte per migliorare la condizione detentiva personale del condannato ma per il conseguimento di un obiettivo sociale, superindividuale, che è la risocializzazione", "sicché l'affidamento che il condannato fa sulla stabilità del quadro normativo è meramente fattuale e non ha alcun riconoscimento giuridico"³⁰⁰.

Inoltre, vi è chi ritiene le misure risocializzanti come la traduzione normativa di una sorta di "patto" tra lo Stato e il condannato, in virtù del quale quest'ultimo accetta il ridimensionamento della modalità esecutiva della pena, in cambio di un impegno sul versante della rieducazione e del corretto reinserimento sociale. Se così fosse, questo patto non potrebbe che essere riferibile al momento iniziale dell'espiazione della pena, perciò ad un *tempus* successivo al *dies delicti*³⁰¹.

Tuttavia, si è sottolineato come, a partire dall'analisi degli obiettivi che il diritto intertemporale in ambito sostanziale si pone, si rende opportuna la sua estensione anche a tale materia, dato che questa materia incide sull'esercizio della potestà punitiva dello Stato e rende suscettibile di lesione la libertà personale dell'individuo. La conseguenza è perciò l'applicazione del principio di irretroattività *in peius*, che deve essere riferito al *tempus commissi delicti* perché così richiesto dal principio stesso e dalla relativa norma.

²⁹⁸ Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2022, n. 48367, in *foroplus.it*.

²⁹⁹ Una conferma sul punto si ritrova nella sentenza Corte cost. 26 febbraio 2020, n. 32, in *cortecostituzionale.it*, § 4.4.1: "Questa Corte ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno.

Per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare a questa Corte che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola".

³⁰⁰ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 134.

³⁰¹ DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie*, cit., 403.

Se questo vale per le misure risocializzanti, come le misure alternative, la stessa conclusione non si può però estendere a tutti gli istituti dell'esecuzione penale: sarebbe opportuno individuare il regime intertemporale di riferimento sulla base della presenza di una lesione al bene-libertà personale del singolo istituto, verificando l'idoneità a modificare la quantità o la qualità della pena.

È questa la soluzione maggiormente compromissoria, che viene incontro alla dottrina che non si spinge fino al riconoscimento della natura sostanziale delle norme in questione, ma riconosce la necessità di una copertura intertemporale garantistica.

In ogni caso, siamo di fronte alla transizione verso la questione dell'inquadramento degli istituti posti al confine tra la natura sostanziale e quella processuale, tanto che la materia dell'esecuzione penale verrà in parte ripresa e studiata da una diversa prospettiva.

CAPITOLO III: GLI ISTITUTI A CONFINE TRA NATURA SOSTANZIALE E PROCESSUALE: UN PROBLEMA CLASSICO E IRRISOLTO

1. Un approccio teorico: la qualificazione giuridica delle norme penali.

Si va ora ad approfondire specificamente la centrale tematica della distinzione tra la natura sostanziale e processuale delle norme, il vero nucleo della presente ricerca, che costituisce la *vexata quaestio* su cui poggia l'analisi dei presupposti applicativi dei regimi intertemporali studiati.

Si è visto che già solo limitarsi a tracciare i confini delle due categorie in esame è complesso, a causa della presenza di istituti che mettono in discussione la ragione applicativa degli stessi: questi problemi hanno posto le basi per una discussione circa l'essenziale definizione della differenziazione tra la nozione di "sostanzialità" e "processualità" della disposizione coinvolta in un fenomeno di successione.

Si è visto con gli istituti sulla libertà personale e, in particolare, sull'esecuzione penale, che il problema della meritevolezza dell'estensione del regime sostanziale a quello processuale sfociava, talvolta, nelle ricostruzioni offerte dalla dottrina e dal giudice di legittimità, nel classico, ancorché irrisolto, problema della distinzione tra norme processuali e sostanziali; quest'ultima questione si pone su un piano diverso rispetto alla prima: non si tratterà di valutare, caso per caso, se vi siano i presupposti per un'estensione del regime maggiormente garantistico, ma si tratterà di individuare se l'istituto in questione appartenga alla categoria definibile come "norma penale sostanziale", con la conseguenza che l'applicazione dei principi sarà resa necessaria all'interprete.

Senza anticipare le conclusioni, si vedrà che la differenza tra le due problematiche vive soprattutto sul piano concettuale e, la stessa suddivisione è funzionale ad una maggiore comprensione delle questioni in gioco, mentre nella pratica tendono talvolta a sovrapporsi.

Assumendo, come qui si è fatto, in aderenza all'impostazione tradizionale, che vi sia una riconoscibile e aprioristica distinzione tra norma sostanziale e processuale, dunque tra l'ambito di applicazione, da un lato, delle garanzie previste dall'articolo 2 c.p., nonché dall'articolo 25, II comma, Cost. e, dall'altro, della regola del *tempus regit actum*, si procederà ora definirne i confini, secondo un approccio *in primis* teorico-assiologico e,

in secundis, pratico-casistico, seppur comunque vincolato alla distinzione teorica di cui trattasi, seguito perlopiù dalla giurisprudenza recente, sia in ambito nazionale che sovranazionale.

1.1. Il criterio guida della ratio legis e la modifica della sfera della punibilità.

Nell'affrontare il problema della qualificazione formale della norma come "sostanziale", la dottrina ha spesso dato per scontata la distinzione tra le due categorie e, nei casi in cui si fosse occupata di qualificare uno o l'altro istituto, raramente si è spesa, salvo gli autori più risalenti³⁰², nel definire altresì, da un punto di vista generale, la nozione di "norma sostanziale", ma si è impegnata piuttosto ad individuare e definire caso per caso la presenza dei sintomi che ne suggerissero la natura.

Quando ci si è occupati dell'ambito di applicazione dei principi di irretroattività *in peius* e retroattività *in melius*, si è utilizzata una definizione di "norma sostanziale" che trovava il suo fondamento e criterio guida nella sanzione: le "norme penali" sono quelle la cui sanzione è propriamente una "pena"³⁰³.

Anche in merito al rapporto tra diritto penale materiale e processuale si è visto che quello della tipologia della sanzione è uno dei criteri possibili di distinzione dei due rami del diritto penale. Tuttavia, occorre nuovamente sottolineare come parte della dottrina non ritiene questo criterio sufficiente, in particolar modo se si fa riferimento alle misure di sicurezza: da qui, ne discenderebbe, per alcuni autori, che la norma penale è quella che ha ad oggetto un reato, caratterizzando la materia penale solo indirettamente dalla sanzione: la soluzione rimane comunque insoddisfacente e sposta solo il problema qualificatorio sulla nozione di "reato", non eliminando quello della sanzione³⁰⁴. Rimane perciò difficile definire in linea generale il diritto penale sostanziale.

Inoltre, a partire da queste considerazioni di teoria generale del diritto³⁰⁵, sembra potersi definire la norma penale verso l'esterno, rispetto quindi altre branche del diritto, ma ancora non si parla di quale sia la vera distinzione nel contenuto con la materia

³⁰² Si veda a proposito SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., *passim*.

³⁰³ *Ibidem*, 24 e DELITALA G., *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 1095.: "già dalla denominazione: 'diritto penale', risulta evidente come la nota che distingue le norme penali dalle altre norme dell'ordinamento giuridico sia costituita dalla particolarità della sanzione o, meglio, dalla specificità delle misure che conseguono alla realizzazione delle fattispecie descritte da questo gruppo di norme".

³⁰⁴ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 15.

³⁰⁵ GALLO M., *Appunti*, cit., 20, definisce i "concetti che sono di teoria pura del diritto" come quelli che "prescindono dal contenuto normativo, reale o pensato come tale".

processuale, attesa la stretta connessione tra le norme appartenenti alle due categorie. Si veda un esempio indicativo: qualora il “potenziale conflitto verta tra norme che, pur disciplinando istituti tecnicamente definibili come ‘processuali’, condizionino direttamente l'assoggettabilità dell'individuo alla sanzione penale”³⁰⁶, come, per buona parte della dottrina, le condizioni di procedibilità, di cui si dirà ampiamente³⁰⁷, non si è mai dubito della riconducibilità alla categoria della norma penale materiale, nonostante *prima facie* la materia delle condizioni di procedibilità sembri più propriamente processuale.

Una visione aprioristica che segua il mero dato dell'appartenenza all'uno o all'altro ramo del diritto penale non è perciò sufficiente³⁰⁸.

Dunque, la “diversità riscontrabile in sede teorica”, che vede, seguendo l'orientamento più plausibile, da una parte, appartenere al diritto penale quelle “norme che, per orientare la condotta dei consociati, si avvalgono del momento teleologico dell'afflizione e dell'emenda”, mentre dall'altra, al “diritto processuale penale ineriscono, invece, le norme che disciplinano il processo penale”, cioè quella sequenza ordinata di atti volta all'accertamento della penale responsabilità, non sembra appagante di fronte a quelle ipotesi di stretto legame diritto-processo, dove “il giurista possa rimanere in dubbio sull'appartenenza di una certa norma” all'una o all'altra categoria³⁰⁹.

In realtà sono considerazioni utili, poiché, da questa distinzione generale, che riguarda principalmente la struttura fondamentale delle due categorie di norme, l'una con prescrizione di condotta relativa sanzione, l'altra con prescrizione e sanzione processuali, si individua la diversa funzione a cui sono preordinate: guardando al profilo teleologico, la norma sostanziale tende ad orientare la condotta dei consociati con la minaccia di una sanzione direttamente afflittiva, mentre la norma processuale è finalizzata alla regolazione del momento (*rectius*, del rito) dell'accertamento, ancorata ad una sanzione propriamente processuale: con quest'ultima si comprende come il legislatore introduca solo norme neutre rispetto al contenuto e alla funzione della prima, cioè rispetto alla prescrizione della condotta e della relativa sanzione, intesa nella sua quantità e

³⁰⁶ “così, la norma sulla perseguibilità a querela, vigente al momento del fatto, dovrà, in relazione a quel fatto, restare ferma, nonostante l'eventuale, successiva abrogazione in virtù di una norma che introduca, per la corrispondente fattispecie, il principio della perseguibilità d'ufficio”, CHIAVARIO M., *Norma giuridica*, cit., 479. Allo stesso modo per CORDERO F., *Procedura*, cit., 55: concorrono alla “disciplina penalistica del fatto”.

³⁰⁷ V. Cap. IV, Par. 1.

³⁰⁸ A confutare la tesi della “distinzione a priori” delle norme penali, affermandone una scarsa tenuta pratica, prima ancora che dogmatica, è SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 162 ss.

³⁰⁹ PAGLIARO A., *Principi*, cit., 27.

modalità³¹⁰. Ciò non toglie che, nella loro concreta applicazione alla vicenda processuale, queste norme o, meglio, una loro modifica, possa, come si è ampiamente osservato, risultare tanto gravosa quanto quella avente ad oggetto norme sostanziali.

Così può assumere senso anche la nozione di norme processuali a contenuto sostanziale: la funzione è quella processuale, in quanto non vi è alcuna prescrizione di condotta e l'eventuale sanzione non è qualificabile come "pena", ma intende disciplinare un momento precedente (misure cautelari) o successivo (norme sull'esecuzione); il relativo contenuto incidono sulle modalità con cui la pena viene irrogata ovvero sulla sua sostanziale anticipazione, seppur con una diversa funzione, tanto da non potersi chiamare "pena".

A partire dalla diversità delle finalità delle due categorie, la dottrina costruisce una differenziazione dogmatica delle categorie stesse e, di conseguenza, degli ambiti applicativi dei regimi intertemporali studiati.

Adirittura, questa tendenza spesso sfocia nella costruzione di un sillogismo che si basa sulle seguenti premesse: una norma è qualificabile come sostanziale nel caso incidesse sulla sfera della punibilità; le modifiche in tema di punibilità condizionano l'esercizio e la tutela dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello della libertà personale.

Di qui l'esito a cui spesso sembra giungere una certa dottrina, segnata da una particolare sensibilità, ma, in modo particolare, come si avrà ancora modo di vedere la giurisprudenza: laddove una norma si proponesse di incidere su di un bene costituzionalmente tutelato, quale quello della libertà personale dell'individuo, questa sarebbe qualificabile come "sostanziale". Così posto, il ragionamento dovrebbe condurre ad attrarre alla nozione di "norme sostanziali" quelle inerenti alle misure cautelari e all'esecuzione della pena, anche se nello specifico ineriscono alla modalità di applicazione della pena o ne costituiscono una fattuale anticipazione degli effetti concreti. Questo ragionamento è potenzialmente idoneo ad essere allargato: le misure cautelari hanno come effetto diretto quello di "infliggere un male" all'individuo, anche se lo scopo a cui sono preordinate è riconducibile alla tutela del procedimento o della società.

Diversa e più ampia sarebbe la questione se si guardasse anche all'effetto indiretto che la norma produrrebbe: la nuova causa di improcedibilità *ex* articolo 344-*bis* c.p.p., che sarà oggetto di trattazione nel IV capitolo, non ha una funzione sostanziale e nemmeno

³¹⁰ Lo stesso approccio sembra essere quello di GALLO M., *Appunti*, cit., 19: La soluzione al quesito non può trovarsi in una meccanicistica applicazione del dato concettuale, "ma "quel che conta, come sempre, è accertare la *ratio*, e il preciso contenuto che dalla *ratio* discende, della regola di diritto.

l'effetto diretto, che comporta la dichiarazione di improcedibilità dei procedimenti di secondo e terzo grado che eccedessero la durata prevista *ex lege*, incide sulla punibilità dell'imputato, quanto piuttosto sulla procedibilità dell'azione penale; la modifica della sfera della punibilità avviene solo indirettamente.

Quindi la domanda da porsi sembra essere se per desumere la natura giuridica di una norma si debba guardare alla *ratio* dell'istituto, all'effetto diretto o all'effetto anche indiretto, che risulta dal diritto positivo³¹¹.

Va precisato che gli effetti diretti spesso sono collegati alla funzione della norma: se quest'ultima fosse riconducibile alla limitazione della procedibilità, l'effetto diretto sarebbe l'introduzione di un vincolo all'accesso all'esercizio dell'azione penale, come, in via esemplificativa, la procedibilità di un reato esclusivamente a querela di parte. L'effetto collaterale diviene certamente la mancata punibilità del soggetto presunto autore del reato poiché, per diverse ragioni, la persona offesa non ha esercitato il diritto di querela. Quest'ultimo effetto, però, nonostante il corretto riferimento al contesto, ossia la materia penale, che informata dall'esterno da particolari principi garantistici, i quali guardano alla sostanza più che alla forma della disciplina, non può essere sufficiente a qualificare una norma. Diversamente, si rischierebbe una grande incertezza qualificatoria e, di conseguenza, normativa, che tenderebbe alla creazione di una grande categoria delle "norme sostanziali", che, prescindendo dalla reale funzione che queste perseguono, la vanificherebbero.

Queste considerazioni, peraltro difficilmente risolvibili senza che vi siano margini di criticabilità, sono limitate al piano della teoria generale, mentre, tradotta la questione nei termini che a noi interessano, ossia della disciplina intertemporale, la vera domanda da porsi sarebbe la seguente: più che per la qualificazione sostanziale, per l'applicazione dei principi di diritto intertemporale *ex* articolo 25 Cost. si deve guardare alla *ratio* o agli effetti concreti, prescindendo dalla qualificazione formale datane, indagando in tal modo gli obiettivi che la stessa disciplina costituzionale si pone? Quest'ultima, secondo un'interpretazione costante, si riferisce alla norma penale che "punisce, o punisce di più, collegando ad un fatto che diviene già era e resta reato, conseguenze giuridico-penali svantaggiose o 'più svantaggiose' per il reo", con tali intendendosi un aumento di pena,

³¹¹ Vi è, da una parte, chi ritiene che "La natura giuridica di un istituto, infatti, deriva dalla conformazione normativa, non già dall'individuazione di rationes attribuite, sulla base di precomprensioni legate a soggettive opzioni dell'interprete", RICCARDI G., *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Cass. pen.*, II, 2017, 877.

una nuova o più grave pena accessoria, una circostanza aggravante”³¹² o altri “elementi dell’illecito penale, comprese le condizioni di punibilità, le modifiche *in malam partem* degli istituti di parte generale, nonché le conseguenze penali”³¹³. Si vedrà entro quali termini questo generale ambito applicativo si traduce.

2. Un approccio pratico: la “materia penale” nella giurisprudenza domestica e sovranazionale in materia di successione di leggi sull’esecuzione della pena.

Come è stato precedentemente notato, il tema della successione delle leggi esecutive della pena nel tempo segna il passaggio alla centrale tematica della distinzione tra natura sostanziale e processuale delle norme penali. La particolare incidenza di questi istituti nelle modalità con cui la pena viene applicata e quindi nei beni tutelati quali la libertà personale, ha infatti portato la giurisprudenza, interna e sovranazionale, ad occuparsi della tematica, ampliando in funzione garantistica l’area della materia penale (sostanziale), con una tendenza, almeno per la materia che ci riguarda, al reo-centrismo, contrapposto al vittimo-centrismo, che, per alcuna parte della dottrina, ha segnato le pronunce della giurisprudenza, anche della Corte di Strasburgo, oltre che gli interventi euro-unitari in materia penale³¹⁴, basate sull’idea che “determinate garanzie fondamentali sarebbero assicurate solo ad autori di reati ‘ordinari’ o comunque inoffensivi e, invece, neutralizzate nei confronti di soggetti quali, appunto, esponenti del terrorismo politico”³¹⁵ o altri giudicati responsabili per crimini potenzialmente lesivi della sicurezza sociale.

In tema di definizione della “materia penale”, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha enucleato già molti decenni fa dei criteri utili al fine di identificare le norme come penali o extra-penali; si fa riferimento, in questo caso, ai già citati “criteri Engel”, i quali, per identificare una norma come penale, impongono un’analisi circa la natura dell’offesa e il grado di severità della sanzione, mentre la qualificazione datane dal legislatore assume

³¹² PICOTTI L., *La legge penale*, in *Codice penale*, diretta da BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., I, Torino, 1996, 1.

³¹³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto*, cit., 76.

³¹⁴ VALENTINI V., *Diritto intertemporale*, cit., 33 ss. L’Autore afferma che la legislazione europea in materia penale segue delle “logiche politico-criminali...che confliggono frontalmente col reo-centrismo (o individual-garantismo, o *favor rei*) che innerva la cultura penalistica e il diritto costituzionale continentali”, aggiungendo, in merito alla Corte europea dei diritti dell’uomo, che “è però più allarmante che lo stesso identico approccio vittimo-centrico e securitarista sia abbracciato da quello che *a torto* viene considerato da molti come l’inflessibile ‘guardiano europeo’ di *habeas corpus* e garanzie liberali”.

³¹⁵ MAZZACUVA F., *La grande camera della corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, 2.

un ruolo meramente indicativo e di primo approccio alla qualificazione stessa³¹⁶. Negli anni questi parametri sono stati progressivamente sostituiti dal criterio centrale della qualificazione della natura della sanzione³¹⁷, spingendo, la Corte, verso un tendenziale approccio garantistico e meno formalistico in materia, benché, come si vedrà con riguardo alla prescrizione del reato, non sempre in misura superiore rispetto a quello nazionale. Ci si concentrerà ora sulle considerazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, avendo cura di raccogliere i principi generali, tradotti poi in tema di successione delle leggi nel tempo, che i giudici stessi hanno elaborato negli ultimi dieci anni, impegnandosi a definire i confini della "*matière pénale*".

2.1. "Droit penal materiel" in materia di esecuzione penale, dal celebre caso *Del Rio Prada c. Spagna* al recente caso *Kupinkyj c. Ucraina*.

L'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo era tradizionalmente teso alla separazione tra diritto sostanziale e istituti classici del diritto processuale penale nell'applicazione dell'articolo 7 CEDU, nella parte in cui prescrive il principio di irretroattività della legge penale³¹⁸. A segnare un cambio di rotta in tema è la sentenza della Grande Camera sul caso *Del Rio Prada c. Spagna*, pronunciata il 21 ottobre del 2013, vero "*leading case*" nella giurisprudenza di Strasburgo in materia di legalità penale, innanzitutto per via della varietà e complessità dei profili affrontati, e, inoltre, per gli esiti "coraggiosi" a cui è pervenuta³¹⁹. Il caso origina dal processo svoltosi in Spagna nei confronti di Ines Del Rio Prada, uno degli esponenti più tristemente conosciuti tra i nomi dei terroristi separatisti a causa dei plurimi omicidi, in particolare ventitré, e altri tentativi di omicidio, per i quali è stata condannata ad una pena complessiva di oltre tremila anni di reclusione, seguendo il calcolo aritmetico delle diverse pene irrogate. Tuttavia, il Codice penale spagnolo all'epoca vigente limitava il cumulo delle pene ad un massimo di trent'anni di reclusione, pena a cui è stata effettivamente condannata l'imputata nel caso di specie.

³¹⁶ Corte EDU, *Engel e altri. c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, § 81, in *hudoc.echr.coe.int*.

³¹⁷ MAZZACUVA F., *La materia penale e il doppio binario europeo, le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2013, 1901.

³¹⁸ *Ex multis*, si veda Corte EDU, *Uttley c. Regno Unito*, ric. n. 36946/03, 29 novembre 2005; Corte EDU, *Monne c. Francia*, ric. n. 39420/06, 1° aprile 2008; Corte EDU, *Giza c. Polonia*, 23 ottobre 2012, ric. 1997/11, in *hudoc.echr.coe.int*.

³¹⁹ MAZZACUVA F., *La grande camera*, cit., 2.

Ma il punto centrale, intorno al quale ruota la questione portata di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è l'istituto della “*redention de penas por trabajo*”, che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario, il quale, nonostante fosse stato abrogato con l'introduzione del nuovo Codice penale del 1995, per via della presenza di una norma transitoria nel nuovo *corpus* legislativo approvato, viene applicato ai soggetti condannati sulla base del codice previgente.

Per tale ragione, la ricorrente presentava istanza di liberazione anticipata nel 2008, in conformità alla legislazione di cui si è appena detto, applicabile transitoriamente anche al processo in questione. L'istanza viene tuttavia rigettata dal *tribunal supremo* il 28 Febbraio del 2006 a causa di un *revirement* interpretativo che ha portato al consolidarsi di un nuovo orientamento, denominato “*doctrina parot*”, in base alla quale lo sconto di pena doveva essere calcolato su ciascuna delle pene inflitte, invece che rispetto alla pena definitiva applicata al condannato.

Chiaramente la portata dell'uno o dell'altro indirizzo interpretativo è fortemente incisiva sul trattamento sanzionatorio applicabile al condannato, in modo particolare, al caso di specie, dove la pena sommata aritmeticamente è addirittura di 100 volte inferiore rispetto a quella definitiva, applicata sulla base del limite al cumulo.

Il ricorso che viene presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo si fonda perciò sulla pretesa violazione degli articoli 5 e 7 della Convenzione, ossia, rispettivamente, sulla violazione del diritto alla libertà personale e del principio di irretroattività della legge penale.

Ricostruito il caso di specie, si va ora ad analizzare le argomentazioni logico-giuridiche che hanno portato i giudici di Strasburgo, con la quasi unanimità, ad accogliere il ricorso in relazione ad entrambi gli articoli in relazione ai quali il ricorso stesso si fondava.

In primo luogo, la grande camera ripercorreva i due orientamenti sviluppatisi in merito all'istituto della *redencion de penas*, il primo dei quali, applicando l'articolo 70 del previgente codice penale, stabiliva che le singole pene si sommassero in modo da costituire una nuova sanzione, diversa rispetto alle precedenti, a cui applicare in modo automatico il beneficio *de quo*, essendo il potere del giudice di sorveglianza limitato alla verifica dell'assolvimento degli obblighi di lavoro intramurario, riportato nelle relative certificazioni; diversamente, il secondo orientamento, in modo da evitare che, nei casi in cui fossero erogate pene che sommate aritmeticamente fossero particolarmente alte, si verificasse, come nel caso di specie, una liberazione anticipata, prevedeva il calcolo della

riduzione della durata della detenzione dovesse riferirsi alle singole pene, costituendo questo un chiaro esempio di mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

La Corte, affermato quanto innanzi riportato, si occupa del quesito, fondamentale per ciò che ci riguarda, ossia della natura penale sostanziale dell'istituto in esame e, di conseguenza, dell'eventuale violazione del principio di retroattività dovuta all'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Ecco che la Corte “dimostra di non accontentarsi più di verificare che una norma attenga alle modalità di esecuzione della pena piuttosto che al diritto sostanziale”, ma afferma essere “necessario verificare in concreto se la norma incida o meno sulla determinazione della pena e sulla sua effettiva durata”³²⁰, scostandosi dall'orientamento restrittivo in materia di esecuzione penale innanzi rammentato e aderendo piuttosto alla visione anti-formalista sviluppatasi a partire da alcune pronunce della Corte stessa, tra le quali proprio la sentenza sul caso Engel c. Regno Unito.

Nella sentenza Del Rio Prada, i giudici di Strasburgo, dopo aver equiparato il mutamento giurisprudenziale sfavorevole ad una modifica sfavorevole della legge penale³²¹, affermano, infatti, che, nonostante in linea generale le norme sull'esecuzione della pena non siano “*droit penale*”, di conseguenza non soggette all'applicazione dell'articolo 7 CEDU, laddove queste determinassero una “ridefinizione o modificazione della portata applicativa della pena imposta dal giudice”³²² sarebbe vero il principio opposto; a dimostrazione di questo vi è proprio la volontà del legislatore di predisporre una disciplina transitoria dello stesso beneficio ai soggetti giudicati durante la vigenza della disposizione.

Così, nel dispositivo della sentenza si legge che il mutamento *in malam partem* viola gli articoli 7 e 5 CEDU, pronunciandosi perciò, i giudici, a favore della liberazione, come successivamente ottemperato dallo stesso Stato spagnolo. Non solo, quindi, si è ritenuto violato il divieto di irretroattività, ma, come conseguenza, la norma convenzionale che tutela la libertà personale, segnalando così lo stretto nesso tra i due principi ai fini dell'adozione della decisione: la ridefinizione e modificazione della portata pratica della

³²⁰ CIPANI E., *La Corte europea sull'applicazione dell'art. 7 CEDU alle norme relative all'esecuzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2023, 296.

³²¹ Si vedano in tema le analisi di PROFITI E., *La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, nota a Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. 42750/09, in *Cass. pen.*, II, 2017, 684 ss.

³²² Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, cit., § 89.

pena di cui si è detto incide (retroattivamente) proprio su questo principio di rango primario.

L'approccio anti-formalista della corte europea dei diritti dell'uomo è confermato nella recente pronuncia sul caso Kupinskyy c. Ucraina. del 10 novembre 2022.

Il caso di specie ha ad oggetto nuovamente una problematica circa l'eventuale riconoscimento del regime retroattivo delle norme sull'esecuzione penale, in particolare in materia di esecuzione della sentenza estera attraverso una sentenza interna.

Il ricorrente, cittadino ucraino condannato alla pena dell'ergastolo in Ungheria per un duplice omicidio, viene trasferito in Ucraina per l'esecuzione della pena, sulla base della Convenzione internazionale sul trasferimento delle persone condannate del 1983.

Il tema centrale, dal quale ha origine la controversia, va ricondotto alla particolare conversione della pena dell'ergastolo che il tribunale ucraino ha operato rispetto alla pronuncia del giudice ungherese: invero, se quest'ultimo ha condannato il ricorrente alla pena dell'ergastolo riducibile³²³, quindi, essendo la stessa suscettibile potenzialmente a liberazione anticipata, il giudice ucraino ha applicato allo stesso la pena dell'ergastolo irriducibile.

Il quesito posto di fronte alla Corte di Strasburgo era quindi il seguente: costituisce questo mutamento della pena nell'applicazione successiva di una pena di fatto diversa e più sfavorevole rispetto alla precedente? E, in particolar modo, costituisce la materia dell'esecuzione della pena comminata all'estero, in quanto parte della macro-materia dell'esecuzione penale, oggetto dell'applicazione dei principi maggiormente garantistici in materia di successione delle leggi penali nel tempo?

La corte EDU risponde alla problematica in modo conforme al celebre precedente del caso Del Rio Prada c. Spagna e ribadisce l'ormai costante approccio sostanzialista³²⁴: viene ricordato che, in linea generale, le decisioni di trasferimento rimangono all'interno della materia dell'esecuzione penale, tipicamente processuale, e al di fuori della nozione di "pena" ex articolo 7 CEDU; tuttavia i giudici, qualora, nell'operare questa conversione, dovessero incidere sulla pena, modificandone sostanzialmente la sua natura, come nel caso di specie, ossia passando da una pena dell'ergastolo irriducibile, ad un ergastolo con possibilità di liberazione anticipata, dovrebbero applicare il principio di irretroattività *in malam partem* ai sensi articolo 7 CEDU. Ed è proprio questa conversione sfavorevole

³²³ La sentenza in esame utilizza i termini "*reducible life sentence*" e "*irreducible life sentence*"; Corte EDU, Kupinskyy c. Ucraina, 10 novembre 2022, 5084/18, ric. 5084/18, in *hudoc.echr.coe.int*.

³²⁴ CIPANI E., *La Corte europea*, cit., 298.

operata *ex post* che sancisce l'illegittimità della seconda condanna. Così i giudici di Strasburgo: “*The Court therefore concludes that by converting the applicant’s original reducible life sentence to the irreducible life sentence under Ukrainian law, the domestic courts in the particular circumstances of the present case went beyond the mere measures of enforcement and changed the scope of the applicant’s penalty*”.³²⁵

Possiamo perciò arrivare a delle prime conclusioni: nell’ambito del diritto convenzionale e, in particolare, nella sua sfera giurisprudenziale, la materia dell’esecuzione non solo merita, in alcune occasioni, un’estensione della *rationes* che giustifichino l’applicazione di un regime garantistico, ma alcuni istituti ivi ricompresi devono essere qualificati come “materia penale” in quanto direttamente incidenti, nel concreto, sulla natura della pena.

2.2. I riflessi nella giurisprudenza interna: la svolta con i dubbi di legittimità costituzionale e la sentenza della Corte cost. n. 32 del 2020.

L’orientamento sviluppatosi nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che tendeva a qualificare come norma penale solo quella contenente evidenti elementi rappresentanti la sostanzialità, distinta in modo netto dalla natura processuale, come si è ampiamente visto sia in tema di esecuzione penale, che in tema di confisca, è stata sostenuta per parecchi decenni, venendo superata innanzitutto, per quest’ultima materia, con le già analizzate sentenze³²⁶, e, solo recentemente, per la materia dell’esecuzione penale, che scontava l’indirizzo consolidato che si era formato dopo la sentenza delle sezioni unite del 2006³²⁷.

La vera e propria svolta giunge con la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2020, che segnerà il modo di qualificare la materia in esame e non solo: si può correttamente affermare che a partire da questa pronuncia la Consulta introduce in via definitiva un nuovo modo di intendere la distinzione tra la natura sostanziale e processuale delle norme,

³²⁵ Corte EDU, 10 novembre 2022, Kupinskyy c. Ucraina, 5084/18, cit., § 52.

³²⁶ V. *supra* 99-100. La Suprema Corte a sezioni unite ha ribadito lo stesso orientamento in una recentissima pronuncia: Cass. pen., sez. un., 31 settembre 2023, n. 4145, in *Dir. pen. e proc.*, VI, 2023, 777, con nota di SCORCIA S. M., *Il regime intertemporale*, cit.

Tali sentenze in materia di confisca hanno aperto la strada alla nuova qualificazione di alcuni istituti in materia di esecuzione penale; FRAGASSO B., *Irretroattività delle limitazioni all’accesso alle misure alternative previste dall’art. 4-bis ord. penit.: dalla Corte costituzionale una conferma dell’approccio antiformalistico in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2020, 1131.

³²⁷ Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2006, Aloï, n. 24561, cit.

in vista dell'applicazione dei regimi di diritto intertemporale relativo, “segnando una svolta storica nel cammino del principio di irretroattività”³²⁸.

In realtà, occorre specificare che questo cambiamento di prospettiva non concerne tutta la materia dell'esecuzione penale, ma incide sugli specifici istituti che sono idonei a modificare sostanzialmente la modalità con cui questa viene applicata: le misure alternative alla detenzione, la liberazione anticipata e altri benefici penitenziari.

Una pronuncia che ha anticipato la statuizione del 2020 è rintracciabile proprio nell'anno precedente, quando la VI sezione della Corte di cassazione ha invocato un ripensamento circa la scelta del legislatore di cambiare “*in itinere* le ‘carte in tavola’ senza prevedere alcuna norma transitoria”, già rappresentandosi, nell'applicare pedissequamente il principio del *tempus regit actum* a questo settore, una “dubbia conformità con l'articolo 7 CEDU e, quindi, con l'articolo 117 Cost., là dove si traduce...nel passaggio a sorpresa e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata ‘senza assaggio di pena’ ad una sanzione con necessaria incarcerazione”³²⁹.

Veniamo però ora alle disposizioni di legge che hanno originato la tensione con le norme costituzionali e convenzionali citate, portando alla celebre sentenza che ora ci occupa.

La legge n. 3 del 2019, cd. “Spazzacorrotti”, ha esteso il novero dei reati ostativi all'applicazione dei benefici propri del sistema penitenziario, disciplinati all'articolo 4-*bis* ord. pen., anche ai reati contro la pubblica amministrazione: in particolare, viene subordinato l'accesso alle misure alternative alla pena detentiva e agli altri benefici, oltre all'osservazione intramuraria, anche alla collaborazione con l'autorità giudiziaria, ovvero ad altri requisiti, come l'irrilevanza della collaborazione stessa, previsti dalla stessa disposizione. Inoltre, ne conseguono una serie di effetti negativi per i condannati per i reati contro la P.A. interessati dalla riforma sarebbero stati assoggettati, anche per effetto di altre norme dell'ordinamento penitenziario che rinviano alla disposizione stessa: in primo luogo, viene inibito anche ai condannati a pena inferiore a 4 anni la sospensione dell'ordine di esecuzione ex articolo 656, IX comma, c.p.p.; per di più, si applicherà a questi una preclusione assoluta rispetto alla concessione di misure alternative alla detenzione domiciliare “ordinaria” per ultrasessantenni e “generica”, un allungamento dei tempi di espiazione di pena necessari per accedere ai permessi premio, alla semilibertà e

³²⁸ MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività*, cit., 2.

³²⁹ Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Giur. pen.*, 7 aprile 2019.

al lavoro esterno, oltre che, infine, un regime maggiormente severo in merito alla revoca dei benefici penitenziari già concessi.

Ne deriva, pertanto, un mutamento sfavorevole in merito al trattamento penitenziario per un numero considerevole di condannati, i quali non potevano godere nemmeno di una norma transitoria, ma, al contrario, essendo questa una disposizione da sempre ritenuta processuale, la sua efficacia doveva essere immediata e, se considerato come il tempo della commissione del fatto, retroattiva rispetto ad esso.

L'intento del legislatore era chiaro: reprimere con maggiore forza determinati reati, quelli contro la P.A., anche con mezzi alternativi rispetto al classico inasprimento sanzionatorio ed agendo così su di un momento successivo alla condanna.

Da questa innovazione legislativa sono così scaturite ben undici ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, indice della particolare sensibilità della materia e della sua incidenza su beni di primario interesse, che non hanno lasciato inerti i giudici di merito, i quali hanno fatto tutti ricorso, nelle argomentazioni fondanti i dubbi di incostituzionalità, alla già studiata sentenza Del Rio Prada c. Spagna, che già alcuni anni prima si era espressa nel senso di una importante riconsiderazione di una parte della materia dell'esecuzione penale, verso un regime intertemporale maggiormente garantistico.

Si riteneva in particolare che l'articolo 1, VI comma, lettera b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3³⁰, violasse gli articoli 25 II comma, 117 I comma Cost.³³¹, “nella parte in cui, modificando l'articolo 4-*bis*, I comma, della legge 26 luglio 1975, n.354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-*quater* e 321 c.p., commessi anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge”³³², in considerazione del fatto che tali istituti “incidono sulla qualità essenziale della pena stessa”³³³, anche in ragione di quanto statuito dall'articolo 7 CEDU, per come interpretato dalla corte europea dei

³³⁰ La disposizione sottoposta al vaglio costituzionale così statuiva: “All'articolo 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni... b) dopo le parole: ‘mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli’ sono inserite le seguenti: ‘314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*’”.

³³¹ In quasi la totalità delle ordinanze di rimessione, la violazione viene contestata anche nei confronti dell'articolo 27 Cost. per le “possibili frizioni con la finalità rieducativa della pena” prevista dallo stesso disposto costituzionale e dell'articolo 3 Cost. in quanto il giudice *a quo* sospettava un difetto di ragionevolezza in tale stensione del novero dei reati. Due ordinanze (quelle iscritte ai numeri 160 e 161 del r.o. 2019) dubitano inoltre della legittimità rispetto al diritto di difesa ex articolo 24 Cost., essendo una tale modifica *in peius* sopravvenuta potenzialmente idonea a ledere le aspettative poste a fondamento delle scelte difensive.

³³² Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordin. 8 aprile 2019, in *Giur. pen.*, 8 Aprile 2019.

³³³ Tribunale ordinario di Brindisi, ordin. 30 aprile 2019, in *Giur. pen.*, 25 giugno 2019.

diritti dell'uomo, che ricomprenderebbe le misure alternative alla detenzione nella materia penale.

Il giudice *a quo* sottolinea inoltre come, per un orientamento consolidato in giurisprudenza, le norme sull'esecuzione penale, “non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non avrebbero carattere di norme penali sostanziali e soggiacerebbero pertanto, in assenza di una specifica disciplina transitoria, al principio del *tempus regit actum*”, non rendendo così possibile un'interpretazione conforme a Costituzione³³⁴: il punto di partenza della Corte è proprio il silenzio della disposizione censurata in merito sulla sua efficacia nel tempo, da cui, per i giudici *a quo*, deriverebbe implicitamente l'immediata applicazione.

2.2.1. *Analisi della sentenza Corte cost. n. 32 del 2020.*

Vale ora la pena ripercorrere le argomentazioni logico-giuridiche seguite dai giudici costituzionali, i quali hanno magistralmente contribuito a trovare delle soluzioni circa l'annoso problema della qualificazione della natura delle norme, formulando dei principi fondamentali in tema di *ratio* e ambito applicativo del principio di irretroattività.

La corte, dopo aver ricapitolato il contesto normativo su cui la legge sopravvenuta insisteva, evidenziando gli effetti negativi ai quali i condannati per i reati contro la P.A. interessati dalla riforma sarebbero stati assoggettati, instaura il proprio ragionamento a partire dalla asserita indicazione proveniente dal diritto vivente che ritiene, nel silenzio del legislatore, che alle norme (processuali) in materia di esecuzione penale sia applicabile il principio dell'effetto immediato, essendo quindi “in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva”; tuttavia, questo non impedisce alla Corte stessa di “dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi costituzionali”³³⁵.

Vi sono vari elementi che suggeriscono che si possa dubitare della legittimità costituzionale: in primo luogo, il fatto che lo stesso legislatore, in alcune occasioni, abbia ritenuto di introdurre un limite all'applicabilità delle norme incidenti sull'esecuzione della pena solo per i condannati per fatti posteriori all'entrata in vigore³³⁶.

³³⁴ Così Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordin. 8 aprile 2019, cit.

³³⁵ Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, §4., cit.

³³⁶ Si sono già visti gli esempi del d.l. n. 152 del 1991 e della legge n. 279 del 2002, riportati poi dalla stessa Corte in sentenza, v. nota 291.

In secondo luogo, i giudici della Consulta riportano alcuni esempi di come la stessa giurisprudenza abbia dimostrato una diversa sensibilità in materia; un esempio ne sono le pronunce della stessa Corte, che quest'ultima cita per dimostrare come il quadro del diritto vivente, che imporrebbe l'applicazione del *tempus regit actum* non sia, in realtà, senza diverse sfaccettature: *in primis*, per citare la pronuncia che si sta esaminando, “nell’antesignana sentenza n. 306 del 1993” la Corte, pur non risolvendo a favore della incostituzionalità dell’articolo 15 del d.l. 306 del 1996 che introdusse revoca retroattiva della misura alternativa alla detenzione o del permesso premio, ritenne che tale profilo avrebbe potuto “meritare una riflessione”. In relazione allo stesso articolo si pronunciò altre volte la Corte, finanche giungendo ad alcune pronunce di illegittimità costituzionale dell’articolo 4-*bis* ord. pen., ma mai fondandola sulla violazione dell’articolo 25, II comma, Cost.³³⁷. Una consapevolezza crescente rispetto all’esigenza di maggiore garanzia in tema di esecuzione penale era sentita anche dal giudice di legittimità, che con la citata sentenza 14 marzo 2019, n. 12541, suggerisce una rimeditazione del carattere processuale delle norme dell’ordinamento penitenziario.

Ulteriori conferme sono ravvisabili sul fronte comparatistico e su quello convenzionale, con le pronunce dei giudici di Strasburgo, che si fanno portatrici di grossi cambiamenti, prima fra tutti la pronuncia sul caso Del Rio Prada c. Spagna, non a caso citata in tutte le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Sorveglianza e dei giudici dell’esecuzione. Quest’ultimi insistono inoltre sul protezionale conflitto che l’applicazione retroattiva comporterebbe al diritto di difesa, tutelato ex articolo 24 Cost., in quanto una modifica *in peius* retroattiva sarebbe idonea a “frustrare le legittime aspettative poste a fondamento di tali scelte difensive, esponendo l’imputato a conseguenze sanzionatorie affatto imprevedibili e imprevedibili al momento dell’esercizio di una scelta processuale, i cui effetti sono però irrevocabili”³³⁸.

³³⁷ Si fa qui riferimento alle sentenze della Corte cost., 14 dicembre 1995, n. 504; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445; Corte cost., 22 aprile 1999, n. 137, in *cortecostituzionale.it*. Tuttavia, segno di come ancora i tempi per un pieno cambio di paradigma non fossero ancora maturi ne è la successiva sentenza n. 273 del 2001, laddove la Consulta, chiamata ad esprimersi sulla potenziale applicazione del principio di irretroattività *in peius* anche nei casi in cui le norme sopravvenute disciplinassero le modalità di espiazione della pena detentiva, in particolare se fosse fatto divieto di applicare retroattivamente la norma che impediva la liberazione condizionale in assenza di collaborazione con la giustizia, stabilì che la disciplina censurata si sarebbe limitata a introdurre un diverso requisito legale di accesso al beneficio, “senza modificare in senso deteriore per il condannato la disciplina sostanziale della liberazione condizionale”.

³³⁸ Corte cost., 26 febbraio 2020, cit., § 4.2.5.

A seguito di queste considerazioni, la Corte costituzionale propone una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, II comma, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena, e, per farlo, ripercorre sommariamente i rilievi fondamentali in tema di fondamento giuridico e le *rationes* poste alla base del principio di irretroattività stesso: da una parte, quindi, la “ragionevole prevedibilità” delle conseguenze a cui il reo si esporrà con una trasgressione della legge penale, dall'altra parte il divieto di retroattività costituisce una “garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo”³³⁹.

Detto ciò, i giudici si chiedono se questa funzione possa essere assolta anche dalle norme disciplinanti la fase dell'esecuzione penale, non incidendo queste sulla tipologia e sul *quantum* delle pene previste per il reato.

In proposito, viene innanzitutto riaffermata l'esigenza che si pone alla base dell'applicazione immediata di tali norme, dato il rapporto diacronico esistente tra il momento in cui viene commesso il fatto e il momento in cui viene data esecuzione alla pena, con la conseguenza che in questa finestra temporale, potenzialmente molto lunga, possa mutare il contesto fattuale e normativo: sarebbe impraticabile affermare che la disciplina dell'esecuzione della pena debba essere generalmente ancorata al *tempus commissi delicti*, impedendo così che si possano applicare tutte le innovazioni legislative reusesi negli anni necessarie.

Sarebbe inoltre errato, ragiona la Corte, far dipendere il regime intertemporale delle regole trattamentali dalla logica, propria delle norme sostanziali, della distinzione tra norma più o meno favorevole al reo, in quanto questo settore dell'ordinamento risponde a diversi interessi, che necessariamente devono essere bilanciati tra loro, come, in via estremamente esemplificativa, la tutela della legittima aspettativa del reo da una parte e l'esigenza di garantire un controllo sulla pericolosità criminale dello stesso dall'altra.

Infine, sul piano delle conseguenze pratiche, si pensi alla disparità di trattamento tra i detenuti che deriverebbero da una tale generale applicazione retroattiva, oltre che alla difficoltà nella gestione amministrativa delle strutture, dovendo differenziare i regimi dei detenuti relativamente alla legislazione vigente nel momento della trasgressione all'ordinamento.

³³⁹ *Ibidem*, § 4.3.

Tuttavia, questa ampia analisi delle esigenze contrapposte all'estensione del regime maggiormente garantistico cede in riferimento ad alcune delle norme in materia di esecuzione penale: è qui la vera e propria svolta interpretativa.

Il giudice delle leggi afferma invero che quanto innanzi detto “deve, però, soffrire un'eccezione 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 concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”, poiché “in tal caso, infatti, la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto”, come confermato dall'esempio estremo dell'alternativa tra i “dentro” e il “fuori”, la cui “differenza è radicale”, in quanto “qualitativa, prima ancora che quantitativa”³⁴⁰: ne deriva così che la Corte ritiene di estendere le *rationes* sottese al principio di irretroattività *in peius* anche a questa ipotesi. Effettuata una rimeditazione dell'intero sistema intertemporale, si tratta di vedere come questa si attagli allo specifico quesito portato di fronte alla Corte, ossia agli istituti intaccati dalla l. n. 3 del 2019. Ecco, allora, che i giudici declinano quella distinzione tra istituti idonei a incidere sulla natura della pena e quelli invece per cui prevale l'esigenza opposta di un'applicazione immediata della disciplina sopravvenuta, nella distinzione tra permessi premio e lavoro esterno da una parte e, dall'altra, l'accesso alle misure alternative alla detenzione, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione e, in forza di un rinvio mobile, la liberazione condizionale³⁴¹.

In relazione ai primi, la Corte “ritiene che l'art. 25, II comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata”, in quanto, oltre alla perfetta coerenza con le esigenze prima affermate, prima fra tutte la disparità di trattamento che conseguirebbe da una differenziazione del regime applicabile, il condannato “continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione ‘intramuraria’”³⁴².

Diversamente, le ultime, sulla scorta di quanto prima premesso, sono qualificabili come “misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena” e “per ciò

³⁴⁰ *Ibidem*, § 4.3.3.

³⁴¹ Questo istituto, benché disciplinato da una diversa disposizione, viene ritenuto funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, in quanto anch'esso teso al reinserimento del condannato nella società, a seguito di un sicuro ravvedimento.

³⁴² *Ibidem*, § 4.4.1. Questa argomentazione non è tuttavia esente da critiche dottrinali: MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività*, cit., 14 ss.

stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto”³⁴³, divenendo così non “misure alternative alle pene”, ma “vere e proprie ‘pene’ alternative alla detenzione”³⁴⁴. A conferma di tale conclusione, vengono riportate alcune pronunce della stessa Corte, di poco precedenti rispetto a quella in esame, aventi ad oggetto l’affidamento in prova ai servizi sociali, la detenzione domiciliare, la semilibertà: in tal modo “la Consulta procede a catalogare gli istituti subordinati al divieto di retroattività delle riforme sfavorevoli successive al momento di consumazione del reato”³⁴⁵.

Sulla base di questi rilievi, giunti dunque “ad una sorta di equiparazione, sotto il profilo dell’irretroattività, delle misure alternative alle pene principali”³⁴⁶, la Corte costituzionale ha perciò dichiarato costituzionalmente illegittimo l’articolo 1, VI comma, lettera b) della l. n. 3 del 2019 nella parte in cui non viene limitata la portata della disposizione stessa ai soli condannati per fatti successivi all’entrata in vigore della legge stessa.

La parte centrale della pronuncia, tanto da poterla considerare il vero punto di svolta dello studio della materia della successione delle leggi penali nel tempo, è proprio l’affermazione del giudice delle leggi in tema di differenziazione tra natura sostanziale e processuale delle norme penali: vengono respinte infatti le obiezioni della collocazione topografica della norma nel codice di rito piuttosto che nel Codice penale, ma, piuttosto, l’elemento dirimente ai fini della delimitazione dei confini tra le due categorie di norme è l’idoneità delle stesse di incidere sul *quomodo* o sul *quantum* della pena, in concreto applicabile al condannato, creando un *aliud* che giustifica l’operare delle ragioni fondanti il regime sostanziale, intendendo la modifica quantitativa come variazione della durata della pena da scontare, mentre la modifica qualitativa come trasformazione della natura della pena e diversa incidenza sulla libertà personale. Perciò, sono questi due i perni su cui si muovono le considerazioni della Corte e, soprattutto, su cui, da questo momento, l’interprete deve muovere per individuare la natura della norma e, in definitiva, il regime intertemporale applicabile, a nulla importando il *nomen iuris* che di volta in volta viene attribuito alla stessa.

³⁴³ Corte cost. del 28 luglio 1993, n. 349, in *cortecostituzionale.it*.

³⁴⁴ *Ibidem*, § 4.4.2.

³⁴⁵ MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività*, 13.

³⁴⁶ FRAGASSO B., *Irretroattività delle limitazioni all’accesso alle misure alternative*, cit., 1135.

2.2.2. (segue) Le ragioni di diritto comparato alla base del *decisum della Corte*.

Tra le argomentazioni portate dalla Corte costituzionale per sostenere la suscettibilità di talune norme in materia di esecuzione penale di applicarsi retroattivamente, viene fatto ricorso alla comparazione, principalmente con due sistemi, quello francese e quello statunitense, oltre ai continui riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Va premesso che la Corte, “ben lungi dallo ‘sfoggio’ di un argomento comparatistico in maniera fine a sé stessa”³⁴⁷, con quest’ultimo mira a rinforzare gli argomenti portati a sostegno dell’ accertata violazione dell’ articolo 25, II comma, Cost. e non, contrariamente a quanto si penserebbe, per fondare una ipotesi di violazione dell’ articolo 117 Cost., quale parametro interposto³⁴⁸.

Tralasciando i riferimenti al diritto sovranazionale, di cui già si è parlato, interessante è il riferimento alle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti che hanno esteso il divieto di “*ex post facto laws*”, quindi, applicando sostanzialmente il principio di irretroattività, anche alle modifiche di quelle norme sull’ esecuzione della pena che abbiano come effetto un prolungamento della detenzione³⁴⁹, anche se si limita allo stadio del sufficiente rischio di incremento della misura (*rectius*, della durata della detenzione) applicata al condannato³⁵⁰; in questo modo “si trae il principio secondo cui l’ imputato non può essere privato di alcun ‘*substantial right*’”, con la consapevolezza “che a questo risultato si può pervenire anche attraverso modificazioni di disposizioni processuali, che si risolvono a svantaggio dell’ imputato”, giungendo così ad una “più ristretta delimitazione della ‘*procedure*’”³⁵¹: il risultato sarebbe comunque un “*substantial disadvantage*”.

L’ altro ordinamento utilizzato dal giudice delle leggi come metro di paragone è quello francese, nel cui ordinamento, da tempo, i “i principi di legalità e di irretroattività trovano dunque la loro prima affermazione in disposizioni costituzionali”, le quali a loro volta sembrano “ricomprendere l’ intero campo penale, formato tanto dalle disposizioni penali

³⁴⁷ FRAGASSO B., *Irretroattività delle limitazioni all’ accesso alle misure alternative*, cit., 1134.

³⁴⁸ Così MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività*, cit., 7, che, in riferimento al principio di legalità garantito dall’ articolo 25, II comma Cost., ne riconoscono la “capacità generativa che rende spesso residuale il ricorso al diaframma dell’ articolo 117, I comma, Cost”, addirittura ravvisando la graduale creazione di uno “*ius commune*” dei diritti fondamentali.

³⁴⁹ Nella sentenza in esame vengono citati i seguenti casi della Corte Suprema d’ oltreoceano: *Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24, 33 (1981); *Lynce v. Mathis*, 519 U.S. 433 (1997), § 4.2.4.

³⁵⁰ “*a sufficient risk of increasing the measure of punishment attached to the covered crimes*”, *Garner v. Jones*, 529 U.S. 244 (2000).

³⁵¹ SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 54, il quale riprende le considerazioni di autorevole e risalente dottrina statunitense, come HALL J., *Federal criminal procedure*, in *Studies in jurisprudence and criminal theory*, New York, 1958, 228 ss.

quanto da quelle processuali”³⁵²; non a caso il codice penale della Repubblica francese oggi vigente stabilisce, all’articolo 112-2 comma 3, che “*Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur*”, positivizzando il risultato che nel nostro ordinamento è stato raggiunto solo recentemente e in via giurisprudenziale.

3. Questioni intertemporali in tema di prescrizione del reato.

Problemi di corretta individuazione della natura giuridica e, conseguentemente, del regime intertemporale, sono classicamente riconducibili, oltre che alle disposizioni dettate in tema di condizioni di procedibilità, di cui si dirà, anche alle “condizioni di estinzione della procedibilità (che mutano, ad es., la durata dei termini della prescrizione), casi nei quali la disciplina applicabile è quella di cui all'art. 2, c.p.”.

In particolare, il problema è stato notoriamente affrontato, sia in dottrina che in giurisprudenza, in merito all’istituto della prescrizione, con degli esiti rilevanti ai fini di un corretto inquadramento del fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo. Anche in questo caso, infatti, le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, hanno portato, ancor prima della svolta in tema di esecuzione penale, ad una rivalutazione della portata della “materia penale”, estendendone i confini anche a quelle norme che, insistendo sulla residua procedibilità, quindi, determinando l’arco di tempo entro il quale deve essere perseguito un determinato fatto, modificano la disciplina della prescrizione, introducendo una durata maggiore (modifica *in melius*), minore (modifica *in peius*), fino anche ad aggiungerne cause di sospensione e interruzione.

Va però, in primo luogo, ricostruita sommariamente l’origine storica e l’evoluzione normative, nonché la *ratio* dell’istituto, prima di addentrarsi nel dibattito sulla natura giuridica dello stesso e la conseguente disciplina intertemporale.

Le radici storiche di questo controverso istituto si fanno risalire al diritto romano classico: il termine *praescriptio* era difatti in uso al diritto privato romano per indicare, similmente a quanto è presente oggi nel vigente diritto civile, l’eccezione del convenuto che

³⁵²*Ibidem*, 42.

intendesse far valere il decorso prolungato del tempo, idoneo a far venire meno la pretesa dell'attore. Bisognerà attendere poi la *lex Julia de adulteriis* del 18 a.C. per una limitata estensione anche al campo del diritto criminale; ancora una volta, il solo trascorrere del tempo, per una espressa previsione, questa volta di una *lex*, comporta degli effetti giuridici rilevanti per l'ordinamento, facendo venir meno la pretesa punitiva in relazione a quei soli crimini per i quali è statuita³⁵³.

Per individuare altri segnali della presenza di un istituto paragonabile, nella sua funzione, a quello moderno, si dovrà poi attendere alcuni secoli, quando questo verrà nuovamente preso in considerazione dai legislatori e, in particolare, dai giureconsulti incaricati della formazione del diritto statutario e delle prime legislazioni moderne, tra cui quella toscana del 1562³⁵⁴.

In seguito, per quanto riguarda l'Italia postunitaria, l'istituto della prescrizione fu contemplato all'articolo 137 del codice sardo-italiano del 1886, per essere poi riproposto nel Codice penale Zanardelli del 1889 (all'articolo 95)³⁵⁵; quest'ultimo compie delle scelte rilevanti, che lasciano il segno nel modo di intendere l'istituto: l'idea di fondo, che riprodurrà anche il codice Rocco³⁵⁶, fino a giungere ai giorni nostri, era la necessità di un "bilanciamento tra le esigenze garantiste di non sottoporre il cittadino all'arbitrio del magistrato"³⁵⁷, oltre che l'inutilità derivanti da una repressione di troppo successiva rispetto alla commissione del fatto, in particolar modo ai fini della rieducazione del reo, principio sicuramente non ancora del tutto riconosciuto all'epoca, e la necessità, dall'altro lato, di non lasciare impuniti condotte di particolare allarme sociale. La prescrizione trovava ancora la sua disciplina nel titolo IX del Codice penale, dedicato alle cause di estinzione dell'azione penale e delle condanne penali, e non nel codice di rito.

³⁵³ CONTINIELLO A., *Della prescrizione penale. Natura, fondamento e giustificazione dell'istituto*, in *Giur. pen. web*, II, 2020, 3.

³⁵⁴ "La 'Legge sopra la cognitione et prescrizione de malefitti. Fermata il dì XXII di settembre MDLXII89' stabilisce che la prescrizione dei reati sia a misura della gravità degli stessi: i delitti gravi ("*homicidij, robarie, furti, falsità, rebellioni, tradimenti, assassinamenti, rapti di fanciulle, et violenza a maschi, o femine, et incendij*") si prescrivono dentro i dieci anni dal delitto, l'usura e i contratti illeciti dentro i cinque anni dal delitto e, infine, le trasgressioni degli amministratori pubblici durante il loro ufficio si prescrivono entro un anno"; CASO CHIMENTI M., PAPINI L., *La legislazione medicea nelle raccolte dell'Archivio di Stato di Firenze (1532-1737)*, in (diretta da) CIAMPI C., *Collana dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, VIII, Firenze, 2009, 69.

³⁵⁵ MANZINI V., *Trattato*, cit., 491.

³⁵⁶ Da qui, nonostante "la Commissione parlamentare avrebbe desiderato che la prescrizione estintiva della pena fosse estesa anche alla condanna alla pena di morte o dell'ergastolo", "tali ragioni" di difesa sociale e repressione dei più gravi reati "sono ancora più forti rispetto alla prescrizione della pena", Relazione e R.D. 19 ottobre 1930. n. 1399, in *gazzettaufficiale.it*, 4474.

³⁵⁷ CONTINIELLO A., *Della prescrizione*, cit., 3.

La novità si avrà con il Codice del 1930, dove l'istituto venne collocato dai compilatori all'interno del titolo VI del libro I del codice, relativo all'estinzione del reato e della pena: rispetto sia alle codificazioni preunitarie che al Codice Zanardelli, viene mutata la qualificazione attribuita all'istituto riferibile al reato e alla pena e non più alla procedibilità, conformandosi a una visione di tipo sostanziale dell'istituto³⁵⁸.

Conferma la si rinviene nella Relazione del ministro Rocco, il quale, nell'illustrare l'ipotesi di procedimento verso più soggetti congiuntamente, nel qual caso “la sospensione o la interruzione della prescrizione per taluni di essi ha effetto anche per gli altri”, “fu domandato se la unione dei procedimenti, produttiva di codesto effetto, sia anche quella soltanto formale, ovvero se deve trattarsi di procedimenti riuniti per reati connessi”, rispondendo che è “logico che deve trattarsi di reati connessi, perché la prescrizione non è un istituto di diritto processuale, ma di diritto sostanziale”³⁵⁹.

In questo senso muovevano delle necessità di maggiore ordine sistematico, che si traducevano, di fatto, in una nuova riunione degli istituti che incidessero sulla sfera della punibilità³⁶⁰: non è questa una notazione banale, ma, anzi, fondamentale per le riflessioni che si condurranno in seguito e testimonia altresì un serio cambio di visione in merito all'istituto che si sta qui trattando. Pur non essendo infatti vincolante, ai fini della qualificazione dell'istituto, la *sedes materiae* e la terminologia utilizzata dal legislatore, senza dubbio questi elementi possono essere sintomatici di un cambio di approccio nel merito³⁶¹.

Si arriva così ad una prima conclusione nel senso di attribuire alla prescrizione una natura sostanziale³⁶².

Proseguendo con l'evoluzione normativa dell'istituto, per riprendere in seguito il dibattito circa la qualificazione dello stesso, si nota che, successivamente alla disciplina approntata dal Codice del 1930, la prima vera riforma è di circa settantacinque anni dopo, quando, con la legge cd. *ex-Cirielli* (l. 5 dicembre 2005, n. 251, Modifiche al Codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di

³⁵⁸ SILVANI S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, 106 ss. L'Autore afferma che questa “lungi dal rappresentare una semplice modifica lessicale”.

³⁵⁹ Relazione e regio decreto 19 ottobre 1930. n. 1399, cit., 4473-4474.

³⁶⁰ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., 107-108.

³⁶¹ A tal proposito, si veda GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss.; gli Autori affermano che il “dibattito teorico sulla natura giuridica della prescrizione, il quale a ben vedere non si è mai emancipato del tutto dalle suggestioni della ‘terminologia legale’”.

³⁶² Per una approfondita analisi storica della formazione ed evoluzione della prescrizione si veda lo scritto di STEA G., *L'ultima prescrizione*, Padova, 2020, 4 ss.

comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione). Questa (criticata) riforma, modificando il disposto dell'articolo 157 c.p., ha previsto che il termine prescrizionale fosse individuato nel massimo edittale, mentre ai fini del computo della pena si sarebbe dovuto tener conto solamente dell'aumento per le circostanze aggravanti ad effetto speciale; il risultato è una profonda trasformazione dell'istituto nel suo ambito applicativo, con degli effetti in parte favorevoli e in parte sfavorevoli, a seconda del caso concreto³⁶³.

In materia intertemporale, mai è stata dubitata la natura sostanziale e, conseguentemente, l'applicazione del principio fondamentale dell'irretroattività della modifica sfavorevole, unitamente a quello della retroattività *in bonam partem*, ma la norma transitoria introdotta dalla predetta legge ha portato ad una pronuncia di incostituzionalità con sentenza n. 393 del 2006³⁶⁴: il legislatore aveva infatti previsto che lo *ius superveniens*, nel complesso più favorevole all'indagato/imputato, fosse applicabile esclusivamente ai procedimenti per i quali non vi fosse ancora stata apertura del dibattimento o fosse pendente il giudizio di Appello o di fronte alla Corte di cassazione.

Il giudice delle leggi ha ritenuto che il discrimine dell'apertura del dibattimento, a partire dal quale si opterebbe per la limitata applicazione (retroattiva) della riforma (favorevole), chiaramente consentita dai principi di diritto intertemporale vigenti per le norme sostanziali, non superi il vaglio di ragionevolezza, declinazione del più ampio principio *ex* articolo 3 Cost., a cui le deroghe alla retroattività favorevole devono in ogni caso sottostare.

Senza ripetere ragionamenti già effettuati in altra sede³⁶⁵, giova qui osservare come la Corte tenga ad evidenziare che il regime giuridico riservato alla retroattività della *lex mitior* non riceve dall'ordinamento quella tutela di rango costituzionale, rintracciabile per l'opposto divieto di retroattività *in peius*, nell'articolo 25, II comma, Cost.; perciò, come già detto, ne discende che eventuali deroghe, disposte dalla legge ordinarie, al principio di retroattività della *lex mitior* sarebbero legittime, ma questo esclusivamente laddove

³⁶³ Per un approfondimento sulla portata di tale riforma, si veda MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di GIUNTA F., Milano, 2006, 1 ss.

³⁶⁴ AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, II, 2007, *passim*.

³⁶⁵ Si rinvia al Cap. I, Par. 2.1.

“ricorra una sufficiente ragione giustificativa”, ossia sempre se rispettose dei parametri di ragionevolezza e proporzionalità, ai sensi dell’articolo 3 Cost.³⁶⁶.

Come è facile immaginare, la portata della pronuncia di illegittimità costituzionale della norma ha ampliato la forza dirompente della riforma e, come era prevedibile, la configurazione della prescrizione che ne deriva, con un’applicazione generalizzata a tutti i procedimenti pendenti in primo grado, con esclusione solo del secondo e del terzo, è stata fortemente stigmatizzata da quella dottrina che ne ha ravvisato un effetto di sostanziale “amnistia occulta”, dato che “moltissimi procedimenti, già giunti al vaglio del giudizio di primo grado, si sono conclusi con una sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del reato”³⁶⁷, oltre che dalle stesse forze parlamentari che, proprio a partire da questo storico intervento legislativo, hanno tentato di invertire, per lo meno parzialmente, la tendenza all’aumento dei procedimenti risolti con pronuncia di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione.

Sono state così approvate diverse riforme particolarmente rilevanti in tema, tra le quali si segnala la legge Orlando (l. n. 103/2017), che trae il nome dal ministro guardasigilli che l’ha promossa, aderente in modo dichiarato all’intento modificare i pretesi effetti distorsivi prodotti dal sistema prescrizionale risultante dalla riforma *ex-Cirielli*: viene infatti previsto che per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione e per il delitto di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, l’effetto interruttivo comporta un aumento massimo della metà e non di un quarto. Inoltre, una rilevante novità apportata da questa riforma è rappresentata dall’introduzione di nuove cause di sospensione del decorso della prescrizione, in aggiunta a quanto già disposto all’articolo 159 c.p.: viene

³⁶⁶ Corte cost., 23 novembre del 2006, n. 393, § 5., in *Dir. pen. e proc.*, II, 2007, 194 ss., con nota di PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, 198 ss.

Nella stessa pronuncia, il giudice delle leggi “esamina la questione se il principio di retroattività favorevole, sancito dall’art. 2 c.p., possa assumere rango costituzionale”, rispondendosi che “non riceve nell’ordinamento la tutela privilegiata di cui all’art. 25, comma 2, Cost., in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo. Il logico corollario di simile postulato è il fatto che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell’art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa”; AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., 429.

³⁶⁷ Così riportato da ID, *Prescrizione del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2018, 3 ss., il quale aggiunge che “questo risultato della riforma del 2005 ha, pertanto, suscitato rinnovate critiche nei confronti di una scelta legislativa che si rivelava una vera e propria amnistia occulta”. Lo stesso Autore propone un criterio alternativo che possa ragionevolmente rispettare l’esigenza di punire e l’opposto riconoscimento del diritto all’oblio: “è legittimo affermare che in luogo di interventi novellistici, come quelli che hanno inserito all’art. 157, 6° co., c.p. ulteriori categorie di reati per i quali vale il raddoppio dei termini di prescrizione, si sarebbe dovuto realizzare una riforma dell’istituto che determinasse la durata dei tempi prescrizionali in ragione non solamente della gravità del reato, ma anche con riguardo alle oggettive difficoltà di accertamento dello stesso”.

in particolare previsto che “il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi: 1) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi; 2) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi”.

Da ultimo, la riforma cd. Bonafede, ossia la l. 9 gennaio 2019, n. 3, (la già nota “Spazzacorrotti”) ha modificato, all’art. 1, lett. d), e), f), gli artt. 158, 159 e 160 c.p., peraltro lasciando invariato il nocciolo duro, risalente alla legge *ex-Cirielli*, sulla modalità di determinazione della durata della prescrizione, preferendo intervenire sul decorso del termine stesso, introducendo una disciplina sfavorevole in merito al *dies a quo* e al *dies ad quem*: in particolare, per quanto concerne il primo, si fa decorrere il termine di prescrizione dal momento in cui è cessata la continuazione e non, invece, dal momento in cui è stato commesso ciascuno dei reati uniti dalla continuazione, come precedentemente previsto, congegnando un “possibile strumento (nelle mani del giudice) per evitare la prescrizione del reato”³⁶⁸.

Diversamente, per quanto riguarda il *dies ad quem*, il II comma dell’articolo 159 c.p. viene sostituito con quanto segue: “il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell’irrevocabilità del decreto di condanna”. Da una prima osservazione del disposto, va rilevato l’improprio utilizzo del termine “sospensione”, che sarebbe riferibile alle sole ipotesi in cui il decorso di un termine debba essere bloccato, per una causa determinata dalla legge, per poi, in prospettiva, riprendere a trascorrere a partire dal precedente stato di avanzamento, mentre, nel caso *de quo*, il computo del tempo non sarebbe in alcuna circostanza destinato a riprendere³⁶⁹. È evidente come in questo caso il tentativo sia quasi estremo nel limitare la portata estensiva derivante dalla riforma del 2005, seppur già ridimensionata nel 2017,

³⁶⁸ GATTA G.L., *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, 1.

³⁶⁹ *Ibidem*, 1.

con il fine dichiarato di non lasciare impuniti i responsabili dei delitti, in particolar modo se più gravi, per i quali spesso avveniva estinzione per intervenuta prescrizione.

La riforma Bonafede, nella parte inerente alla prescrizione, è ancor'oggi vigente, nonostante le spinte a favore del ritorno, almeno in parte, allo *status quo ante*, attraverso una sua abrogazione o un forte ridimensionamento.

3.1. La funzione e la natura giuridica della prescrizione: un bilanciamento ancor'oggi discusso e dato (quasi) acclarato.

Dal quadro dell'evoluzione normativa che si è cercato di offrire nel precedente paragrafo, si nota la centralità dell'istituto della prescrizione nei dibattiti che storicamente si succedono in materia di giustizia penale.

Inoltre, sembrano potersi formulare due rilevanti osservazioni: da una parte la sicura natura sostanziale dell'istituto, che si è visto risalire con certezza all'epoca della codificazione del 1930 ed è stata uniformemente riconosciuta da pressoché tutta la giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Dall'altra parte, sembra evidente come la funzione di impedire che la repressione dei reati, salvo quelli più gravi, non abbia un termine, con conseguente spreco di risorse e di tempo, debba essere bilanciata con la richiesta di giustizia sollevata dalla società e la necessità di evitare l'impunità.

Si tenterà ora di ripercorrere gli snodi fondamentali di queste due questioni, analizzando le riflessioni tradizionali in tema, per affrontare solo successivamente il dibattito recente, al fine di giungere a delle conclusioni qualificatorie.

In primo luogo, il tema del concreto bilanciamento delle funzioni proprie dell'istituto con le esigenze a questo opposte è un problema di politica legislativa che necessita di una corretta individuazione dei presupposti dogmatici su cui l'istituto stesso si fonda. Tralasciando la prevalenza di una *ratio* giustificativa rispetto all'altra³⁷⁰, si può intendere la prescrizione come il risultato del venir meno della pretesa punitiva dello Stato, come conseguenza delle seguenti motivazioni: per prima cosa, la funzione special-preventiva verrebbe meno, essendo ormai vanificata la funzione retributiva della pena, intesa a sua volta come "contro-prestazione" del male commesso, in quanto il soggetto avrebbe ormai

³⁷⁰ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., 53: "la prescrizione, nella sua portata astratta di principio, avulsa dalla disciplina positiva offerta dai codici, non può dirsi sorretta da un fondamento razionale assoluto ed univoco".

già sofferto il timore dell'applicazione della pena stessa, senza peraltro subirla di fatto. Più convincente sembra essere l'argomento che muove dalla funzione general-preventiva della pena, che sarebbe scemata dal decorso del tempo, il quale trascina con sé la memoria del fatto e la conseguente intimidazione di una eventuale sanzione tardiva; peraltro, oltre alla diminuzione del disincentivo, viene meno anche lo stesso interesse della società a punire quel fatto, ormai tendenzialmente dimenticato.

A ciò si aggiunga la considerazione pratica della difficoltà nella formazione delle prove e nel conseguente raggiungimento del miglior accertamento dei fatti a cui tende il processo penale, oltre che alla lungaggine processuale che deriverebbe da una punibilità non limitata nel tempo³⁷¹.

In ultima analisi, il discorso forse più convincente su cui si fonda la funzione generalmente riconosciuta della prescrizione, muove dalla funzione rieducativa *ex* articolo 27 Cost. e dalla sua tendenziale "temporaneità": non sarebbe corretto ritenere che, anche a distanza di un tempo prolungato, la pena possa assolvere alla sua funzione rieducativa, immaginandosi che - salva l'ipotesi di commissione di nuovi reati, per cui, a quel punto, potrà applicarsi la pena, qualora non fossero incorsi, a loro volta, in prescrizione - il tempo abbia svolta la funzione di emenda propria della pena.

Dal lato opposto, le esigenze che inducono il legislatore a non riconoscere spazio assoluto alle funzioni innanzi esposte sono altrettanto meritevoli di considerazione e concorrono a disegnare, nell'ottica dialettica e di bilanciamento tra opposti beni tutelati dall'ordinamento, una disciplina che rispetti lo *standard* della ragionevolezza. Infatti, le modifiche non rispondenti a questo necessario equilibrio, non supererebbero il vaglio di ragionevolezza e sarebbero censurate dal giudice delle leggi: in via esemplificativa, "una riforma della prescrizione ispirata ad un generale prolungamento dei termini", magari tale da comportare ad una quasi imprescrittibilità di fatto del reato, "si pone in contrasto con una visione di politica criminale ispirata alla finalità rieducativa della pena, così come imposta dalla Carta costituzionale"³⁷², venendo così tale norma censurata ed espunta dal nostro ordinamento³⁷³. Dunque, se è vero che la determinazione del tempo necessario al maturare della prescrizione è frutto di una scelta tipicamente politica, dato che solo il legislatore può vagliare le diverse esigenze concrete determinando quando il "tempo

³⁷¹ Queste motivazioni vengono riportate, tra tutti da PAGLIARO A., *Prescrizione del reato e 'nuova' estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, XI, 2010, 4044.

³⁷² AMBROSETTI E. M., *Prescrizione del reato*, in *Digesto*, cit., 8.

³⁷³ Questo principio viene stabilito perentoriamente dal giudice delle leggi con sentenza Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278, § 7, in *cortecostituzionale.it*.

dell'oblio" possa essere ritenuto adeguato³⁷⁴, vi sono dei limiti di ragionevolezza che obbligano a guidare la scelta in base ai criteri della gravità del tipo di reato e ad eventuali altre esigenze meritevoli di considerazione³⁷⁵.

Passando ora al versante della natura giuridica dell'istituto, va notato che, nonostante il cambio di passo dirompente compiuto dal Codice Rocco, segnatamente con la collocazione dell'istituto tra le cause di estinzione del reato, il dibattito sulla incidenza dello stesso sulla sfera sostanziale o processuale non si è placato.

Riconoscendo infatti il discrimine tra la teoria sostanzialistica e processualistica della natura della prescrizione nell'estinzione, rispettivamente, del reato e della pena da una parte, ovvero dell'azione penale dall'altra, si nota che l'equivoco origina proprio dall'ultima codificazione. Afferma così ministro Rocco nella Relazione al nuovo Codice penale: "l'estinzione del reato, pertanto, si ha quando viene a cessare la possibilità di realizzare la pretesa punitiva dello Stato; si estingue, invece, la pena quando cessa il potere di eseguirla già riconosciuto allo Stato da una sentenza irrevocabile di condanna. Improprio sarebbe il dire che si estingue l'azione penale. L'azione penale non è che il mezzo con cui si fa valere la pretesa punitiva, e però, se questa è estinta, anche l'altra necessariamente non può esercitarsi"³⁷⁶.

Per comprendere maggiormente il pensiero che ha guidato il Ministro nell'elaborazione di questa nuova concezione sostanzialistica, si deve proseguire la lettura della relazione: "per caratterizzare correttamente un istituto, occorre risalire al principio da cui dipendono le conseguenze, e non arrestarsi a questa o a quella conseguenza", ossia, non è rilevante che l'effetto della prescrizione sia quello (processuale) del venir meno dell'esperibilità dell'azione penale nei confronti del soggetto che si reputa responsabile di un fatto-reato estinto, ma ciò che è dirimente per determinare quale sia la natura dell'istituto stesso e la conseguente legislazione fondamentale da seguire è la *ratio* fondamentale da cui originano gli effetti stessi³⁷⁷. Se si assume corretto quanto appena esposto, questa *ratio*

³⁷⁴ PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2015, 23.

³⁷⁵ Si è fatto cenno agli ulteriori criteri idonei a rendere equilibrata la scelta di politica legislativa tra le diverse esigenze, come quello che ancorerebbe la determinazione del termine anche alla difficoltà dell'accertamento del reato in concreto; v. nota 367.

³⁷⁶ Relazione e R.D. 19 ottobre 1930. n. 1399, cit., 4472.

³⁷⁷ Così Cass. pen., sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442, in *Cass. pen.*, 1999, 1814: "il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva, a seguito dell'avvenuto decorso di un determinato periodo di tempo". In altre parole, la prescrizione estingue il reato e non investe soltanto il rapporto processuale, che può anche non essersi ancora costituito".

non può che essere quella (sostanziale) del venir meno della pretesa punitrice dello Stato per sopraggiunto disinteresse dello stesso alla repressione di un reato commesso troppo tempo addietro.

Questo ragionamento sembra coerente con quel criterio teleologico, visto a inizio capitolo, che abbiamo accettato, in via di ipotesi, come dogmaticamente coerente e che sembra seguito dalla dottrina³⁷⁸: lo sguardo rivolto all'elemento teleologico ci porta a considerare il fine della non residua esigenza di perseguire il reato, piuttosto che l'effetto pratico di impedire l'esercizio dell'azione penale.

In realtà, adottando il punto di vista che si è detto essere quello dominante nella giurisprudenza recente, il criterio guida dovrebbe essere quello della idoneità a incidere sul trattamento sanzionatorio, quindi sulla quantità e qualità della pena, quindi, in definitiva, sul bene primario della libertà personale. Sembra evidente che questo criterio venga soddisfatto con il maturare della prescrizione: dalla modifica della durata della stessa dipende molte volte l'estinzione del reato o la sua residua perseguibilità e, dunque, l'eventuale condanna dell'imputato; ciò avviene a maggior ragione a seguito della studiata riforma Bonafede. Si pensi al caso della sopravvenienza di una norma che prolungasse la durata del termine prescrizionale: se questa, considerata processuale, fosse applicabile retroattivamente, ovverosia anche ai procedimenti pendenti per fatti precedenti all'entrata in vigore della stessa, il risultato sarebbe che, se con la precedente disciplina la maturazione della prescrizione sarebbe stata prossima, con la nuova norma si allontana la prospettiva di maturazione stessa, fino a giungere ad una eventuale pronuncia di primo grado che, per effetto dell'ultima riforma del 2019, "sospenderebbe" il termine prescrizionale. Pertanto, quella cd. "differenza tra il 'dentro' e il 'fuori'" di cui si è parlato nella sentenza Corte cost. n. 32 del 2020 è qui riproducibile, seppur in un diverso contesto.

Nondimeno, è esistito, in particolar modo nella dottrina *ante* 1930, ed esiste tutt'ora, un orientamento, seppur certamente minoritario, che classifica la prescrizione tra le norme a carattere processuale, che, nel sottolineare gli elementi di cedevolezza della pretesa sostanzialità, hanno per lo meno il pregio di aprire il dibattito circa una qualificazione che non deve apparire scontata: si pensi infatti all'ordinamento francese, che colloca nel

³⁷⁸ Vi è tuttavia, come segnalato, chi ritiene di tener distinte la *ratio*, ossia le finalità perseguite, da una parte, e la natura dell'istituto, dall'altra, in quanto quest'ultima dipenderebbe dalla disciplina di diritto positivo e dagli effetti concreti che a questo sono attribuibili. V. nota 449.

codice di rito la disciplina della *prescription de l'action publique*, con una sostanziale riproduzione della formula dell'“estinzione dell'azione penale”, contenuta nel nostro vecchio codice Zanardelli.

Tradizionalmente, a sostegno di questa posizione, vengono portati i seguenti argomenti: in primo luogo, partendo dal dato testuale, lo stesso legislatore del codice di rito avrebbe così optato nello stabilire che la sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione è una sentenza di non doversi procedere *ex* articolo 531 c.p.p., che rientra tra le soluzioni processuali del procedimento penale.

In secondo luogo, pur giovandosi di una sentenza di assoluzione per non doversi procedere, grava a svantaggio dell'(ex) imputato l'ultrattività di taluni effetti, quali l'obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale prodotto dal reato, nonché l'eventuale misura di sicurezza patrimoniale della confisca, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 198 c.p. e 236 c.p.; è evidente che se si trattasse, come si è sostenuto, di estinzione del reato e della pena, questa dovrebbe avere ad oggetto tutti gli effetti che caratterizzano il reato come ente giuridico³⁷⁹. Se a quanto detto si aggiunge la notazione che l'imputato può rinunciare a giovare della maturazione del termine, non è possibile in alcun modo sostenere che la prescrizione abbia, tra le ragioni sostanziali che la sostengono, anche quella riconducibile al venir meno del disvalore dell'illecito o dell'antigiuridicità del fatto³⁸⁰.

Non solo, viene anche sottolineato da questa dottrina come il giudicato non faccia stato su altre controversie in nessun caso, ma ha solo effetto ai fini della regola del *ne bis in idem* (articolo 649 c.p.p.)³⁸¹.

Questi argomenti favorevoli all'inquadramento processualistico della prescrizione sono stati smentiti dalla maggioranza della dottrina, la quale ha sempre fatto leva su motivazioni opposte: innanzitutto, se il dato letterale dell'articolo 157 c.p. (“la prescrizione estingue il reato”) non lascerebbe via di scampo, ulteriore conferma deriverebbe dall'articolo 129 c.p.p.³⁸², nella parte in cui ammette l'accertamento negativo del reato: è evidente che, se vi fosse stata estinzione della procedibilità, non sarebbe possibile entrare nuovamente nel merito per determinazione dello stesso imputato, che,

³⁷⁹ Così CARNELUTTI F., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 211, il quale è uno dei più convinti sostenitori della “teoria processualista”.

³⁸⁰ GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., 66.

³⁸¹ Queste diverse argomentazioni sono sostenute da autorevole dottrina, quale PAGLIARO A., *Prescrizione*, cit., 4043 ss.

³⁸² PISA P., *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, V, 1986, 79.

invece può decidere di rinunciare all'estinzione del reato (a lui favorevole) per una (più favorevole) assoluzione piena nel merito: in questo modo si avrebbe una “rinuncia all'applicazione della prescrizione” che opera *ope legis*, ed è proprio questa che verrebbe in gioco, non invece la natura giuridica dell'istituto in esame, qualora si rilevasse la presenza dell'articolo 531 c.p.p., dunque, della formula “non doversi procedere”; rinuncia che, peraltro, opererebbe similmente nel campo delle condizioni di procedibilità (si pensi alla rinuncia alla querela ex articolo 124, II comma, c.p.)³⁸³.

Va inoltre rilevato che la giurisprudenza costante, oltre che la dottrina³⁸⁴, anche quella favorevole alla teoria processualistica, seppur con qualche differenza³⁸⁵, inquadra ormai costantemente - e in modo corretto, nel caso in cui mantenesse il punto di vista delle modalità di accertamento, in astratto e in concreto, della natura giuridica dell'istituto - la prescrizione come venir meno della pretesa punitrice dello Stato e, quindi, il (non) decorso del tempo come condizione e presupposto per la punibilità, chiamando in causa in tal modo una questione di parte generale particolarmente discussa e che non si ha qui il tempo di ripercorrere.

È infatti d'uopo osservare che, se si associa il decorso del tempo non all'esercitabilità dell'azione penale, ma all'esigenza repressiva dello Stato, a cui consegue l'irrogazione della pena, impedita per sopraggiunto disinteresse legato alla distanza temporale rispetto al fatto, ciò che viene inficiato dalla prescrizione non è l'elemento del fatto tipico, ma è l'elemento della punibilità, rispetto ad un fatto che si è perfezionato³⁸⁶.

³⁸³ PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1995, 2.

³⁸⁴ PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività* in *mitius*, cit., 206: “lo scorrimento dei termini temporali della prescrizione ha la capacità di produrre effetti sulla punibilità o sulla impunità di un soggetto”, e ancora “Quali che ne siano i motivi contingenti o le più profonde ragioni ordinamentali, mediante l'intervento legislativo si rimodula l'effetto sanzionatorio, in modo da discriminare l'ambito della punibilità da quello della non punibilità”. Nello stesso senso, *ex multis*, RICCARDI G., *Obblighi di disapplicazione*, cit., 875; PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., 3: “Riteniamo che tanto le cause di estinzione del reato quanto quelle relative alla pena incidono sulla punibilità del reato: la prescrizione del reato è una causa di non punibilità perché ciò che viene meno al suo verificarsi non è il reato ma la sua concreta punibilità”.

³⁸⁵ Chiaramente la riconducibilità all'elemento della punibilità è piegato in funzione della dimostrazione della natura processuale della prescrizione: Se al reato, malgrado la prescrizione, seguitano a collegarsi gli effetti giuridici che gli sono propri come illecito penale, venendo meno soltanto quelli legati al compimento del processo (tra i quali è soprattutto la punibilità, alla quale nel nostro ordinamento non si può giungere se non per la via del processo), ciò è indice sicuro della natura processuale della prescrizione del reato, PAGLIARO A., *Prescrizione*, cit., 4043.

³⁸⁶ “Orbene, che la prescrizione attenga al fatto tipico è affermazione in contrasto con qualsiasi modello razionale di teoria generale del reato; il problema della prescrizione è, per definizione, un problema di punibilità o non punibilità, in ragione del corso del tempo, di un fatto tipico, antiggiuridico, colpevolmente commesso; la costruzione in chiave di improcedibilità, nel sistema processuale vigente, accentua vieppiù la peculiarità del contesto entro cui si colloca la disciplina della prescrizione, e la distanza dal contesto dei

Si esprimono infatti in tal senso pressoché tutti gli arresti della giurisprudenza costituzionale che si sono occupati di risolvere una questione intersecante il fenomeno della successione di leggi in materia di prescrizione; così l'ordin. n. 65 del 2008, nella quale si prevede che “aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi”³⁸⁷, o, nello stesso modo, la sentenza n. 393 del 2006, laddove si afferma che “elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva”³⁸⁸, così come ancora la sentenza n. 394 del 2006: “...detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità”, come “ad esempio” proprio la “disciplina della prescrizione”³⁸⁹.

Affermata la riconducibilità dell'operare dell'istituto *de quo* alla dicotomia punibilità o non punibilità, il passo per affermarne la natura sostanziale e quindi l'applicabilità del regime di cui agli articoli 2 c.p. e 25, II comma, Cost. è brevissimo, in quanto la punibilità è ritenuta elemento essenziale del reato³⁹⁰: la “costante giurisprudenza di questa Corte che, in più occasioni, ha ribadito che il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, ‘di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti alla disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi’”³⁹¹.

È vero che oggi, con l'espansione della legislazione premiale il collegamento in concreto tra reato e pena sembra interrotto, a vantaggio di esigenze diverse, come quella di favorire

problemi attinenti alla tipicità ed agli elementi costitutivi dello specifico disvalore del reato”, così PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività* in mitius, cit., 200, in antitesi rispetto all'ordinanza del 23 dicembre 2005 dal Tribunale di Bari, che indicava la prescrizione quale elemento del fatto tipico: “la giurisprudenza di legittimità, secondo costanti tali da assurgere a diritto vivente, ha sempre ravvisato nella disciplina della prescrizione dei reati un elemento del fatto tipico, da valutare nell'ipotesi di successione di leggi penali”.

³⁸⁷ Corte cost., ordin. 14 marzo del 2008, n. 65, in *cortecostituzionale.it*.

³⁸⁸ Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393, cit., § 5.

³⁸⁹ Corte cost. 23 novembre del 2006, n. 394, cit., § 6.1.

³⁹⁰ Così PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 671 ss.: il reato non è altro che “l'insieme dei coefficienti necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena”, quindi, “mancando uno qualsiasi di questi coefficienti non v'è possibilità di questa conseguenza giuridica, non v'è punibilità: e quindi non v'è reato”. Nello stesso senso, altra autorevole dottrina, *ex multis*: BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. d.I.*, XIV, Torino, 1967, 591 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 555 ss.

³⁹¹ Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324, in *cortecostituzionale.it*.

una redenzione del soggetto o una sua collaborazione, tanto da poter affermare che oggi sono molte le cause di punibilità in concreto; diversamente, l'estinzione del reato per prescrizione agisce sul piano della punibilità in astratto³⁹² e, in quanto tale, incide su di un elemento essenziale del reato (o della pena), trovando così necessaria applicazione il regime intertemporale maggiormente garantistico.

Non è infatti l'unico istituto incidente sull'elemento della punibilità che viene riconosciuto come avente natura sostanziale dalla giurisprudenza: in occasione della riformulazione dell'articolo 131-*bis* c.p., ad opera del d.lgs. n. 150 del 2022, il quale ha esteso l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto a reati puniti con una pena nel minimo non superiore a due anni, mentre cade ogni riferimento al massimo edittale, con il risultato di estendere, di fatto, l'ambito di applicazione della presente causa di non punibilità a più fattispecie astratte. Trattandosi certamente di un caso di sopravvenienza di *lex mitior* rispetto a quella precedente, si è posto il problema dell'applicabilità della stessa ai fatti pregressi, risolto dalla Suprema Corte con delle recentissime pronunce, che, facendo ricorso al diritto vivente, riconoscono la natura sostanziale dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, con conseguente applicazione retroattiva ex articolo 2 comma 4 c.p.³⁹³.

La conclusione è che, salvo minoritarie "defezioni", aldilà dell'approccio utilizzato per determinare la natura dell'istituto e della qualificazione della prescrizione come fatto tipico del reato o come elemento incidente sulla punibilità in astratto, l'orientamento maggiormente coerente con il dato assiologico e positivo è quello della natura sostanziale³⁹⁴. Non si pensi tuttavia, riproducendo qui il ragionamento che si è posto come *incipit* del presente lavoro, che le ripercussioni di una tale qualificazione siano esclusivamente speculative e astratte, ma, anzi, hanno dei contraccolpi pratici di non poco conto e un esempio ne è proprio la vicenda giurisprudenziale sorta in sede europea, che ci accingiamo a ripercorrere.

³⁹² In tal senso milita autorevole dottrina, anche risalente, come RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 959: "Estinzione del reato equivale, quindi, al riguardo delle cause indagate, ad estinzione della punibilità in astratto", pur mettendo in discussione la riconducibilità della prescrizione all'estinzione di una "pretesa" di punire: "né estinzione della punibilità equivale ad estinzione della pretesa punitiva o del diritto soggettivo di punire: se si conviene che il reato è considerato esistente, non si può più parlare di 'pretesa'".

³⁹³ Si veda in proposito la sentenza Cass. Pen., sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9466, in *G. dir.*, 2023, XIV.

³⁹⁴ MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nss. d.I.*, Torino, XIII, 1966, 680 ss.

3.2. *Le cause interruttive e sospensive della prescrizione: la crisi dell'inquadramento classico della prescrizione e le nuove prospettive qualificatorie.*

Ci si propone ora di ripercorrere due recenti vicende che hanno coinvolto la materia della prescrizione, segnando delle importanti crepe nella qualificazione sostanziale dell'istituto *de quo*, le quali riguardano non tanto l'ambito della durata del computo prescizionale, ma le cause interruttive e sospensive, la cui riconducibilità al diritto penale sostanziale è stata recentemente messa in discussione, come si vedrà in modo completo più avanti, con delle argomentazioni che sono valse come pretesti per proporre una lettura diversa da quella tradizionalmente offerta in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità³⁹⁵. Per questo, si muoverà inizialmente dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali da cui questo nuovo "movimento" è nato.

3.2.1. *Il "caso Taricco" e le ripercussioni sul dibattito interno.*

Il riferimento alle vicende scatenanti le nuove riflessioni è *in primis* al celebre "caso Taricco", che è stato motivo per riflettere, oltre che sui temi di diritto costituzionale e dell'Unione europea, anche dei principi fondamentali dell'ordinamento in materia penale. Giova innanzitutto ripercorrere i preamboli della vicenda, per poi analizzare le argomentazioni sviluppate dalle maggiori corti.

La *querelle* ha inizio quando il G.U.P. presso il Tribunale di Cuneo sospende il giudizio e promuove un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia affinché questa, interpretando il diritto dei trattati, accerti la conformità della disciplina della prescrizione del reato, riportata nell'ordinanza, ai trattati istitutivi dell'UE (e, segnatamente, gli articoli 101, 107 e 119 TFUE).

In particolare, le disposizioni che il giudice si trovò a dover applicare riguardavano la materia della prescrizione di cui agli articoli 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p. ("interruzione del

³⁹⁵ Tra l'autorevolissima dottrina che di recente ha prospettato questa rivalutazione si cita in particolare VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, 24 ss.; GATTA G. L., "Tolleranza tra principi" e "principi intolleranti". *L'emergenza sanitaria da covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020.

corso della prescrizione” e “effetti della sospensione e della interruzione”), applicabile ai reati di frode grave sull’IVA³⁹⁶.

Secondo il giudice rimettente, infatti, “i procedimenti penali relativi a una frode fiscale come quella contestata agli imputati comporterebbero, di norma, indagini assai complesse, con la conseguenza che il procedimento si protrarrebbe a lungo già nella fase delle indagini preliminari. La durata del procedimento, cumulati tutti i gradi di giudizio, sarebbe tale che, in questo tipo di casi, l’impunità di fatto costituirebbe in Italia non un’evenienza rara, ma la norma. Peraltro, sarebbe spesso impossibile per l’amministrazione tributaria italiana recuperare l’importo di imposte che abbiano fatto oggetto del reato considerato”³⁹⁷.

Con sentenza dell’8 settembre 2015 (Causa C-105/14), la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha risposto al giudice *a quo*, sollevando, con le proprie affermazioni, una moltitudine di critiche e preoccupazioni nella dottrina italiana. In particolare, la Corte del Lussemburgo ravvisava due ipotesi di incompatibilità: la prima, con riferimento all’articolo 325, par. 1 TFUE, allorché il giudice nazionale ritenesse che dall’applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivasse, “in un numero considerevole di casi, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave” in materia di IVA o di interessi finanziari dell’Unione europea, di talché la normativa interna impedisse l’inflizione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte; la seconda, con riferimento al par. 2 dell’articolo 325 TFUE, nel caso in cui il giudice interno verificasse che la disciplina nazionale contempli, per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell’UE³⁹⁸.

Il vero profilo problematico emerge in merito alla soluzione prospettata dalla CGUE: “qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell’Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all’IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione disapplicando, all’occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente

³⁹⁶ GUP Tribunale di Cuneo, ordin. 17 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2014, con nota di ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della corte di giustizia?*

³⁹⁷ CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, Causa C-105/14, § 24, in *eur-lex.europa.eu*.

³⁹⁸ *Ibidem*, §§ 47- 48.

sentenza, senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”³⁹⁹.

Come è apparso evidente a tutto il panorama degli interpreti, nonché alla stessa Corte, la disapplicazione da parte del giudice nazionale di siffatte norme in materia di prescrizione, a causa della ridotta durata aggiuntiva del termine, a seguito di interruzione, con conseguente applicazione anche ai processi pendenti di un termine più lungo, si sarebbe tradotto, date per assodate le riflessioni circa la natura sostanziale dell’istituto e la conseguente sottoposizione al regime garantistico del diritto penale materiale, in una applicazione retroattiva di una norma più sfavorevole, in violazione dell’articolo 25, II comma, Cost.

Vi è inoltre un’ulteriore problematica di rilevanza costituzionale di non poco conto: la suddetta sentenza ha creato una evidente tensione con il principio di determinatezza della legge penale, poiché viene di fatto lasciata ampia discrezionalità al giudice nazionale circa l’individuazione dei casi in cui a questo è imposta la disapplicazione; dunque, la fonte non è una precisa disposizione del diritto sovranazionale⁴⁰⁰.

Molte erano le preoccupazioni sorte in dottrina, tanto che molti autori si sono prefigurati l’utilizzo dei controlimiti⁴⁰¹ al fine di tutelare i principi fondamentali dell’ordinamento, segnatamente il principio di legalità nei suoi corollari della tipicità-determinatezza e dell’irretroattività della legge sfavorevole.

Per ciò che ci interessa, ossia il principio *ex* articolo 25, II comma, Cost., è necessario rilevare che la stessa Corte di giustizia si è prefigurata un ipotetico scontro con il principio di prevedibilità della norma penale: nonostante il giudice nazionale, nel momento in cui deve disapplicare la norma contrastante con il diritto UE, debba “assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”, poiché i soggetti “potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale”, tanto che “a tale riguardo,

³⁹⁹ *Ibidem*, § 49.

⁴⁰⁰ BERNARDI A., *L’ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2017, 64.

⁴⁰¹ *Ex multis*, AMBROSETTI E. M., *La sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Dir. pen. giust.*, I, 2016, 49 ss.: “Tale decisione ... si pone in palese contrasto con il principio di legalità, legittimando la Corte costituzionale ad attivare quei “controlimiti” rappresentati dai principi fondamentali dell’ordinamento italiano”; similmente CIVELLO G., *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, III, 2015 e MANES V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.

diversi interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno fatto riferimento all'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea...che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale”⁴⁰².

È quindi ben chiaro alla Corte quale sia l'ipotesi più evidente di attrito con la disciplina costituzionale interna, ma, nondimeno, risolve la questione nel senso di non rilevare alcuna violazione in concreto, in quanto la disapplicazione avrebbe come unico effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana”, dunque “una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta”⁴⁰³.

Le novità di cui questa sentenza si fa portatrice sono senza dubbio “la consacrazione dell'art. 325 TFUE come “base legale” per la tutela penale di interessi finanziari UE”⁴⁰⁴, da una parte, e la riconducibilità alle fonti europee del diritto alla conoscenza o alla prevedibilità delle norme penali.

Ma se il principio di irretroattività è riconosciuto come uno delle declinazioni fondamentali del generale principio di legalità tutelato dalla fonte europea, prima ancora che dalla legislazione costituzionale italiana, come è possibile che si neghi un contrasto con la stessa? Alla base dell'equivoco vi è evidentemente una diversa qualificazione della prescrizione rispetto alla pressoché unanime giurisprudenza e alla prevalente dottrina nazionali: non un istituto con natura sostanziale, al quale applicarsi tutte le garanzie dell'ordinamento previste per il diritto penale materiale, comprese quelle relative al diritto intertemporale, ma, piuttosto, i giudici del Lussemburgo sembrano essere guidati da una concezione processualistica della prescrizione, non ravvisandone una idoneità ad incidere

⁴⁰² CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, Causa C-105/14, cit., § 54.

⁴⁰³ Prosegue la Corte: “infatti, non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste”, § 55-56.

⁴⁰⁴ MANES V., *La svolta Taricco*, cit., 7.

sulla sfera sostanziale dell'individuo alla stregua di altri istituti propriamente riconducibili alla pena⁴⁰⁵.

Per di più, per sostenere questa teoria, la Corte cita la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, facendo leva sull'orientamento consolidato che sostiene l'irrelevanza del principio di cui all'articolo 7 CEDU nei casi di *ius superveniens* che comportasse l'allungamento dei termini prescrizionali anche ai processi pendenti, limitando la stessa norma fondamentale alle sole modifiche degli elementi costitutivi del reato e della relativa sanzione⁴⁰⁶.

Non solo la giurisprudenza di Strasburgo, ma milita a favore della Corte di giustizia anche il contesto generale delle legislazioni degli stati europei, all'interno del quale, come si è già avuto modo di affermare, la qualificazione italiana è piuttosto isolata e, salvo pochissime eccezioni, come il caso iberico, sembra quasi costituire un *unicum*⁴⁰⁷.

Le preoccupazioni in merito ai risvolti di una tale pronuncia non hanno lasciato indifferenti nemmeno le toghe nazionali: la Corte d'Appello di Milano ha infatti sollevato una questione di legittimità costituzionale, mostrando delle perplessità sulla legittimità costituzionale "dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957 come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco"⁴⁰⁸, ovverosia se fosse costituzionalmente

⁴⁰⁵ Questa è la posizione dell'avvocato generale Yves Bot, espressa, a seguito dell'udienza tenutasi il 29 maggio 2017, nelle conclusioni scritte del 18 luglio 2017; per un'attenta analisi di queste ultime, si rinvia a STEA G., *L'ultima prescrizione*, cit., 405 ss.

⁴⁰⁶ Diverse sono gli arresti della Corte EDU nel senso della citata limitatezza del raggio d'azione dell'articolo 7 CEDU e della qualificazione della prescrizione come istituto inerente al processo, tra tutte Corte EDU, II sez., Coëme *et al.* c. Belgio, 22 giugno 2000, ricc. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, in *hudoc.echr.coe.int*, § 149-150.

⁴⁰⁷ BERNARDI A., *L'ordinanza Taricco*, cit., 55. L'autore in realtà contesta il parallelismo, praticato dalla Corte così come da molti autori che cercano altri ordinamenti che confermerebbero la bontà del nostro modello, con l'istituto della prescrizione proprio dell'ordinamento spagnolo, in quanto il tempo del processo, che nel nostro sistema è strettamente correlato con la prescrizione, non lo sarebbe nel modello iberico, non decorrendo alcun termine nell'ipotesi di compimento di una qualsiasi attività procedimentale. In poche parole, una qualificazione sostanziale per un istituto in buona parte differente rispetto al nostro.

⁴⁰⁸ C. App. Milano, sez. II, ord. 18 settembre 2015, n. 339, in *camerepenali.it*; Va tuttavia sottolineato che in giurisprudenza si sono per la verità contrapposte due differenti approcci: le sezioni III e V della Corte di Cassazione, diversamente dalla citata ordinanza della Corte d'Appello meneghina, ha ritenuto di dare attuazione alla principio espresso nella sentenza della Corte di giustizia disapplicando, in procedimenti penali concernenti il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto, gli articoli 160 e 161 c.p.: Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210, in *Cass. pen.*, IV, 2016, 1445 ss., con nota di GAMBARDELLA M., *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, 1462 ss.; Cass. pen., 26 febbraio 2016, n. 7914, Tormenti, in *Giur. pen.*, 1° aprile 2016.

legittima l'adesione ai trattati nella parte in cui si imporrebbe la supremazia del diritto sovranazionale a discapito dei principi costituzionali fondamentali.

Nonostante vi fosse chi si prefigurasse una pronuncia di illegittimità costituzionale⁴⁰⁹, la Corte costituzionale ha scelto probabilmente la via più adeguata e dialogante tra quelle possibili, sollevando a sua volta un rinvio pregiudiziale per sottoporre il quesito alla CGUE circa l'esistenza di un limite all'efficacia diretta dell'articolo 325 TFUE, dunque, in sostanza, se la cd. "riserva nazionale", che permetteva al giudice nazionale di verificare la compatibilità dell'effetto disapplicativo della norma domestica ai "diritti fondamentali degli interessati", fosse da intendere come ipotetica azionabilità dei "controlimiti".

Ai fini del nostro studio, nell'ordinanza n. 74 del 2017 la Corte costituzionale ha riaffermato con fermezza la centralità del principio irretroattività in materia penale, alla quale fa parte anche la prescrizione: "nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'articolo 25, II comma, Cost." e per tale motivo, ritiene la Corte stessa, è "necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto", in quanto tale istituto incide sulla "punibilità della persona"⁴¹⁰.

La questione, risoltasi con la cd. sentenza "Taricco-bis" della Corte di giustizia, con la quale si trova un difficile compromesso nella non applicazione retroattiva degli effetti della disapplicazione, in ottemperanza alla "sentenza Taricco", delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione per reati di frode dell'IVA in danno all'UE⁴¹¹, ha posto le basi, per ciò che ci interessa, di un saldo ancoraggio della natura della prescrizione alla materia penale sostanziale, tanto da rivendicarlo con fermezza, maggiore rispetto a quella manifestata in casi in parte simili⁴¹², anche innanzi alla CGUE, non cedendo sul punto,

⁴⁰⁹ Tra tutti, si veda VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., 3.

⁴¹⁰ Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, § 4, in *cortecosistuzionale.it*.

⁴¹¹ "Dall'altro, i requisiti menzionati al punto 58 della presente sentenza ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del Codice penale in questione. Infatti, la Corte ha già sottolineato, al punto 53 di tale sentenza, che a detti soggetti potrebbero, a causa della disapplicazione di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato", CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, Causa C-42/17, § 60, in *eur-lex.europa.eu*.

⁴¹² Il riferimento è evidentemente al celebre caso Melloni (CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Causa C-399/11, in *eur-lex.europa.eu*), dove, il *Tribunal constitucional spagnolo*, nonostante la minaccia di azionare i controlimiti, evita di azionarli nel caso di specie, ritenendo non intaccato il nucleo minimo invalicabile dei diritti costituzionali (segnatamente, del diritto all'equo processo), optando, piuttosto, per la via dell'*overruling* della propria precedente giurisprudenza.

nemmeno a fronte delle complesse implicazioni che ne sarebbero derivate in tema di supremazia del diritto dell'unione europea e del dialogo tra le corti.

Per di più, ha al contempo permesso di svolgere un confronto rispetto ai sistemi adottati nei diversi stati membri, quasi unanimemente aderenti alla natura processuale della prescrizione delineata dalla Corte del Lussemburgo, facendo così notare all'interprete italiano l'esistenza di una potenziale diversa qualificazione. Così, sembra necessario doversi confrontare con altri ordinamenti, in particolare quelli più affini al nostro, come il codice di procedura penale della Repubblica Francia, come si è detto, ma anche quelli tedesco e belga⁴¹³.

Il nostro modello non è, quindi, l'unico possibile in un sistema imperniato dal principio di legalità e, perciò, questa riflessione può costituire motivo per riflettere circa l'opportunità di un'adesione a diverse visioni in tema, rilevata la non scontentezza del problema così come delle implicazioni pratiche fondamentali gravanti sugli individui, offrendo al contempo degli spunti, che saranno sviluppati compiutamente al termine del prossimo paragrafo, per rivedere criticamente la qualificazione stessa ed eventualmente trarre ulteriori argomenti per fondare la tesi che, negli ultimi anni, sta perdendo la sua originaria solidità.

3.2.2. *La sospensione del termine a seguito dell'emergenza sanitaria.*

La seconda vicenda che ci si accinge a ripercorrere concerne la causa di sospensione dei termini prescrizionali, disposta, parallelamente alla sospensione delle udienze, dall'articolo 83, IV comma, d.l. n. 18 del 2020 (cd. "Decreto Cura Italia"), convertito in l. n. 27/2020, che nel complesso, è pari a 64 giorni. Anche in questo caso, ci si trova di fronte ad un sopravvenuto quadro normativo più sfavorevole rispetto a quello precedente, seppur, a differenza di quanto visto nel caso Taricco, conseguente ad un intervento legislativo, peraltro collocabile in un contesto emergenziale.

La *quaestio iuris* origina dalla pretesa applicazione immediata della sospensione stessa; si è detto, infatti, della pacifica natura sostanziale, almeno nella dominante dottrina e uniforme giurisprudenza, da cui ne deriverebbe che una modifica normativa che comportasse un aggravamento della disciplina dello stesso istituto non potrebbe applicarsi

⁴¹³ BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche sulla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016, 100 ss. Per un compiuto quadro comparatistico in materia si veda SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., 291 ss.

ai processi pendenti. Proprio da questa ultima, apparentemente chiara, considerazione, muove l'ordinanza del 21 maggio 2020 del Tribunale di Siena, a cui hanno fatto seguite altre, ha rimesso alla Consulta la questione circa la legittimità costituzionale, segnatamente rispetto all'articolo 25, II comma, Cost., di una tale disposizione, argomentando a partire dall'ampia giurisprudenza in tema di qualificazione sostanziale della prescrizione e della inderogabilità del principio di legalità, che il giudice rimettente qualifica come principio supremo dell'ordinamento, non suscettibile di limitazioni a favore dell'espansione di altri diritti fondamentali. Peraltro, proprio in riferimento a quest'ultima argomentazione, va segnalato che non vi è stata un'uniformità di approccio a fronte dell'emergere della disciplina emergenziale: la Suprema Corte, proprio in riferimento alla nuova sospensione del termine prescrizione, si è spaccata e, tra la sezioni III e V, è nato un contrasto, risolvibile, alla luce della successiva pronuncia della Corte costituzionale, a favore della seconda citata; la sezione III, con sentenza del 2 luglio 2020, n. 2136 ha infatti risolto l'apparente contrasto dello *ius superveniens* con il principio di irretroattività *in peius* argomentando sulla necessità di bilanciare, in una vicenda emergenziale, i beni costituzionalmente tutelati, consentendo l'espansione di taluni a scapito di altri, seppur in misura limitata nel tempo; pronta è stata la critica della dottrina⁴¹⁴ che ne ha, giustamente, ravvisato, in primo luogo, un'invasione di campo rispetto ai compiti propri della Corte costituzionale e, in secondo luogo, un (grave) arresto idoneo a diventare un precedente pericoloso circa la cedevolezza di un principio che da sempre è stato ritenuto inviolabile⁴¹⁵.

Tornando alla questione di legittimità costituzionale, la pronuncia che ha chiuso la questione, poteva potenzialmente aderire all'indirizzo espresso dalla sez. III della Cassazione, cioè, della derogabilità in via emergenziale del regime intertemporale, ovvero poteva affermare la natura processuale della sospensione, come spesso è stato sostenuto anche per l'interruzione⁴¹⁶, tesi però già smentita dall'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, di cui si è parlato.

⁴¹⁴ GATTA G. L., "Tolleranza tra principi", cit., 6.

⁴¹⁵ Sull'inderogabilità del principio del *nullum crimen* milita il diritto sovranazionale e in particolare l'articolo 7 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU. V. Cap. I, Par. 2.2.

⁴¹⁶ Si veda, tra tutti, FARAGUNA P., PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *dir. pen. cont.*, I, 2016, 204 ss.

Diversamente, la Consulta percorre la strada avviata dalla sezione V della Suprema Corte⁴¹⁷, rigettando le istanze dei giudici *a quibus* con delle argomentazioni che, per quello che ci riguarda, sono fondamentali.

Innanzitutto, il giudice delle leggi intende ripercorrere la *ratio* dell'istituto, segnando il conflitto tra le opposte esigenze di repressione dei reati e tutela delle vittime da una parte, di non subire un processo di durata illimitata, costituendo, quindi, una garanzia per l'imputato al riconoscimento del "diritto all'oblio", oltre che un principio di economicità, dall'altra. Premesso questo, viene ribadita la natura sostanziale dell'istituto e il conseguente assoggettamento al divieto di retroattiva *in malam partem*, principio riconosciuto - in palese contrapposizione con la sentenza di poco precedente - inderogabile, oltre che applicabile *in toto* alla disciplina della prescrizione: incidendo questa sulla punibilità del soggetto, la durata può essere sì modificata discrezionalmente dal legislatore, ma non può certamente applicarsi il principio dell'immediata applicazione nel caso in cui fosse sfavorevole all'indagato o all'imputato, anche nel caso coinvolgesse il suo imprevedibile sviluppo processuale, ossia le cause di interruzione e sospensione. Anche queste ultime sarebbero perciò assoggettate alla disciplina garantistica del diritto penale sostanziale: "il rispetto del principio di legalità coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre, come già rilevato, a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione"⁴¹⁸, quindi, in definitiva, concorrono a determinare i confini della punibilità.

Tuttavia, nonostante le argomentazioni sommariamente esposte, la Corte giungerà, come anticipato, a ritenere infondate le questioni sollevate dai giudici di merito, muovendo dal disposto dell'articolo 159, I comma, c.p., come sostituito a seguito della modifica intervenuta nel 2005, ma riproducendo lo stesso schema originario, introduce due categorie di cause sospensive: una che fa riferimento a tutti i casi particolari elencati dalla stessa disposizione, mentre l'altra, generale, applicabile "in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge".

Questa previsione normativa - fondata sulla chiara necessità pratica che il decorso dei termini prescrizionali, a fronte di una stasi dei procedimenti o processi penali, segua la

⁴¹⁷ Cass. pen., sez. V, 14 luglio del 2020, n. 25222, in C.E.D. Cass. 2020.

⁴¹⁸ Corte cost., 23 dicembre del 2020, n. 278, § 12, in *cortecostituzionale.it*.

sorte di questi ultimi, evitando così una probabile impunità e alterazione di quel bilanciamento di interessi di cui ampiamente si è detto, su cui l'istituto in questione si fonda - assicura, secondo la Corte, una conoscibilità *ex ante* della eventualità di una condizione, necessariamente idonea a superare lo *standard* di ragionevolezza, tale per cui il legislatore provveda alla sospensione dei procedimenti penali e, parallelamente, dei termini prescrizionali.

Così impostata la questione, il risultato è evidente: non violerebbe il principio di legalità, nella sua declinazione dell'irretroattività della legge penale sfavorevole, quella nuova causa di sospensione del decorso del termine prescrizionale riconducibile alla clausola generale di cui al I comma dell'articolo 159 c.p.; riconducibilità che nel caso di specie viene identificata dalla Corte⁴¹⁹.

Questa conclusione sarebbe coerente anche con il corretto peso delle forze delle parti processuali, le quali sono in tal modo equamente compromesse dalla causa che ha giustificato la sospensione della prescrizione, ossia la sospensione del procedimento penale a causa di una situazione emergenziale. In altre parole, la portata negativa dell'arresto del processo penale avrebbe una sorta di forza perequativa tra le parti stesse. Peraltro, la pronuncia si colloca in un momento di massima espansione del fondamentale principio di legalità, in quanto era di pochi anni precedente la vicenda Taricco e addirittura dello stesso anno la centrale pronuncia in materia di misure alternative alla detenzione. La corte non fa quindi altro che ripercorrere il sentiero precedentemente tracciato, ma, nell'arresto in esame, nonostante la correttezza formale della *ratio decidendi*, si scorge come la generale e indifferenziata riconducibilità della prescrizione agli istituti del diritto penale materiale sia portatrice di potenziale storture: da una parte vi è la ormai pacifica applicabilità del regime ex articolo 25, II comma, Cost., dall'altra l'esigenza pratica di sospendere il termine ai processi pendenti (a loro volta sospesi).

Il caso di specie viene così risolto con un mirabile bilanciamento tra le diverse esigenze dell'istituto, in forza del quale è riconosciuta come prevalente la necessità all'immediata applicazione dello *ius superveniens*, possibile grazie all'idoneità di quest'ultimo ad

⁴¹⁹ così uno dei passaggi fondamentali della sentenza: “Sotto questo profilo, il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi *a quibus*. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel Codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005”, Corte cost. 23 dicembre del 2020, n. 278, cit., § 16.

integrare una norma generale già vigente al momento della commissione del fatto; quest'ultima, tuttavia, avente "contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge", perciò conforme al principio di legalità.

La soluzione non solo è stata suggerita da alcune sentenze, di poco precedenti, della Suprema Corte, di cui già si è detto, ma allo stesso tempo è stata auspicata da autorevole dottrina, la quale certamente nega l'ipotetica problematicità della portata ampia dell'articolo 159 c.p., pur riconoscendone talvolta natura processuale⁴²⁰, spesso a partire proprio dalla natura delle fattispecie in presenza delle quali le cause sospensive agiscono⁴²¹.

In realtà, non può lasciare indifferenti come l'esistenza di una previa norma legittimante successive modifiche *in peius* della durata di fatto della prescrizione possa creare attrito con il divieto di applicazione retroattiva, una volta riconosciuta alle cause sospensive (e interruttive) natura sostanziale. Invero, è evidente che, se questa fattispecie fosse adottata per le modifiche peggiorative rispetto a qualsiasi altro istituto regolante la pena o la punibilità, si finirebbe per negare, nella sostanza, una previa conoscibilità, imposta dai principi fondamentali (e inderogabili) del nostro ordinamento, della gravità del fatto e del relativo regime sanzionatorio.

Orbene, la Corte costituzionale sembra voler tenere lontano eventuali obiezioni in materia, non limitandosi a far leva sul carattere di precisione e determinatezza della disposizione aperta all'integrazione, ma la Consulta sottolinea altresì l'effetto parimenti sfavorevole della sospensione del processo, a monte rispetto a quella dei termini prescrizionali, nei confronti delle altre parti processuali: "se il processo ha una stasi, le

⁴²⁰ Questa è la posizione di GATTA G. L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, nota a sentenza Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020, 7: l'autore sostiene che "la fattispecie sospensiva di cui all'art. 159, co. 1 c.p. non è una 'fattispecie aperta', bisognosa di essere riempita di significato dalle norme richiamate". La "disposizione di legge" che, di volta in volta, dispone la sospensione del procedimento o del processo non aggiunge nulla alla descrizione della fattispecie sospensiva della prescrizione di cui all'art. 159 c.p., che è completa nello stabilire una corrispondenza automatica tra sospensione del processo e sospensione della prescrizione". In riferimento alla natura giuridica della stessa disposizione, lo stesso autore ritiene che questa "non si incorpora nella legge penale, assumendone la natura e attirandone le garanzie costituzionali, a partire da quella di cui all'art. 25, co. 2 Cost.: resta processuale e soggetta alle sole garanzie costituzionali previste per le leggi processuali, tra le quali non si annovera l'irretroattività".

⁴²¹ Si fa qui riferimento alla sospensione del processo e alle altre cause tipiche elencate al I comma dell'articolo 159 c.p.: "Da uno sguardo d'insieme emerge subito come le cause di sospensione della prescrizione siano legate a vicende strettamente processuali"; SCALFATI A., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 120.

conseguenze investono tutte le parti: la pubblica accusa, la persona offesa costituita parte civile e l'imputato. Come l'azione penale e la pretesa risarcitoria hanno un temporaneo arresto, così anche, per preservare l'equilibrio della tutela dei valori in gioco, è sospeso il termine di prescrizione del reato per l'indagato o l'imputato".

È questo certamente un argomento suggestivo e non si può negare che la previsione di cui all'articolo 159 c.p. sia frutto di un bilanciamento tra le diverse posizioni degli attori processuali, nel tentativo di non alterarne i rapporti di forza. Tuttavia, vi è da chiedersi se effettivamente l'imputato subisca una lesione di pari misura rispetto alle altre parti. Di ciò si potrebbe dubitare, ma certamente non sembrano prospettabili diverse correzioni al bilanciamento tra le opposte esigenze sottese all'istituto della prescrizione.

Nondimeno, vi è da sottolineare che la Corte enuclea un ulteriore elemento destinato a correggere il tiro da eventuali abusi del legislatore, ritenendo che le disposizioni integratrici dell'articolo 159 c.p. debbano sottostare al principio di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'articolo 3 Cost., oltre che - e qui una considerazione in parte innovativa della Corte - al principio della ragionevole durata del processo ex articolo 111 della Carta fondamentale⁴²².

Questa vicenda processuale è utile a comprendere la problematicità dell'inquadramento dogmatico della prescrizione, in quanto portatrice di opposte esigenze e rispondente a differenti *rationes* e mostra così una resistenza alla generale riconducibilità dei suoi elementi normativi alla natura sostanziale, così come, peraltro, si era rilevato in sede di analisi del caso Taricco.

Non si ritengono contestabili gli arresti della giurisprudenza costituzionali, che, al contrario, sono frutto di un mirabile tentativo di equilibrio, ma si scorge una prospettiva di diverso inquadramento, di cui la dottrina si fa portatrice al fine di risolvere in modo innovativo le problematiche innanzi sollevate.

⁴²² Corte cost. 23 dicembre del 2020, n. 278, § 13, cit.

3.2.3. *Una soluzione alternativa alle questioni poste: la dottrina sulla natura processuale o mista della prescrizione.*

Si è avuto modo di ripercorrere le due vicende nodali circa lo svolgersi nel tempo della disciplina della prescrizione, ossia la sospensione e l'interruzione del termine, e si sono rilevate le complesse questioni, dogmatiche e pratiche, conseguenti, le quali, come ora vedremo, hanno imposto di “ragionare secondo categorie concettuali marcatamente nuove”⁴²³.

In occasione della vicenda Taricco, il contrasto, apparentemente insanabile, con la Corte di giustizia dell'Unione europea, è stata l'occasione per parte della dottrina, in particolar modo nel periodo precedente alla pronuncia dell'ordinanza n. 24 del 2017, con la quale la Consulta ha imboccato una strada compromissoria in parte inaspettata, per il prospettarsi di una diversa qualificazione, non limitata all'interruzione, ma estesa all'istituto *in toto*, in conformità con la nozione sovranazionale della stessa, oltre che in aderenza ai modelli pressoché uniformi nei diversi stati membri l'Unione⁴²⁴.

Similmente, a partire dalla sopravvenuta legislazione in tema di sospensione dei termini processuali e prescrizionali a causa dell'emergenza sanitaria, nasce, come in parte si preannunciava, una nuova proposta per la risoluzione della *vexata quaestio* del regime intertemporale delle norme sopravvenute in tema di sospensione, poi estesa a una ridefinizione del regime applicabile in generale ad una riforma della durata del termine, nei casi in cui lo stesso non fosse già decorso⁴²⁵.

Se, infatti, non si muove nessun dubbio in merito all'esistenza di un limite alla sopravvenuta incisione dell'estinzione del reato già verificatasi, similmente a quanto già è noto in tema di diritti quesiti o rapporti esauriti, che tutelano l'affidamento del cittadino circa la sua non residua perseguibilità⁴²⁶, dubbi si hanno in riferimento all'applicabilità del divieto di applicazione retroattiva anche alle norme che introducano cause sospensive della prescrizione o, addirittura, prolunghino il termine della stessa.

⁴²³ MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale* (nota a CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco), in *Cass. pen.*, I, 2016, 365.

⁴²⁴ Il riferimento è qui alla tesi sostenuta principalmente dal VIGANÒ che, nel chiudere all'ipotesi di applicazione dei “controlimiti” e sulla scia di una suggerita adesione agli orientamenti sorti in sede sovranazionale, apre la strada ad una rivisitazione della materia. VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., 1 ss.

⁴²⁵ In tal caso, la base dottrinale è, invece, riferibile al GATTA, che, sulla scorta di quanto la dottrina aveva già avuto modo di osservare negli anni precedenti, solleva anch'esso delle perplessità circa il dominante orientamento. GATTA G. L., *“Tolleranza tra principi”*, cit., 1 ss.

⁴²⁶ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 122.

In sintesi, di fronte all'attesa delle prese di posizione della Corte costituzionale nelle due vicende richiamate e in vista di una critica alle scelte successivamente adottate dai giudici, alcuni autori non si sono limitati a ravvisare l'opportunità di un nuovo inquadramento delle singole vicende di specie, di fatto esplicanti effetti processuali⁴²⁷, ma hanno esteso la critica alla generale qualificazione della natura giuridica dell'istituto, in opposizione alla sedimentata base teorica sviluppatasi già da decenni, ritenuta non idonea ad eliminare i summenzionati problemi applicativi, muovendo peraltro dalla "costante crisi del sistema giudiziario penale", che comporta una eccessiva durata dei processi penali⁴²⁸, con l'esito di una impunità di fatto rispetto ai reati la cui ricostruzione in sede di indagine sia particolarmente complessa e richieda un tempo considerevole o la cui *notitia criminis* giunga alle autorità a distanza di molto rispetto al tempo della commissione del fatto, avvallando un "oblio sciente"⁴²⁹.

Si ripercorreranno ora le argomentazioni fondanti queste innovative teorie, suddividendole in tre diversi sottoinsiemi, sulla base delle argomentazioni proposte, astraendole dal contesto particolare in cui sono state eventualmente formulate.

a) In primo luogo, si deve riferire dell'indirizzo che nega la natura sostanziale *in toto* dell'istituto della prescrizione, sulla base di alcuni argomenti che, partendo dalla *ratio* del principio di cui all'articolo 25, II comma, Cost., ne mettono in discussione l'ambito applicativo in riferimento all'istituto in esame, subendo quest'ultimo in forte ridimensionamento teorico.

Viene innanzitutto negata l'esistenza di un motivato argomento fondante la natura sostanziale e considerata apodittica la riconducibilità, operata dal diritto vivente, del *nullum crimen nulla poena sine lege* alla prescrizione⁴³⁰, sulla base dell'esempio degli ordinamenti europei e degli insegnamenti della relativa dottrina⁴³¹, oltre che della

⁴²⁷ La stessa Corte costituzionale, nello stabilire che "il rispetto del principio di legalità coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione", in quanto idonee a "determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione", definisce queste ultime come "vicende processuali che incidono sulla complessiva durata del tempo di prescrizione dei reati", Corte cost., 23 dicembre del 2020, n. 278, cit., § 12.

⁴²⁸ AMBROSETTI E. M., *La sentenza della Corte di giustizia*, cit., 3.

⁴²⁹ GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., 96.

⁴³⁰ VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., *passim*. L'Autore riprende i ragionamenti di autorevole dottrina, tra tutti GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., 63 ss.

⁴³¹ Si veda tra tutti, nel contesto dell'autorevolissima dottrina tedesca, ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, Monaco di Baviera, 2006, 168: "il cittadino ha sì una legittima pretesa a sapere se e quanto sarà punito; ma lo scopo del principio di legalità non è certo quello di fargli sapere in anticipo per quanto tempo dovrà sforzarsi di tener nascosto il suo crimine, prima di poter sottrarsi al rischio di una persecuzione penale.

giurisprudenza della Corte EDU⁴³², per poi discutere il fondamento giuridico della prescrizione e la relativa funzione: questa non tutelerebbe un legittimo affidamento dell'indagato/imputato, poiché questo affidamento si fonderebbe sul calcolo del tempo necessario per occultare il fatto, al fine di godere del diritto all'oblio e sfuggire alla pena⁴³³.

La configurazione della prescrizione che qui ne emerge, assai riduttiva e semplificata, non trova indubbiamente alcuna base giuridica per una relativa tutela.

A ciò, si aggiunga il dato empirico che tale aspettativa è “tutta proiettata sul tempo del processo”, ovverosia nel tempo in cui l'indagato o l'imputato sarà chiamato ad agire all'interno del processo, prendendo delle scelte che, nei fatti, giocano un ruolo dirimente, sulla base della prospettiva del decorso termine di prescrizione. L'elemento su cui fa leva questa dottrina è proprio il riferimento al solo dato fattuale: un mero interesse di fatto, che per di più si svolge nel processo, e non, invece, un interesse giuridicamente tutelato che nasce al momento della commissione del fatto, quando, cioè, ancora non è possibile calcolare in quanto tempo maturerà la prescrizione. Nel momento in cui il soggetto commette il fatto, ancora non sa se si verificheranno degli eventi interruttivi del decorso del termine, ovvero una causa sospensiva della stessa⁴³⁴.

b) In secondo luogo, vi è un ulteriore ordine di argomenti, che contesta l'applicabilità del divieto di retroattività alle norme che modificano il termine di prescrizione, non solo

La tutela di un simile calcolo non può essere dedotta dalle radici del principio di legalità in materia penale”. Militano in questo senso.

⁴³² Il riferimento è in particolare alla citata sentenza Corte EDU, 22 giugno 2000, Coëme *et al.* c. Belgio, §§ 149-150, cit., ove i giudici di Strasburgo negano che ad un allungamento dei termini di prescrizione con effetto retroattivo sui processi consegua una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, giustificando tale decisione sulla base del fatto che le condotte da cui il procedimento è nato costituivano già illeciti penali al momento in cui furono commesse, così come le pene loro applicate non vengono aggravate dalla norma sopravvenuta.

⁴³³ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 123.

⁴³⁴ FARAGUNA P., PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità*, cit., 213; VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., 24.

Una conferma della tesi finora esposta andrebbe per taluni rintracciata nell'ordin. Corte cost., ord. 17 dicembre 1999, n. 452, in *giurcost.org*, laddove viene affermato, che “non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di ‘aspettativa’ dell'imputato al maturarsi della prescrizione”. Tuttavia, va sottolineato che la materia oggetto del sindacato di legittimità nella menzionata ordinanza della Corte cost. non coincide con il tema che si sta trattando: il giudice *a quo* aveva infatti sollevato una questione di legittimità costituzionale in merito in riferimento all'art. 160 c.p., “nella parte in cui – secondo l'interpretazione della giurisprudenza pressoché consolidata della Corte di cassazione – prevede che il corso della prescrizione è interrotto dall'emissione del decreto di citazione a giudizio anziché dalla notificazione del decreto stesso”, violando così agli articoli 3 e 24 Cost. La questione della meritevolezza di tutela dell'affidamento che maturerebbe l'imputato viene quindi affrontato solo incidentalmente.

qualora questo riguardi le cause sospensive o interruttive, ma anche il termine previsto dall'articolo 157 c.p., comportandone un aumento sfavorevole all'indagato/imputato.

L'approccio adottato in questo caso sarebbe quello di partire dalla *ratio* del principio di irretroattività per poi negarne l'applicazione in merito alle modifiche *in peius* della durata della prescrizione, in quanto queste ultime non avrebbero la funzione di rendere punibile un fatto prima non punibile⁴³⁵: la pretesa punitiva, che apparteneva allo Stato prima dell'entrata in vigore della legislazione sopravvenuta, rimane intatta, essendone modificata (*rectius*: prolungata), semmai, la sfera di azionabilità nel tempo, al fine di concedere allo Stato, per una ragione giustificativa ragionevole ai sensi dell'articolo 3 Cost., più tempo per accertare i fatti e le relative responsabilità.

Si giunge così, anche in questo caso, ad affermare la natura processuale dell'istituto.

c) Vista la *pars destruens*, che tende a demolire l'orientamento consolidato nel diritto vivente, la dottrina, si occupa talvolta della *pars construens*, proponendo una soluzione compromissoria, che tenga conto del diverso modo di atteggiarsi dell'istituto nei diversi momenti in cui questo si applica. Si parla così di teoria della natura "mista" o "ibrida" ovvero ancora "doppia" della prescrizione⁴³⁶, in quanto si duplica così la *ratio* della prescrizione in base alla "sezione di disciplina" presa in considerazione.

Da una parte vi è la regola generale di cui all'articolo 157 c.p., ai sensi della quale il tempo che deve trascorrere ai fini dell'estensione del reato è pari al massimo della pena edittale prevista per il relativo reato, avrebbe "natura sostanziale", o, "quantomeno", godrebbe "della garanzia offerta dall'art. 25, secondo comma, Cost.", essendo "intimamente collegato alla gravità del reato e alla legalità della pena"⁴³⁷.

Diversamente, le vicende relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione avrebbero natura procedimentale, poiché vengono in rilievo il se e il quando è stata

⁴³⁵ GATTA G. L., "Tolleranza tra principi", cit., 9; ID, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020, nel quale l'Autore afferma che la "tesi sostenuta dopo il caso della sospensione: Se si vuole evitare che la forzata inattività giudiziaria, a fronte di un'epidemia o di eventi eccezionali, pregiudichi l'efficienza del processo e, con essa, l'interesse dello Stato e delle vittime all'accertamento di fatti e, se del caso, responsabilità, non resta che rivalutare la correttezza della soluzione che inquadra la prescrizione del reato quale istituto soggetto al principio di irretroattività."

⁴³⁶ BERNARDI A., *L'ordinanza Taricco*, cit., 57.

Per essere maggiormente rigorosi, si dovrebbe correttamente parlare di natura "doppia", dato che viene teorizzata una netta separazione tra i "sotto-istituti" del termine prescrizione e della causa interruttiva/sospensiva, a cui corrisponderebbero due diverse qualificazioni: non una natura giudica mista con elementi in parte sostanziali e in parte processuali, ma una natura *in toto* sostanziale e *in toto* processuale sulla base della disciplina e della fase che si prende in considerazione.

⁴³⁷ FARAGUNA P., PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità*, cit., 214.

ricevuta la *notitia criminis*, ossia quando è stato avviato il procedimento, non attenendo in alcun modo alla gravità del reato, né ad alcuna funzione di prevenzione; in sostanza, sono configurabili mere ragioni di opportunità processuale, quale può essere la tutela della ragionevole durata del processo⁴³⁸.

Se infatti la tesi dominante fa leva sulla sostanzialità, rinvenibile nella rinuncia dello Stato, una volta maturato il diritto all'oblio, alla sua pretesa punitiva, è evidente che i fenomeni che si stanno ora trattando si collocano in una fase diversa, dove, appunto, questa pretesa punitiva ancora non si è realizzata⁴³⁹. In breve, sarebbe come separare la natura giuridica della prescrizione sulla base della diversa fase in cui la prescrizione opera: prima dell'esercizio della potestà punitiva avrebbe natura sostanziale, mentre successivamente avrebbe natura processuale.

Certamente l'adozione da parte della Corte costituzionale di una decisione nel senso di un riconoscimento della natura processuale, se non dell'istituto *in toto*, delle cause sospensive ed interruttive, adottando una *ratio decidendi* conforme alle menzionate argomentazioni della minoritaria dottrina, avrebbe evitato qualunque conflitto, sia in sede di immediata disapplicazione delle norme sull'interruzione a seguito del caso Taricco, che nel caso della sospensione della decorrenza del termine applicabile ai processi pendenti, verificatasi durante l'emergenza sanitaria, così come eviterebbe *pro-futuro* problemi analoghi⁴⁴⁰, al contempo rinunciando, la Corte costituzionale, a ricercare argomentazioni – seppur rigidamente ancorate all'orientamento fino ad allora consolidatosi – che fossero minimamente compromissorie. La cifra del pregio delle teorie enunciate si misura, quindi, in modo particolare, nella vita pratica dell'istituto e del processo.

Tuttavia, si ritiene che queste argomentazioni presentino ampi margini di censura, difettando, i relativi presupposti, di fondatezza sufficiente per avvalorare la tesi, indubbiamente rivoluzionaria, della natura (in parte) processuale della prescrizione.

⁴³⁸ SALCUNI G., *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, III, 2015, 11. L'Autore fa riferimento al combinato disposto tra gli articoli 160, III comma, e 161, II comma, c.p., ovvero sia le disposizioni - disciplinanti, in particolare, l'interruzione - oggetto di censura da parte della CGUE nel caso Taricco; cfr. Tra tutti, si veda VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., 29: "l'istituto dell'interruzione della prescrizione è tutto immerso nella logica del processo, e – più che con le tradizionali rationes della prescrizione (tempo dell'oblio, difficoltà di ricostruzione probatoria man mano che passa il tempo) – ha a che fare piuttosto, come da parte di molti si sottolinea, con una logica di contenimento dei tempi processuali (e dunque di tutela della ragionevole durata del processo), sia pure malamente concretizzata in pratica".

⁴³⁹ GATTA G. L., *"Lockdown" della giustizia penale*, cit., 11.

⁴⁴⁰ Vi era taluno che auspicava che la Corte ritenesse esservi natura processuale, così da fondare un "nuovo principio di legalità processuale"; così MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo*, cit., *passim*.

3.3. *Riflessioni conclusive in merito alla natura giuridica della prescrizione.*

Per una corretta ricostruzione del problema della natura giuridica della prescrizione e, perciò, del conseguente regime applicabile in ipotesi di successione di leggi, non sembra essere proficuo seguire il sillogismo che origina dalla teorizzazione della *ratio* dell'istituto, al fine di collocarlo in una categoria astratta, ossia il settore sostanziale o processuale dell'ordinamento penale, e di individuare, di conseguenza, quale dei due sistemi di diritto intertemporale applicare, il divieto di retroattività (salvo quella *in bonam partem*) da una parte, ovvero il *tempus regit actum* dall'altra.

Il vero nodo da risolvere, infatti, sembra essere il significato che debba essere attribuito al principio costituzionale che, *ex* articolo 25, II comma, Cost., attrae a sé le norme penali che modificano l'area del lecito e dell'illecito, oltre che della punizione dell'illecito; in definitiva si tratta di capire se, a partire da un certo ambito applicativo del principio, questo si possa estendere anche alle norme che intervengono sulla disciplina della prescrizione, modificandone la durata, ovvero allargando o restringendo le cause di sospensione e di interruzione⁴⁴¹.

Invero, un tale approccio sembra essere stato adottato da quella parte della dottrina, di cui si è parlato al precedente paragrafo, che è giunta alle conclusioni opposte rispetto alla teorizzazione sedimentatasi negli anni. A una correttezza del metodo non sembra però corrispondere una correttezza delle conclusioni raggiunte.

Si procederà ora a confutare le argomentazioni di questi autori, al fine di ricostruire il fondamento logico dell'assoggettabilità dell'istituto al diritto penale materiale.

In primo luogo, va ripreso l'argomento secondo cui una norma sopravvenuta che allungasse i termini necessari al compiersi del siffatto effetto estintivo, non punendo un fatto che prima era non punibile, sarebbe sottratto alla garanzia costituzionale dell'irretroattività.

Una tale affermazione non può essere condivisa, poiché l'ambito di operatività della garanzia costituzionale del divieto di retroattività sembra qui essere limitata ai soli casi di nuova incriminazione o di modifica del fatto tipico, quando ormai è pacifico che l'irretroattività si estende anche alle modifiche che cadono sulla pena, sulla sua esecuzione e in generale sulla punibilità, la quale viene incisa dalla prescrizione, che ne estende o ne limita il profilo di applicazione temporale.

⁴⁴¹ Si adotta in tal modo lo stesso procedimento logico che viene riferito in ROXIN C., *Strafrecht*, cit., 168.

L'altro argomento, quello più fortemente sostenuto e condiviso da questa parte di dottrina, è quello dell'irrelevanza dell'aspettativa che l'indagato o imputato maturerebbe grazie all'istituto in esame: un'aspettativa legata a dei calcoli finalizzati a “tener nascosto” il fatto, per sfuggire al procedimento ed alla sanzione.

Innanzitutto, si guardi ancora una volta al fondamento giuridico del divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*: da una parte si deve parlare di esigenza di certezza, intesa come garanzia della “certezza di libere scelte d'azione”, dall'altra va evidenziato il ruolo garanzia del cittadino di fronte ai “legittimo esercizio del potere politico”⁴⁴². Ebbene, se deve essere garantita la prevedibilità delle modifiche dell'area del fatto punibile, così come delle modifiche della pena, non si vede come sia possibile escludere da tale tutela anche l'ipotesi dell'indagato o imputato che veda modificarsi le norme relative ai limiti temporali entro cui si possa esercitare la punibilità.

Si prenda, appunto, come metro di paragone, l'intervento del legislatore che modificasse la pena edittale: il principio di irretroattività della disposizione che ne aumentasse i limiti va a garantire, in primo luogo, la previa conoscibilità della gravità del fatto e il *quantum* della punizione che il soggetto rischia di subire. In secondo luogo, si deve considerare che questa previa conoscibilità non sia necessaria solo per calcolare le proprie azioni, ma anche a garantire il cittadino che, una volta commesso il fatto, non subisca alcun abuso dall'autorità statale.

Queste considerazioni possono essere traslate sul piano delle norme modificative della prescrizione: se, infatti, queste ragioni di tutela ineriscono alla modifica *in peius* della misura della pena poiché questa incide sulla punibilità del reo, inteso come *quantum* della punizione, *a fortiori* queste dovrebbero riguardare l'ipotesi di allungamento del termine di prescrizione, che incide sull'*an*, seppur da una prospettiva temporale.

Invero, se l'irretroattività dell'aumento di pena in astratto assicura la conoscibilità della gravità dell'azione, ai fini della decisione di un eventuale compimento o meno della condotta, allo stesso modo il termine di prescrizione, a maggior ragione per come è impostato nel nostro ordinamento, essendo strettamente correlato alla misura della pena, è connesso alla gravità del fatto e non solo a delle dinamiche processuali, garantendo così la calcolabilità delle azioni. A ciò si aggiunga che l'affidamento del reo non si traduce esclusivamente nella calcolabilità anticipata del trattamento, ma concerne anche la legittima aspettativa a che una “situazione punitiva”, la quale comprende le cause di

⁴⁴² Corte cost., 26 febbraio del 2020, n. 32, cit., § 4.3.1.

punibilità ed altre norme (nei fatti) di favore, quali, per l'appunto, la prescrizione del reato, non venga ad essere peggiorata in corso dal legislatore⁴⁴³.

E non sarebbe fondata l'obiezione che si basa sulla supposta ignoranza del reo, al momento della commissione del fatto, circa la disciplina del termine prescrizionale, tanto da non poter basare su di essa le proprie considerazioni sulla commissione del fatto, negando perciò l'estensione della funzione della prevedibilità: non sarebbe nemmeno ragionevole sostenere che il reo, al momento della commissione del fatto, sia conscio del corretto inquadramento giuridico del fatto, calcolando così i confini edittali della pena ed eventualmente le circostanze astrattamente applicabili, così come *a fortiori* non si può ragionevolmente ritenere che lo stesso sia più informato circa il mutamento dei limiti edittali⁴⁴⁴; eppure le modifiche che colpiscono questi elementi sono pacificamente assoggettate al principio di irretroattività *in peius*.

Per coerenza, si dovrebbe sostenere che nessun intervento legislativo che non comporti una nuova incriminazione, ovvero che esuli dalla delimitazione del fatto punibile, debba sottostare al principio garantistico dell'irretroattività della legge sfavorevole. Ma questa conclusione contraddirebbe la funzione del principio stesso, che, nella formulazione plasmata dal costituente, è evidentemente estesa anche a siffatte ipotesi di modifica.

Inoltre, la stessa percezione dei confini della disciplina della punibilità di un fatto, contribuendo alla formazione della percezione sociale della gravità del fatto stesso, deve necessariamente sussistere prima che il fatto stesso sia compiuto e, perciò, contrariamente da quanto prospettato dalla dottrina che si sta confutando, inerisce al *tempus commissi delicti*.

È vero che tale calcolabilità è basata su di una aspettativa che l'ordinamento non può tutelare (e che ragionevolmente non sembra essere condivisibile, ancorché sia umanamente comprensibile), ma non si può far finta di non notare l'effetto concreto che questa norma, così come la sua eventuale modifica, producono nei confronti dell'individuo e della sua sfera di punibilità.

Un aumento del termine prescrizionale, che impedisse il maturare del tempo sufficiente ad estinguere il reato, il quale, per ipotesi, si sarebbe diversamente prescritto, comporterebbe, nel concreto, l'irrogazione di una pena che altrimenti non sarebbe stata

⁴⁴³ Questa è la posizione di DONINI M., in NOBILI M., STORTONI L., *et al.*, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, 324.

⁴⁴⁴ AMBROSETTI E. M., *La sentenza della Corte di giustizia*, cit., 7.

irrogata. Essendo la pena invasiva della libertà personale, si dovrebbe completare il ragionamento con la considerazione che la modifica *in peius* della disciplina della prescrizione potrebbe potenzialmente incidere sulla libertà personale dell'individuo, anche in misura superiore rispetto ad una mera modifica della pena.

A ciò si aggiunga che la calcolabilità, in caso di modifica della prescrizione, non riguarda solo il prospettarsi l'opportunità o meno di realizzare la condotta illecita, ma anche il calcolo delle mosse processuali: sarebbe da respingere l'argomento in base al quale una modifica retroattiva del termine prescrizionale non comporterebbe un mutamento retroattivo delle "regole del gioco", ma solamente una nuova disciplina delle "regole del gioco ancora da svolgere"⁴⁴⁵. Il soggetto, infatti, fa affidamento sul termine prescrizionale fin dall'inizio del procedimento, adottando delle scelte processuali, quali, in via semplificativa, l'opzione di ricorrere o meno ad un rito alternativo a quello ordinario, che hanno rilevanza ai fini dell'esito del processo, così come del *quantum* della pena⁴⁴⁶.

Un ultimo argomento, decisivo, fa leva sulla seconda tra le *rationes* del divieto di applicazione retroattiva prima ricordate.

La funzione di garanzia, intesa come prevenzione rispetto all'abuso del potere punitivo, non può che replicarsi nella disciplina della prescrizione, in quanto nulla altrimenti eviterebbe al legislatore di aumentare la sfera della punibilità, allungando i termini prescrizionali ai processi in corso, se non ad alcuni solo dei processi pendenti.

È vero che a prevenire questo rischio vi sarebbe la garanzia costituzionale del principio di ragionevolezza e proporzionalità, assicurate dal sindacato dei giudici costituzionali, ma non sarebbe sufficiente affidarsi ad una pratica giurisprudenziale per scongiurare questo fenomeno, non dandone copertura legislativa e costituzionale.

Ancora una volta torna utile l'analogia con l'ipotesi di modifica (sfavorevole al reo) della pena edittale: così come in questa ipotesi il soggetto deve essere garantito da un abuso del potere punitivo che aumentasse il profilo quantitativo della pena, determinando la gravità della sanzione, al processo in corso, allo stesso modo, se non *a fortiori*, tale

⁴⁴⁵ PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2021, 601. A conferma anche VIGANÒ F., *Il caso Taricco*, cit., 24.

È necessario, tuttavia, ricordare che a tutelare la pretesa ad una previa conoscenza delle regole processuali milita è preposto (anche) il principio del *tempus regit actum*, che, come visto, introduce una sorta di irretroattività generale, anche se non riferibile al tempo della commissione del fatto, ma a quello del compimento dell'atto. Una modifica siffatta della punibilità, però, comporterebbe una rivalutazione di tutte le scelte processuali compiute anche precedentemente alla sopravvenuta modifica.

⁴⁴⁶ AMBROSETTI E. M., *La sentenza della Corte di giustizia*, cit., 7.

garanzia deve essere predisposta nell'ipotesi di aumento del termine necessario al maturare del diritto all'oblio, che determina il "fuori o il dentro", al processo pendente.

È necessario ora fare riferimento alla teoria della natura "doppia" della prescrizione e, perciò, all'inquadramento processuale delle cause di sospensione e interruzione: per coerenza con i passaggi sopra riportati, alla constatazione della concreta incidenza che una modifica delle cause sospensive e interruttive della prescrizione comporterebbe sulla sfera della punibilità, seguirebbe l'estensione della *ratio* della garanzia costituzionale dell'irretroattività anche a tali ipotesi.

Tuttavia, vale la considerazione che il problema si porrebbe in modo esclusivo per le ipotesi di interruzione. Per quanto concerne la sospensione, a seguito della sentenza n. 278 del 2020, la Corte costituzionale, come si è ampiamente visto, ha considerato costituzionalmente legittime le cause sospensive della prescrizione sopravvenute, riconducibili ai casi di cui all'articolo 159 c.p.: si è sottolineato come nei casi emergenziali, una sospensione del processo a cui non conseguirebbe una sospensione dei termini prescrizionali frusterebbe la funzione della legge (emergenziale) sopravvenuta, ma la soluzione della Consulta ben concilierebbe la natura sostanziale di tali norme e l'applicazione ai procedimenti pendenti⁴⁴⁷.

I problemi maggiori, come si diceva, si hanno nel caso dell'introduzione di una nuova causa di interruzione del termine. Ma giova constatare che il meccanismo interruttivo incide in modo più incisivo sulla maturazione del diritto all'oblio, sicuramente in misura superiore rispetto al meccanismo sospensivo ed è, perciò, meritevole di un'applicazione limitata ai procedimenti non ancora avviati, ancorché le vicende che lo riguardano sono più propriamente processuali⁴⁴⁸. D'altra parte, di nulla si gioverebbe l'indagato/imputato che, pur vedendosi applicare un termine prescrizionale relativamente breve, subisce una modifica peggiorativa della disciplina interruttiva, impedendo potenzialmente il maturare del termine prescrizionale stesso, annullando il computo che fino alla causa interruttiva

⁴⁴⁷ È evidente che, nelle diverse ipotesi di introduzione di nuove cause sospensive dei termini, se non riferibili ai casi di cui all'articolo 159 c.p., sarebbe applicabile il regime dell'irretroattività delle norme sopravvenute.

⁴⁴⁸ Conferma dell'assoggettabilità *in toto* della materia della prescrizione a tale regime deriva proprio dalla sentenza Corte cost. 23 dicembre 2020, n. 278, cit.: "Il rispetto del principio di legalità coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre – come già rilevato – a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione. Si tratta di vicende processuali che incidono sulla complessiva durata del tempo di prescrizione dei reati" (§ 12). Precedentemente, si era in tal senso espressa Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324, cit. È ancora più evidente, in questa ipotesi, lo scollamento che vi sarebbe fra la qualificazione a priori della natura giuridica dell'istituto e la necessità di applicare un certo regime intertemporale.

sopravvenuta per volontà del legislatore si era svolto; la lesione non sarebbe dissimile da quella conseguente ad un allungamento del termine di prescrizione⁴⁴⁹.

In sintesi, si può affermare che l'effetto pratico della correlazione presente tra la prescrizione e la sfera della punibilità, quindi, della potenziale irrogazione della pena e della conseguente lesione della libertà personale che ne deriverebbe, comportano una necessaria applicazione del regime intertemporale che tipicamente viene ricondotto alle norme sostanziali, pur avendo adottato un metodo che prescinde dalla delimitazione assiologica di questa categoria concettuale e dalla conseguente astratta applicabilità del principio come conseguenza della qualificazione stessa. Anzi, si è partiti dalla funzione del principio di irretroattività *in peius*, e dalla sua estensione ad ogni istituto che incida sulla potestà punitiva dello Stato, per poi verificarne la necessaria applicazione all'istituto in esame, preso in ogni sua "sezione di disciplina"⁴⁵⁰.

Va da sé che tale conclusione si estende anche al principio della retroattività in concreto più favorevole al reo previsto dal IV comma dell'articolo 2 c.p.⁴⁵¹; non è questa una precisazione di poco conto se si considera come, anche recentemente, la disciplina della prescrizione stia subendo delle significative modifiche, qualificabili talvolta maggiormente favorevoli rispetto alla posizione dell'imputato: si pensi all'articolo 2, I comma, lett. b), l. n. 134 del 2021, che ha espunto l'emissione del decreto penale di

⁴⁴⁹ Sulla stessa linea si pone RICCARDI G., *Obblighi di disapplicazione*, cit., 877, secondo il quale la "natura giuridica di un istituto" va individuato a partire "dalla conformazione normativa, non già dall'individuazione di *rationes* attribuite, sulla base di precomprensioni legate a soggettive opzioni dell'interprete". Tradotto nel campo delle cause di sospensione e interruzione, "la natura sostanziale della prescrizione non appare suscettibile di essere fondatamente messa in discussione, sulla base del dato normativo e sistematico", confermato anche dalle argomentazioni che si sono succedute nella giurisprudenza costituzionale.

⁴⁵⁰ Una critica puntuale alla riconducibilità della prescrizione a quegli istituti che incidono sulla potestà punitiva viene sostenuta da GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., 66. Per gli Autori, sarebbe infatti inconciliabile la nozione di "potestà punitiva" che, per autorevolissima dottrina, è per sua natura intrasmissibile ed irrinunciabile, con la previsione della rinunciabilità della prescrizione. Tuttavia, non si tiene a mente che in tal caso non vi sarebbe alcuna rinuncia o "disposizione" della potestà punitiva da parte di alcuno dei soggetti processuali, ma, all'opposto, si rinunciarebbe al venir meno della pretesa punitiva stessa.

⁴⁵¹ Corte cost. 23 dicembre 2020, n. 278, cit.: "Simmetricamente la norma che invece riduca la durata del tempo di prescrizione costituisce disposizione penale più favorevole ai sensi dell'art. 2 cod. pen., applicabile in melius anche ai fatti già commessi in precedenza (quindi retroattivamente) nei limiti di operatività della *lex mitior*, quali riconosciuti dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 393 del 2006). Il principio di retroattività della norma penale più favorevole rinviene il proprio fondamento non già nell'art. 25 Cost., ma nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)" (§ 11).

condanna dagli atti sospensivi della prescrizione fino al giudicato, per ricondurlo all'alveo degli atti interruttivi⁴⁵².

A fronte di un regime particolarmente garantistico, come quello appena delineato, risulta necessario evitare che vengano compiuti abusi dello strumento prescrittivo.

Tuttavia, è compito del legislatore prevenire le pratiche processuali scorrette che si sviluppano nella prassi, dovendo questo intervenire, come nelle ultime riforme è stato in parte fatto, con strumenti normativi efficaci.

⁴⁵² La stessa legge ha apportato anche delle modifiche sfavorevoli all'imputato. In particolare, l'articolo 2, I comma, lett. a) ha abrogato il IV comma dell'articolo 159 c.p., eliminando in tal modo il tetto massimo al periodo di sospensione della prescrizione nei processi *in absentia*, il quale, in ossequio al divieto di applicazione retroattività, continuerà ad applicarsi ai procedimenti che abbiano ad oggetto fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma; si veda CASSIBBA F., *et al.*, *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale*, a cura di KOSTORIS R. E. e ORLANDI R., Torino, 2022, 102-103. Cfr. GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, 22.

CAP. IV: GLI SVILUPPI PIÙ RECENTI DEL PROBLEMA: IL DIRITTO INTERTEMPORALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

1. Le condizioni di procedibilità e la natura giuridica “mista”.

1.1. Un problema qualificatorio classico.

Oltre alla prescrizione e alla materia dell'esecuzione penale, tra gli istituti posti a confine tra il ramo sostanziale e processuale sono da sempre collocate le condizioni di procedibilità (querela, istanza, autorizzazione a procedere, richiesta)⁴⁵³.

Si è perciò parlato, fin dalla dottrina più risalente, di natura “mista”, evocando una duplicità di funzione delle norme in esame: da un lato certamente le condizioni di procedibilità incidono sulla vicenda punitiva del soggetto, determinando se l'autore del fatto commesso, a cui un determinato regime di procedibilità si riferisce, possa o meno essere punito; infatti, le ragioni fondanti la scelta della previsione di queste condizioni di procedibilità e, in particolare, la querela, per certi tipi di reato vanno rinvenute nel potenziale conflitto che sussiste tra l'interesse dello Stato al perseguimento del comportamento tipizzato come reato, da una parte, e, dall'altra, l'interesse del privato che subisce un pregiudizio dalla condotta illecita compiuta e che rischierebbe di prolungare o intensificare gli effetti lesivi del fatto, se il procedimento fosse avviato; altro motivo è invece l'assenza di un interesse pubblico alla persecuzione del fatto di reato, per cui lo stesso Stato si rimette all'individuo leso dal reato per una manifestazione di volontà circa l'avvio dell'azione penale contro quest'ultimo.

Dall'altro lato, come evidenziato dall'ultimissimo riferimento all'azione penale, vi è evidentemente un'apparenza che induce a classificare diversamente la materia *de qua*: incidendo sui requisiti la cui presenza è necessaria ai fini del legittimo esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, la funzione che permea l'intera disciplina sembra essere squisitamente processuale, così come processuale sembra essere

⁴⁵³ DEL CORSO S., *Successione*, cit., 103.

una delle diverse ragioni fondanti l'istituto, oltre a quelle prima viste, ossia quella deflattiva⁴⁵⁴.

Non ha certamente aiutato la frammentaria collocazione sistematica delle norme stesse⁴⁵⁵, in parte appartenenti al Codice penale, in parte al codice di rito; osservazione che, nondimeno, non è di per sé così determinante, attestata, come più volte è stato sostenuto, l'irrelevanza della "topografia" nella determinazione della natura giuridica delle norme penali.

Si ripropone piuttosto il conflitto tra condizioni dell'azione e condizioni per la punibilità, scontro che accomuna condizioni di procedibilità e prescrizione, che non a caso sono i più discussi istituti la cui natura è incerta.

Questi dubbi qualificatori non hanno lasciato indenne il dibattito dottrinale, che si è visto spesso occuparsi di questa tematica, adottando orientamenti piuttosto oscillanti, tra quello che privilegia l'una piuttosto che l'altra classificazione, per giungere infine ad un indirizzo, che sembra ormai indiscusso e confermato anche in sede giurisprudenziale, aderente alla tesi sostanzialista.

Invero, le interpretazioni più risalenti faticavano a riconoscere una piena natura sostanziale a tali norme, pur sembrando, nella maggioranza dei casi, favorevoli ad un'estensione del regime intertemporale di cui all'articolo 2 c.p.⁴⁵⁶; tesi, peraltro, sostenuta, con maggiore convinzione, nelle aule di giustizia, dove già si riconosceva, se non totalmente, almeno parzialmente natura sostanziale e conseguente applicazione di una disciplina più garantistica rispetto alla regola del *tempus regit actum*.

Il punto dirimente sembrava essere la riconducibilità delle cause di procedibilità alla materia delle condizioni obiettive di punibilità, tesi che era sostenuta dalla dominante giurisprudenza e che, una volta adottata, avrebbe aperto la strada ad un pieno riconoscimento dell'appartenenza, almeno in parte, delle norme in esame al diritto penale sostanziale; ancora una volta, similmente a quanto visto in tema di prescrizione, l'elemento della "punibilità" viene allegato alle argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza per sostenere posizioni maggiormente garantiste. *Prima facie* si potrebbe

⁴⁵⁴ In dottrina si è parlato, a proposito, di "querela-opportunità" e "querela-garanzia". Si veda per tutti GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 37 ss.

⁴⁵⁵ A ciò si aggiunga anche la controversa terminologia che spesso, negli anni, ha adottato il legislatore; CORDERO F., *Procedura*, cit., 400-401.

⁴⁵⁶ Si cita qui la dottrina più autorevole CARNELUTTI F., *Lezioni*, cit., 26-28 e MANZINI V., *Trattato*, cit., 85.

sostenere che i reati a querela non sono punibili laddove non intervenisse la manifestazione di volontà della persona offesa.

Tuttavia, gli autori più accorti hanno spesso evitato di prendere posizione su di una materia così ricca di insidie e, piuttosto, hanno preferito far leva sul concreto effetto dell'assoggettabilità dell'individuo alla sanzione penale o sull'esigenza di tutela dell'affidamento dell'individuo sull'assenza di un regime di procedibilità più sfavorevole rispetto a quello vigente al *dies delicti*⁴⁵⁷.

Dall'altro lato, le posizioni critiche hanno avanzato delle perplessità proprio in merito alla riconducibilità di questi istituti, in particolar modo della querela, all'ambito della punibilità, sostenendo che una cosa sono “i fatti giuridici sostanziali dai quali sorge il dovere di procedere e poi di punire”, mentre tutt'altra sono i fatti che “compongono il processo, ossia lo strumento inteso ad accertare l'esistenza di quel dovere”: le condizioni di procedibilità appartengono alla seconda, mentre “le condizioni di punibilità appartengono alla prima classe”⁴⁵⁸.

A conferma, il dato positivo sembra associare a tale materia un sistema, terminologico, ma soprattutto di contenuto, proprio dell'ambito processuale. Esempi concreti ne sono la disciplina del divieto di nuovo processo, che generalmente è stabilito per tutelare il soggetto dall'assoggettamento a nuovo processo ed eventuale nuova pena, per un fatto, il cui accertamento si è già risolto con una sentenza passata in giudicato, ma subisce in materia una deviazione, nell'ipotesi in cui sopraggiungesse la condizione di procedibilità prima mancante⁴⁵⁹. Allo stesso modo la sentenza assolutoria, appunto di non doversi procedere, ovvero di archiviazione se nella fase delle indagini preliminari al dibattimento,

⁴⁵⁷ MARINUCCI G, DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol I, Milano, 2001, 262. Vi è piuttosto da chiedersi come si possa ritenere ad un tempo tutelabile tale affidamento, ma non l'aspettativa propria di coloro nei cui confronti, secondo la normativa vigente, sta maturando la prescrizione.

⁴⁵⁸ CORDERO F., *Procedura*, cit., 54.

⁴⁵⁹ Così l'articolo 345 c.p.p.: “Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se in seguito è proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione” (I comma). Si ceda in proposito anche Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2003, n. 41333, in *Riv. pen.*, 2004, 24, laddove si differenzia proprio la qualificazione dell'elemento normativo, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, tra condizioni obiettive di punibilità, ovvero condizioni di procedibilità, si qualificano come condizioni di procedibilità: se dovessero essere qualificate come incidenti sulla procedibilità non avrebbero “alcuna incidenza sull'esito del giudizio, poiché, accertata la mancanza, non consegue il divieto di riproponibilità dell'azione penale”.

o ancora di non luogo a procedere se la mancanza viene rilevata nelle “udienze filtro”: non ci si interessa del merito, quindi, ma ci si ferma ad una questione di rito⁴⁶⁰.

I “colpi di scena” negli orientamenti che si susseguono non si sono mai placati e ciò che si nota è che, oggi, la posizione dominante, se non uniforme, è quella della natura sostanziale o mista.

La sensibilità degli autori ha portato, infatti, ad un’estensione sempre maggiore dell’area della “sostanzialità”, a discapito della “processualità”, la prima allargata a ricomprendere tutti i casi in cui le norme oggetto del conflitto intertemporale condizionassero l’“assoggettabilità dell’individuo alla sanzione penale”, ipotesi di cui certamente fa parte la materia che ora ci occupa⁴⁶¹. Oggi, infatti, non solo taluni autori concordano con l’applicazione del principio di irretroattività⁴⁶², ma la stessa giurisprudenza si è consolidata intorno alla natura (parzialmente) sostanziale⁴⁶³: nonostante presenti “una vocazione essenzialmente processuale, vocazione che risulta più accentuata che in passato... i tratti che sul piano dogmatico la caratterizzano non sono però univoci, come messo in evidenza dalla giurisprudenza penale, che non ne sottovaluta anche l’attitudine a condizionare la concreta punibilità del reato” e, per tale motivo, la “giurisprudenza penale ne sottolinea, in continuità col passato, anche un profilo sostanziale, così aderendo alla c.d. teoria ‘mista’”⁴⁶⁴. La querela non viene così qualificata alla stregua di un elemento essenziale del reato, che, perciò, concorre all’esistenza dello stesso, e, dunque,

⁴⁶⁰ *Ex multis*, CONSO G., *I fatti giuridici processuali*, cit., 197-200, il quale esclude che le condizioni di procedibilità possano essere qualificate come condizioni che incidono sulla punibilità essendo assente, nel momento dell’accertamento della loro mancanza, che porta alla conclusione all’arresto del procedimento, ogni valutazione nel merito. Conformemente, SANTORO A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 25-27.

⁴⁶¹ CHIAVARIO M., *Norma giuridica*, cit., 479.

⁴⁶² CAMAIONI S., *Successione*, cit., 136-137. Si parla di connotazione “bifronte” della querela in PALAZZO F., *La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale – Querela e strategie deflative*, in *Giur. it.*, IV, 2021, 984.

⁴⁶³ Cass., sez. II, 1° febbraio 2022, n. 4800 in C.E.D. Cass., Rv. 282624; Cass. pen., sez. II, 09 gennaio 2020, n. 14987, in C.E.D. Cass. Rv. 279197; Cass. pen., sez. V, 09 ottobre 2019, n. 3019, in C.E.D. Cass. Rv. 278656; Cass. pen., sez. II, 17 aprile 2019, n. 21700, in C.E.D. Cass. Rv. 276651; Cass. pen., sez. V, 17 aprile 2019, n. 22143, in C.E.D. Cass. Rv. 275924; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 13577, in C.E.D. Cass. Rv. 275709; Cass. pen., sez. V, 08 giugno 2015, n. 44390, in C.E.D. Cass. Rv. 265999. Vi è conferma anche dalla recentissima sentenza della Corte cost. del 18 luglio 2023, n. 151, § 2, in *cortecostituzionale.it*.

⁴⁶⁴ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150, Salatino, in C.E.D. Cass. 2018. Il caso di specie originava dal rapporto inammissibilità-improcedibilità ed ha stabilito principio di diritto confermato con sentenza n. 10285 del 17 novembre 2022, la sezione V penale della Corte di Cassazione, la quale ha ricordato che “l’inammissibilità del ricorso, sostanzandosi in una mancata corretta attivazione del rapporto processuale di impugnazione, preclude la verifica della condizione di procedibilità del reato divenuto, a seguito della riforma, procedibile a querela”, accertamento diverso dalla verifica venir meno della fattispecie penale, ossia dall’ipotesi di *abolitio criminis*, FANFANI L., *Cartabia: gli effetti sulla sopravvenuta procedibilità a querela*, in *NJus*, 10 marzo 2022 .

non si ha un'ipotesi di *abolitio criminis* nel caso in cui si andasse sostituire la procedibilità d'ufficio con quella a querela di parte.

Piuttosto, quest'ultima, va considerata “alla stregua di elemento che entra a comporre il quadro per la determinazione dell'*an* e del *quomodo* di applicazione del precetto”, comportando che, laddove la querela fosse necessaria per la procedibilità di reati in precedenza perseguibili d'ufficio, si applicherà la regola di cui all'articolo 2, IV comma, c.p.⁴⁶⁵.

Non si ha, invece, in questi casi, applicazione del II comma dell'articolo 2 c.p., ossia non si verifica il fenomeno dell'*abolitio criminis*, non essendo il regime di procedibilità un elemento costitutivo della fattispecie. Non vale, quindi, la regola della cedevolezza del giudicato⁴⁶⁶.

1.2. La riapertura della questione a seguito della Riforma Cartabia.

La questione circa la natura giuridica della querela e l'individuazione della norma applicabile a seguito di una modifica del regime di procedibilità è rimasta centrale nell'analisi del fenomeno della successione delle leggi nel tempo a causa della frequenza degli interventi legislativi in materia.

In particolare, a far tornare in *auge* questo dibattito, creando ulteriori occasioni per il pronunciamento della Suprema Corte in materia, è stata la recente riforma che ha interessato l'intera giustizia penale, ossia il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cd. riforma Cartabia, dal ministro guardasigilli proponente. Infatti, questo intervento normativo ha interessato, in modo particolare, la materia delle condizioni di procedibilità, modificandone il sistema a favore di un ampliamento del novero dei reati punibili a querela della persona offesa, con un chiaro e dichiarato intento deflattivo, necessario al raggiungimento dell'obiettivo di una riduzione della durata dei processi⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ SCORDAMAGLIA I., *La querela nel rinnovato sistema della giustizia penale*, in *Giur. pen.*, VII, 2023, 2.

⁴⁶⁶ Cass. pen., sez. II, 09 gennaio 2020, n. 14987, cit.

⁴⁶⁷ MADEO V., *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflattiva comune nella “riforma Cartabia”*, in *legislazionepenale.eu*, 28 novembre 2022, 1 ss. “Come noto, in un sistema improntato all'obbligatorietà dell'azione penale, la deflazione non si compie solo a processo già avviato, ma può anche essere perseguita ‘a monte’, depenalizzando alcuni reati o, appunto, condizionandone la procedibilità alla querela di parte: una scelta meno netta, perché la perseguibilità non è esclusa in radice, e meno impegnativa, in quanto dispensa il legislatore stesso dal ripensare le scelte di criminalizzazione e, con esse, l'intero sistema penale; ma comunque di per sé ragionevole, in vista dell'obiettivo prefissato dal delegante”; CASTRONUOVO D., DONINI M., *et al.* (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 164-165. In merito si veda anche

Oggetto della modifica *de quo* sono i reati contro la persona e contro il patrimonio, puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni (senza che si tenga conto a tal fine delle circostanze), in attuazione della legge di delega n. 134 del 2021, con la quale il Parlamento aveva delegato il Governo ad estendere la procedibilità a querela ai reati, contro la persona e contro il patrimonio, che compongono la maggioranza del contenzioso penale.

Perciò, nel catalogo dei reati divenuti procedibili a querela, sono ricompresi i reati di: lesioni personali stradali gravi e gravissimi (art. 590-*bis*, comma 1, c.p., nell'ipotesi non aggravata)⁴⁶⁸, di lesioni personali (art. 582, comma 1, c.p.), ora non più vincolate, ai fini del regime di procedibilità, dalla durata della malattia non superiore ai venti giorni, con conseguente procedibilità a querela anche delle lesioni lievi, ossia qualora la malattia compresa tra ventuno e quaranta giorni, salvo che siano commesse contro persona incapace, per età o per infermità, o in danno di personale sanitario e socio-assistenziale, ovvero ancora in presenza di una delle aggravanti di cui all'articolo 585 c.p. (ad eccezione di quelle indicate nell'articolo 577, I comma, n. 1 e II comma, c.p., ossia per fatto commesso contro l'ascendente o il discendente o contro il coniuge o convivente o l'altra parte dell'unione civile); di sequestro di persona, nella fattispecie base (articolo 605, I comma, c.p.); di violenza privata non aggravata (articolo 610, I comma, c.p.); di violazione di domicilio (art. 614, I e IV comma, c.p.), anche ove commessa con violenza sulle cose; di furto (articolo 624, I comma, c.p.), ovvero nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 625, I comma, nn. 2, 3, 4, 5, 6, 7, limitatamente al fatto commesso su cose esposte alla pubblica fede, 8, 8 *bis* e 8 *ter*, c.p., salvo che il fatto sia commesso in danno persona incapace per età o per infermità ovvero su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici o sottoposte a sequestro o a pignoramento o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza o su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di

GATTA G.L., *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in *Sist. pen.*, I, 2023, 35 ss. L'Autore sottolinea come "l'estensione del regime di procedibilità a querela si inserisce, nella riforma Cartabia, in un disegno più complesso, volto non solo a deflazionare il processo riducendo il numero dei procedimenti – in corrispondenza di quelli non avviati per mancata presentazione della querela – ma anche a valorizzare condotte riparatorie e ripristinatorie in vista di una ricomposizione del conflitto alternativa all'esito punitivo". Anche nella relazione che accompagna il decreto si afferma che si è scelto di intervenire sulla procedibilità di reati "che si presentano con una certa frequenza nella prassi e che si prestano a condotte risarcitorie e riparatorie".

⁴⁶⁸ Sulla ragionevolezza della scelta di non prevedere una procedibilità d'ufficio nell'ipotesi di condizioni di incapacità, per età o per infermità, della persona offesa dalle lesioni stradali *ex* articolo 590-*bis*, I comma, c.p., dando, la legge delega, rilievo a tali condizioni solo in rapporto ad altri reati, si è dubitato in dottrina, GATTA G.L., *L'estensione del regime di procedibilità*, cit., 39.

telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica; di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (articolo 659, I comma, c.p.); di molestia o disturbo alle persone (articolo 660, I comma, c.p.).

Dall'elencazione delle fattispecie di reato oggetto di intervento normativo, anche nelle relative ipotesi aggravate, è evidente come il legislatore delegato, in ossequio ai suddetti obiettivi generali, ispirati in particolar modo a ragioni di deflazione del carico processuale, abbia, pertanto, “condizionato la repressione penale di un fatto, astrattamente offensivo, alla valutazione in concreto ed alla sovranità della persona offesa”, valorizzando la cd. “funzione selettiva” della querela stessa, perciò chiamata anche “querela–opportunità”, ossia attribuendole una maggiore propensione ad agire quale filtro processuale e, al contempo, come “tecnica di depenalizzazione di fatto”⁴⁶⁹.

1.2.1. La disciplina transitoria.

Se ogni riforma nel campo del diritto penale (in senso ampio) costituisce l'origine di una questione di diritto intertemporale, *a fortiori* lo sarà un intervento massiccio e gravante in modo diretto su di una materia così dibattuta, come quello appena riportato.

Tuttavia, il legislatore, spinto anche dalle considerazioni pratiche che muovevano affinché la persona offesa fosse tutelata da un mutamento di disciplina circa la procedibilità, ha introdotto una complessa disciplina transitoria, sulla scorta di modelli precedentemente introdotti⁴⁷⁰.

Invero, l'art. 85 del d.lgs. 150 del 2022 (“Disposizioni transitorie in materia di modifica del regime di procedibilità”), stabilisce che per “i reati perseguibili a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato”. Evidente è la finalità di tutela del legittimo affidamento della persona offesa e dell'aspettativa che questa matura nella perdurante possibilità di tutelare i propri interessi nella sede processuale che ha prescelto.

⁴⁶⁹ SCORDAMAGLIA I., *La querela*, cit., 6.

⁴⁷⁰ Si fa qui riferimento agli articoli 99 l. 689/1981, 19 l. n. 205/1999 e 12 d.lgs. n. 36/2018, che avevano avviato questa virtuosa prassi transitoria.

Inoltre, il legislatore, ricalcando anche in questo caso la pregressa esperienza normativa, si è preoccupato di disciplinare un'ulteriore garanzia a favore della persona offesa, in particolare di quella che, non avvedendosi della legislazione sopravvenuta durante la pendenza del processo, comportando l'abbandono della procedibilità d'ufficio, non avrebbe così presentato querela nel tempo *ex lege*. Il pubblico ministero (nel corso delle indagini preliminari) o il giudice (a seguito dell'esercizio dell'azione penale) avrebbero perciò dovuto informare la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il presentare querela, e, così, il termine sarebbe decorso dal giorno in cui essa fosse stata effettivamente informata di tale facoltà⁴⁷¹.

Senonché, lo stesso legislatore è intervenuto nuovamente sulla disposizione in esame con l'articolo 5 *bis* del d.l. n. 162 del 2022, sostituendola con una del tutto nuova nel contenuto. Così afferma il nuovo comma II: "Fermo il termine di cui al comma 1, le misure cautelari personali in corso di esecuzione perdono efficacia se, entro venti giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, l'autorità giudiziaria che procede non acquisisce la querela. A questi fini, l'autorità giudiziaria effettua ogni utile ricerca della persona offesa, anche avvalendosi della polizia giudiziaria. Durante la pendenza del termine indicato al primo periodo i termini previsti dall'articolo 303 del codice di procedura penale sono sospesi". L'obbligo di avviso della persona offesa permane, quindi, limitatamente al caso in cui l'imputato sia sottoposto ad una misura cautelare.

Nel complesso, si può ragionevolmente affermare che, di fronte alla problematica intertemporale, acuita dal ricco e complesso contenuto della riforma di cui trattasi, la soluzione transitoria adottata risulta idonea a garantire sufficientemente altresì la posizione della persona offesa. Tuttavia, come è naturale che sia, alcuni problemi si sono posti interpretativi si sono posti con riguardo alla vecchia e alla nuova formulazione della disposizione.

⁴⁷¹ Questa l'originaria formulazione del II comma, d.lgs. 150 del 2022: "Quando, per i reati di cui al comma 1, alla data di entrata in vigore del presente decreto è stata già esercitata l'azione penale, il giudice informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata. Ai fini di cui al primo periodo, il giudice effettua ogni utile ricerca anagrafica, ove necessaria. Prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il pubblico ministero".

1.2.2. *Le questioni di diritto intertemporale poste dal d.lgs. n. 150 del 2022.*

La normativa transitoria che si è appena esaminata è certamente un esempio dell'efficace risoluzione, attraverso il metodo del diritto positivo, delle articolate questioni di diritto intertemporali che una dirimente riforma pone agli interpreti, riuscendo perciò nell'intento di prevenire qualsiasi diatriba circa l'individuazione della norma applicabili e, in definitiva, le sorti delle persone offese dai reati.

Tuttavia, difficilmente una norma transitoria può porre rimedio ad ogni problematica attinente alla successione di leggi nel tempo; in particolare, si evidenziano le seguenti questioni:

a) In primo luogo, prima che fosse sostituito il comma II dell'articolo 85 del decreto delegato, si ponevano dei quesiti circa le sorti delle misure cautelari personali, irrogate durante la vigenza della *lex temporis* che prevedeva la procedibilità a querela, così come il destino dell'eventuale esecuzione della pena prevista dalla sentenza di condanna.

Per quanto concerne le misure cautelari, i termini della questione si ponevano essenzialmente in merito alla scelta tra disporre la scarcerazione di un soggetto, in attesa della (eventuale) formalizzazione della querela, ovvero omettere la scarcerazione dell'individuo posto *in vinculis*.

Entrambe le soluzioni comportano, chiaramente, degli effetti negativi per taluno dei soggetti coinvolti nella vicenda procedimentale: nel primo caso vi sarebbe il rischio nello scarcerare un soggetto che potrebbe aver commesso dei reati di violenza contro la persona, determinando un rischio per la (supposta) vittima. Nel secondo caso, si manterrebbe una misura cautelare, potenzialmente limitativa della libertà personale, pur non sussistendo la condizione *ex lege* per procedere con l'azione penale, raggiungendo in tal modo una soluzione, per lo meno formalmente, scorretta.

Il legislatore previene qualsiasi divisione sul punto, introducendo un sistema equilibrato che prescrive il cessare delle misure in atto nel caso non pervenisse la querela nella finestra temporale stabilita dalla stessa disposizione, fissata in 20 giorni.

I problemi circa l'esecuzione della pena sono invece stati, senza particolari scossoni, risolti da una giurisprudenza consolidata intorno alla già menzionata tesi della non configurabilità della condizione di procedibilità quale elemento costitutivo della fattispecie, con conseguente inidoneità della disciplina sopravvenuta a determinare *abolitio criminis*. Non è perciò configurabile alcuna revoca della sentenza di condanna ex articolo 673 c.p.p.

b) Un diverso problema è invece posto dalla dilatazione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, disposto ad opera del d.l. n. 162/2022, rispetto ai procedimenti per i quali era prospettabile una definizione con sentenza di condanna di poco successiva al 1° novembre. Infatti, con l'entrata in vigore del decreto delegato, vi era un affidamento dell'imputato nella norma che prevedeva la necessaria procedura di avviso della persona offesa per verificare la volontà proporre querela (art. 85 comma 2 del d.lgs.), condizione necessaria a procedere sulla base del diritto sopravvenuto. Questa aspettativa, maturata fino al 31 ottobre, è stata "improvvisamente frustrata dal d.l. n. 162/2022, che ha ripristinato l'iniziale scenario della condanna", disponendo un differimento dell'entrata in vigore del decreto legislativo stesso al 30 dicembre⁴⁷².

Il problema si è posto in modo particolare in coloro che non avevano la possibilità di impugnare la sentenza, poiché il termine previsto dall'articolo 585 c.p.p. era destinato a scadere del 30 dicembre, oltre a coloro i quali, trovandosi di fronte all'ultimo grado di giudizio, non avrebbero avuto più modo di impugnare il provvedimento. Va peraltro segnalato che la stessa Suprema Corte ha stabilito che la disciplina sopravvenuta in tema di procedibilità deve ritenersi applicabile anche ai procedimenti pendenti di fronte ad essa⁴⁷³.

A fugare ogni dubbio circa la legittimità costituzionale del differimento dell'entrata in vigore della riforma, si è espresso il giudice delle leggi in una recentissima pronuncia, con la quale sono state ritenute non fondate le questioni poste dal giudice *a quo*, in riferimento agli articoli 73, 77 e al "coordinato disposto" tra gli articoli 3 e 117 Cost.

In particolare, in rapporto a queste ultime norme, il contrasto deriverebbe dall'assenza di una sufficiente ragione giustificativa nel modificare il termine di *vacatio legis* relativo al d.lgs. n. 150 2022, in tal modo impedendo l'applicazione, a partire dal 1° novembre 2022,

⁴⁷² CASTRONUOVO D., DONINI M., et al. (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., 171.

⁴⁷³ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150, Salatino, cit., § 3.1: "tale disciplina transitoria è operativa anche in riferimento ai procedimenti pendenti in Cassazione, come si desume dal fatto che la originaria previsione, contenuta nello schema di decreto legislativo (art. 14), di escludere che la trasformazione del regime di procedibilità operasse nel giudizio di legittimità, è stata espunta, su sollecitazione della Commissione Giustizia del Senato, per il profilarsi di un eccesso di delega e, ancor più, come evidenziato anche dalla dottrina a posteriori, di situazioni di ingiustificata disparità di trattamento". Era una questione controversa in dottrina, in quanto vi era chi sosteneva che la riforma Orlando in tema di procedibilità non potesse essere applicata di fronte al giudice di legittimità, a causa della complessità la Corte avrebbe incontrato nell'eseguire tale disciplina, tanto che il Governo aveva inizialmente inserito tale limitazione, salvo poi espungere lo stesso articolo nella versione definitiva del decreto delegato; si veda, tra tutti, DELLA RAGIONE L., *Procedibilità a querela*, in *La Riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2018, 108 ss.

delle modifiche più favorevoli al reo previste dal decreto da ultimo citato, “in tal modo consentendo un’applicazione ultrattiva *in malam partem* della precedente disciplina”.

Tuttavia, ritiene la Corte, questa interpretazione si basa “sull’erroneo convincimento che il differimento dell’entrata in vigore abbia inciso sull’efficacia delle singole disposizioni” contenute nel d.lgs., e “non sull’atto normativo stesso e sulla conseguente obbligatorietà dell’insieme dei suoi contenuti”, confondendo l’ipotesi di entrata in vigore del testo normativo con differimento del effetto delle norme, dall’ipotesi, verificatasi nel caso di specie, in cui, invece, il decreto stesso non ha mai acquisito vigenza: “in tale ultimo caso, i contenuti dell’atto (e, tra essi, l’estensione del regime di procedibilità a querela per i delitti per cui si procede nel giudizio *a quo*) costituiscono un elemento il cui concreto rilievo, al metro del principio di retroattività della *lex mitior*, è inibito dal non aver conseguito l’atto stesso alcuna efficacia obbligatoria”⁴⁷⁴.

c) Un ulteriore dibattito è sorto a causa dell’inserimento di una specifica norma transitoria contenuta al comma *2-ter* dell’articolo 85 d.lgs. n. 150 del 2022, il quale stabilisce che “Per i delitti di cui agli articoli 609 *bis*, 612-*bis* e 612-*ter* c.p., commessi prima dell’entrata in vigore del presente decreto, continua a procedersi d’ufficio quando il fatto è connesso con un delitto divenuto perseguibile a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto”.

Tale disposizione pone dei dubbi circa la compatibilità con il regime di retroattività della legge penale più favorevole al reo, in quanto sembrerebbe una frontale deroga a detto principio, impedendo che la modifica al regime di procedibilità produca effetti sui reati connessi di violenza sessuale, atti persecutori e ‘*revenge porn*’, commessi prima del 30 dicembre 2022.

Come già si ha avuto più volte modo di sottolineare, le deroghe al principio della retroattività *in bonam partem* sono ammesse laddove il legislatore individuasse delle ragioni che, nel bilanciamento con quelle fondanti il principio stesso, risultassero maggiormente meritevoli di tutela. Ma, come rileva autorevole dottrina⁴⁷⁵, il problema “potrebbe essere superato accedendo alla tesi della natura non integratrice della citata disposizione” rispetto alle disposizioni del Codice penale, quelle disciplinanti le singole fattispecie di reato, richiamate dalla stessa norma transitoria; in tal modo la procedibilità

⁴⁷⁴ Corte cost., 18 luglio 2023, n. 151, cit.

⁴⁷⁵ GATTA G.L., *L’estensione del regime di procedibilità*, cit., 47.

d'ufficio sarebbe inquadrabile come un mero presupposto di fatto per l'applicazione del disposto del Codice penale, non rilevando la singola modifica alla disposizione stessa⁴⁷⁶.

e) Infine, un'ultima questione è posta dalla più volte ricordata considerazione circa la preponderanza della funzione deflattiva nella nuova disciplina apportata dal legislatore delegato. Si è visto come la natura parzialmente sostanziale delle condizioni di procedibilità e, in particolare dell'istituto della querela, sia stato affermato da parte di coloro che ne sottolineavano l'effetto incidente sulla punibilità del soggetto e le ragioni sostanziali che giustificano un vaglio della persona offesa circa la perseguibilità del fatto di reato. Ora, con la forte presenza di una ragione processuale, o comunque sicuramente non sostanziale, come quella relativa alla diminuzione del carico di processuale, alcuni dubbi si possono legittimamente porre circa la natura giuridica dell'istituto.

È quindi opportuno tentare una soluzione, alla luce delle interpretazioni che si sono succedute prima e dopo la riforma.

1.3. Riflessioni conclusive in merito alle condizioni di procedibilità.

La riforma Cartabia non ha inciso sulla teoria, che si era già diffusa nelle pronunce delle corti e nelle interpretazioni dottrinali, circa la natura mista delle condizioni di procedibilità⁴⁷⁷. Vi è però da svolgere delle considerazioni finali sulla resistenza delle argomentazioni riportate, anche alla luce della riforma che ha investito la materia.

Infatti, non è quello dell'individuazione del regime intertemporale un problema di poco conto e anche le soluzioni portate non sono sempre di semplice applicazione.

Invero, una volta scelto il regime, permangono problemi interpretativi da entrambi i lati: si pensi al caso in cui si applicassero i principi garantistici del diritto penale sostanziale, a seguito di un passaggio dal regime di procedibilità d'ufficio a quella a querela di parte; essendo, la modifica, più favorevole al reo, dovrebbe applicarsi retroattivamente,

⁴⁷⁶ SCORDAMAGLIA I., *La querela*, cit., 10. Su questa linea, la Cassazione ha escluso in passato che venga meno la procedibilità d'ufficio della violenza sessuale, ai sensi dell'art. 609-*septies*, IV comma, n. 4 c.p., qualora venga abolito il connesso reato procedibile d'ufficio; si veda a tal proposito Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 2019, n. 17070, in C.E.D. Cass. Rv. 275943 e Cass. pen., sez. III, 29 novembre 2011, n. 1190, in C.E.D. Cass. Rv. 251908.

⁴⁷⁷ Ne è un esempio, tra tutti, la sentenza Cass. pen., Sez. II, 19 gennaio 2023, n. 2100, in *G. dir.*, VI, 2023. La Suprema Corte ha ritenuto che il *novum* introdotto con il d.lgs. n. 150 del 2022 in punto di sopravvenuta procedibilità a querela stabilita per alcuni reati, potesse trovare applicazione anche prima della formale entrata in vigore della modifica in quanto normativa di favore.

costituendo, questo, un rischio per la persona offesa, *a fortiori* nel caso in cui fosse già decorso il termine per la relativa proposizione.

Inoltre, si è visto in merito alla riforma Cartabia, che, pur introducendo un solido regime transitorio, questo non è immune da problemi applicativi.

Dall'altra parte, se si applicasse il principio del *tempus regit actum*, si porrebbe un problema interpretativo nell'ipotesi in cui la procedibilità, nella normativa precedentemente in vigore, fosse a querela di parte e il termine per la relativa proposizione fosse scaduto, ma, a seguito di una modifica normativa, il reato divenisse procedibile d'ufficio: a quale *tempus* si dovrebbe guardare per l'individuazione della norma applicabile⁴⁷⁸?

Gli argomenti che propendono per la prima opzione si reggono essenzialmente su delle considerazioni che, ancora una volta, originano dall'inquadramento dell'istituto in uno dei due ambiti del diritto penale; qualificazione giuridica a cui consegue l'applicazione del relativo regime intertemporale. In particolare, l'individuazione di una natura parzialmente sostanziale sarebbe ravvisabile nella concreta incidenza dell'istituto nella sfera della punibilità del reo, poiché, evidentemente, pur se questo avesse commesso un furto, ma la persona offesa non procedesse a presentare querela, l'autore del fatto non sarebbe punibile. Sostanziali sarebbero anche le ragioni poste a fondamento dell'istituto della querela, in base alle quali è chi viene leso dal reato ad attribuire allo Stato la potestà di punire quel soggetto, sulla base di considerazioni di opportunità del primo.

A ben vedere, questo metodo di ragionamento sembra essere nondimeno uno sforzo qualificatorio – che sembra ricalcare la tendenza al reo-centrismo, a scapito del vittimocentrismo⁴⁷⁹ – attraverso il quale la dottrina tenta di affermare ciò che difficilmente può essere affermato, introducendo o, meglio, riproducendo quanto già affermato in relazione alla prescrizione, la teoria mista, al fine di poter applicare un regime intertemporale maggiormente garantistico.

Infatti, in primo luogo, non sembra corretto far leva, in questo caso, sull'elemento della punibilità, poiché questa altro non è che la conseguenza di una funzione, a questa prodromica, che l'istituto persegue: la querela e le altre condizioni di procedibilità riguardano prima di tutto il momento dell'esercitabilità dell'azione penale, non

⁴⁷⁸ MAZZA O., *La norma processuale*, cit., 187: se si applicasse la procedibilità d'ufficio si porrebbe infatti una retroattività implicita della norma sopravvenuta, in violazione della regola del *tempus regit actum*.

⁴⁷⁹ In tema reo e vittimocentrismo, si è già avuto modo di segnalare le compiute osservazioni di VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., *passim*.

determinando una scelta in capo alla persona offesa circa la punibilità di chi ha leso un bene giuridico di cui questa è portatrice, ma una scelta limitata all'avvio o meno del procedimento che porterà ad un accertamento che non sarà necessariamente di responsabilità dell'indagato/imputato⁴⁸⁰. È vero che il presunto autore del reato, laddove questo fosse procedibile a querela e quest'ultima non fosse presentata, non sarebbe punibile, ma è vero anche che lo stesso potrebbe potenzialmente non essere il responsabile dell'illecito penale, tanto che, se fosse stato eseguito l'accertamento, sarebbe stato assolto⁴⁸¹. Pertanto, non sembra sufficiente l'argomentazione di cui si fanno portatrici le sezioni unite della Suprema Corte⁴⁸².

In secondo luogo, l'argomento delle ragioni sostanziali di cui l'istituto si farebbe portatore diviene ora più debole con la prevalenza della finalità deflattiva che ha permeato la materia, in particolar modo a seguito dell'ultimo intervento legislativo, tanto da far venir meno qualsiasi tesi favorevole all'esclusiva o anche alla sola prevalente riconducibilità alla sostanzialità dei motivi.

Detto questo, è possibile giungere allo stesso risultato utilizzando il medesimo ragionamento di cui ci si è serviti in tema di qualificazione dell'istituto della prescrizione: ponendo come premessa fondamentale dell'individuazione del regime intertemporale - che, al di là delle problematiche qualificatorie, è il vero tema che ci occupa - le *rationes* dei principi di retroattività *in bonam partem* e irretroattività *in malam partem*, ovverosia alla loro funzione di garanzia e certezza di fronte alla potestà punitiva dello Stato, non sembra che queste possano riferirsi a siffatte modifiche; invero, queste ultime non coinvolgono la pretesa punitiva dell'autorità, ma, come sottolineato, la mera esercitabilità dell'azione penale, ossia una condizione prodromica all'ipotetico esercizio della potestà punitiva.

Rimane in ogni caso indispensabile, al fine di fugare ogni dubbio, l'introduzione di una chiara normativa transitoria ad opera del legislatore innovatore.

⁴⁸⁰ Rimanendo sul piano teorico e generalissimo, si ricorda come la "potestà punitiva" dello Stato sia stata definita come "irrinunciabile" e "intrasmissibile", perciò indisponibile (v. nota 450). Perciò, se realmente le condizioni di procedibilità avessero natura sostanziale, perciò incidendo sulla pretesa punitiva statale, si lascerebbe alla persona offesa la disponibilità di quest'ultima.

⁴⁸¹ CORDERO F., *Procedura*, cit., 54.

⁴⁸² Se così fosse, infatti, altri istituti di pacifica natura processuale sarebbero invece inquadrabili come sostanziali perché sarebbero a questi attribuibile, come effetto indiretto, il venir meno della punibilità del reo. Tra tutti, si pensi all'improcedibilità *ex* articolo 344-bis c.p.p. (v. *sub* Par. 2).

2. La modifica del concordato in appello.

Merita ora un brevissimo riferimento la modifica, intervenuta anch'essa ad opera del d.lgs. 150 del 2022, dell'articolo 599-*bis* c.p.p., che, dall'entrata in vigore della l. 23 giugno 2017, n. 103, disciplina l'istituto del "concordato con rinuncia ai motivi di appello". In base a questa disposizione, seguendo una logica affine rispetto al patteggiamento di primo grado, ancorché in diverso contesto e con diversi effetti, le parti possono fare richiesta al giudice, nelle forme previste dall'articolo 589 c.p.p., dichiarando di "concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi", potendo anche, nel caso in cui dall'accordo derivasse una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicare al giudice la pena sulla quale sono d'accordo.

Per la verità, il concordato sui motivi di appello ha avuto un'esistenza piuttosto travagliata⁴⁸³, dato che un disposto affine era presente anche nel testo originario del codice di rito, per essere successivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale del 10 ottobre 1990, n. 4351, per eccesso di delega. In seguito, l'istituto era stato ripristinato dalla l. 19 gennaio 1999, n. 14 e successivamente abrogato dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125, che convertiva l'articolo 2, I comma, lett. i) e l) del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, degli artt. 599 comma 4 e 5 e 602 comma 2 c.p.p. Infine, l'istituto, come anticipato, è stato reintrodotta e successivamente, di recente, modificato.

Già dalla sua formulazione originaria, la finalità del concordato era di natura deflattiva, mirando a ridurre, o, quanto meno, a velocizzare, il contenzioso nel giudizio di gravame e, anche a seguito della reintroduzione, il meccanismo congegnato dal legislatore era di "finalità spiccatamente deflative"⁴⁸⁴, così come, *a fortiori*, lo sono i motivi che hanno portato al recente ampliamento della platea di potenziali fruitori.

Anche il tal caso nelle aule di giustizia, più che nei testi dottrinali, a maggior ragione di fronte ai continui ritocchi normativi apportati dal legislatore, nonché dalla Consulta, ci si è posti il problema dell'inquadramento dogmatico dell'istituto per verificare se le diverse

⁴⁸³ Si veda, tra tutti, SPANGHER G., *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello"*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di LORUSSO S., Padova, 2008, 163, ss.; LATTANZI G., *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, XII, 2008, 4494.

⁴⁸⁴ CAMON A., DANIELE M., *et al.*, *Fondamenti*, cit., 771.

formulazioni, nel tempo succedutesi, della disposizione *de quo* fossero immediatamente applicabile ai procedimenti in corso.

La Suprema Corte ha chiarito la questione con delle recentissime pronunce, le quali hanno riconosciuto la natura processuale del concordato in appello e, conseguentemente, l'assoggettamento al principio dell'efficacia immediata delle modifiche che lo riguardano.

In particolare, questo orientamento è stato sostenuto a seguito della modifica dovuta all'ultimo decreto delegato, il quale ha provveduto ad espungere dalla norma il limite oggettivo, riguardante alcune tipologie di reati, quali quello di violenza sessuale, oltre che soggettivo, che escludeva ai delinquenti abituali l'accesso al concordato stesso⁴⁸⁵.

Evidentemente, si tratta di un'estensione dell'ambito di applicazione di un istituto che, laddove applicato, comporterebbe un effetto favorevole per l'imputato, potendo lo stesso godere finanche di una pena inferiore rispetto a quella irrogata dal giudice di prime cure. Di fronte ad una modifica favorevole, la determinazione del regime intertemporale applicabile è senza dubbio centrale.

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha affermato di recente⁴⁸⁶ come sia “di tutta evidenza come l'effetto abrogante, riguardando una disposizione di natura processuale, in mancanza di una apposita disciplina transitoria soggiaccia al principio *tempus regit actum*”⁴⁸⁷; la conseguenza sarà che la riforma della disposizione di cui trattasi non potrà che aver prodotto i suoi effetti nei soli giudizi di appello pendenti nel momento

⁴⁸⁵ È stato infatti abrogato il II comma della disposizione in esame, il quale stabiliva quanto segue: “Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza”.

⁴⁸⁶ La Corte si era per la verità già espressa sulla natura giuridica dell'istituto *de quo*, affermando la natura processuale dell'istituto del concordato in appello; si vedano in particolare Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2018, n. 20112, Nesturi, in C.E.D. Cass. Rv. 272746 e Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2019, n. 27626, in C.E.D. Cass. 2019.

⁴⁸⁷ Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2023, n. 9188, in *Cass. pen.*, V, 2023, 1559, § 5.6. La difesa, al fine di sostenere, all'opposto, la natura sostanziale del concordato in appello, ha effettuato un parallelismo rispetto alle pronunce del giudice di legittimità in tema di accesso al rito abbreviato, in quanto anch'esso comporta l'effetto (sostanziale) della diminuzione della pena (così Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 2018, n. 832, in C.E.D. Cass. Rv. 271752). Tuttavia, la Corte ha ritenuto tale richiamo non fosse pertinente, poiché, a differenza dei casi su cui la Corte si esprime in merito all'accesso al rito abbreviato, dove “l'imputato aveva formulato una richiesta di ammissione al rito abbreviato in un momento in cui tale rito era ammissibile, che era stata rigettata sul presupposto che la norma sopravvenuta più sfavorevole potesse avere un'efficacia retroattiva”, nel caso di specie la situazione è, dunque, “ben diversa” in quanto in quest'ultimo “l'imputato non aveva affatto avanzato una richiesta di concordato durante il giudizio di appello che gli era stata rigettata, rispetto alla quale oggi avrebbe potuto astrattamente domandare una sorta di ‘restituzione nel termine’ per presentare quella istanza”.

dell'entrata in vigore della prima, nel caso di specie il 30 dicembre 2022, senza che la stessa trovi applicazione retroattiva, quindi, nei confronti dei giudizi di secondo grado che siano già stati definiti⁴⁸⁸.

Le motivazioni di una tale qualificazione sono scontate, tanto che la Corte stessa non si concentra nel motivare tale passaggio: non si può negare che la norma in questione incida su di una modalità con cui il procedimento debba svolgersi ed eventualmente concludersi, determinando solo indirettamente il *quantum* della pena, che, tuttavia viene inciso esclusivamente dalle parti processuali che partecipano al concordato stesso.

3. La natura processuale del nuovo istituto dell'improcedibilità ex articolo 344-bis c.p.p.

L'intervento riformatore del legislatore delegato non si è limitato a modificare istituti già disciplinati nel nostro ordinamento, ma ha introdotto delle importanti novità nel campo del processo penale. In particolare, un istituto previsto *ex novo* è quello dell'improcedibilità o della cd. "prescrizione processuale", disciplinato dall'articolo 344-bis c.p.p., il quale stabilisce un termine perentorio entro il quale il giudizio di secondo e terzo grado devono essere definiti: ai sensi del I comma la "mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale", termine che si applica anche ai giudizi conseguenti all'annullamento con rinvio al giudice competente; similmente, il II comma riproduce la medesima formula riferendola al giudizio di fronte alla Corte di cassazione, limitandolo però ad un solo anno. Entrambi i termini "decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell'articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza".

A fronte del rigore dell'arco temporale massimo contenuto nei primi due commi, il legislatore è stato costretto all'introduzione di una dettagliata disciplina della cause di proroga e sospensione, nonché delle deroghe, in particolar modo tenendo conto delle

⁴⁸⁸ Come è accaduto, ad esempio, per l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, al quale si è deciso per l'applicazione del principio del *tempus regit actum*, escludendone l'operatività nel caso in cui, al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, sia già decorso il termine, previsto dall'art. 464-bis, comma 2, c.p.p., per formulare la richiesta di ammissione; così Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 33660, Ibnelaziz, C.E.D. Cass. Rv. 279926; Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2015, n. 26761, Lariccia, C.E.D. Cass. Rv. 264221.

ipotesi di maggiore complessità processuale e di maggiore sensibilità sociale: oltre alle cause sospensive previste dal VI comma, è infatti stabilito, al comma IV, che “Quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare, i termini di cui ai commi 1 e 2 sono prorogati, con ordinanza motivata del giudice che procede, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi nel giudizio di cassazione”. La stessa disposizione consente “Ulteriori proroghe...per le ragioni e per la durata indicate nel periodo precedente, quando si procede per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni” nonché per i delitti che sono ivi elencati, ossia, in sintesi, quelli inerenti alle condotte di associazione a delinquere e di violenza sessuale.

Scontata sembra essere la *ratio legis*: di fronte ad una riforma della prescrizione sostanziale che impedisce che il relativo termine decorra dopo la sentenza di condanna di primo grado, ci è posti il problema della conformità con il principio della ragionevole durata del processo rispetto all’ipotesi astratta di un’imputazione che si poteva prolungare negli anni, senza alcun limite temporale. In tal modo, il compromesso tra le forze politiche, che ha portato all’introduzione dell’improcedibilità, mira evidentemente ad una sorta di “compensazione” legislativa⁴⁸⁹, consentendo all’imputato di conservare, nonostante l’immutata e rigida disciplina della prescrizione sostanziale come risultante dalla riforma del 2019, un’aspettativa di soluzione della vicenda processuale in un termine ragionevole⁴⁹⁰.

La novità in questione ha portato a delle naturali preoccupazioni circa il rischio di impunità che deriverebbe dall’incapacità della giustizia italiana di reggere ad una norma tanto dirompente, rilevando come, in molti casi, il giudice non potrà far altro che ammettere plurime proroghe al termine, che, nei procedimenti maggiormente complessi, raramente viene rispettato. Per di più, sono sorte delle questioni interpretative riguardanti il rapporto tra l’improcedibilità e l’inammissibilità⁴⁹¹, oltre che dubbi di legittimità

⁴⁸⁹ In tal modo si esprime la Relazione dell’Ufficio del Massimario n. 62/21, in *sist. pen.*, 16 novembre 2021, 34.

⁴⁹⁰ CASSIBBA F., *et al.*, *Nuovi limiti temporali per l’accertamento penale*, cit., 104.

⁴⁹¹ Come viene correttamente osservato dalla dottrina “non sembra affatto che la ‘nuova’ improcedibilità rivesta, dal punto di vista cronologico né tantomeno logico, una valenza radicalmente prioritaria rispetto alla disciplina della inammissibilità, attribuendo al giudice dell’impugnazione CANZIO G., *Il modello “Cartabia”*. *organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio

costituzionali in merito alla indeterminatezza della disciplina delle proroghe e del ruolo che la stessa, nel silenzio in materia, potrebbe ritagliare al giudice nel decidere *motu proprio* sulle stesse⁴⁹².

Tuttavia, le questioni che ora ci interessano riguardano il diritto intertemporale, perciò l'individuazione del principio applicabile al sopravvenire della riforma che ha introdotto questo istituto. Tale problematica, nei primi mesi successivi alla sua entrata in vigore, è stata particolarmente sentita nelle aule di giustizia e spesso i giudici si sono trovati ad affrontare rilievi di stampo intertemporale promossi dalla difesa; oramai la questione è stata risolta da una decisa giurisprudenza di legittimità, ma vale in ogni modo la pena analizzare il breve dibattito che ne è sorto, confutando le teorie dottrinali sorte a valle di queste pronunce.

L'istituto in questione ha certamente comportato una modifica favorevole per l'imputato che, nel caso in cui questa si applicasse al procedimento pendente, potrebbe sperare in una assoluzione per superamento dei termini previsti a pena di improcedibilità.

Di fronte ad una *lex mitior*, si è più volte ribadito, è necessario determinare quale sia la sfera di applicabilità, perciò, se questa sia retroattiva, in ossequio al regime sostanziale, ovvero se vada applicata immediatamente, seguendo il principio del *tempus regit actum*. A ciò si aggiunga che il regime transitorio previsto dall'articolo, III, IV, e V comma d.lgs. 150 del 2022, stabilisce che l'istituto si applichi esclusivamente ai fatti di reato commessi successivamente al 1° gennaio 2020, prevedendo altresì che per i soli procedimenti di impugnazione in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della legge, siano già pervenuti gli atti di fronte al giudice di secondo o terzo grado, il *dies a quo* decorra dalla data di entrata in vigore della legge stessa.

2022, 8. *Contra*, si sostiene che “l'improcedibilità legata al decorso del tempo ha necessariamente la priorità logica e cronologica”, MAZZA O., *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *Discrimen*, 2 gennaio 2022, 7.

⁴⁹² I presupposti che vincolano il giudice nel disporre o meno la proroga del termine potrebbero soffrire di un difetto di determinatezza, in quanto non specificerebbero con precisione le ipotesi in presenza delle quali il giudice deve disporre la stessa, ma anzi è lasciato alla sua discrezionalità, ancorché vincolata dai requisiti *ex lege*, la scelta. Tuttavia, sembra corretto affermare che, in linea con quanto già sperimentato in materia di misure cautelari, i presupposti sarebbero sufficientemente precisi. DI BITONTO M. L., *Osservazioni “a caldo” sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, XII, 2021, 3856. Sarebbe, infatti, complesso immaginare una norma capace, ad un tempo, di soddisfare parametri di stretta determinatezza e precisione e di applicarsi a tutte le fattispecie concrete più disparate e difficilmente predeterminabili, evitando che si verifichi, in relazione a queste, una impunità.

La seconda questione posta, produrrebbe dei sospetti di contrarietà al principio della domanda *ex* articolo 111, II comma, Cost., si veda *ibidem*, 3856.

In sintesi, lo stesso legislatore limita l'effetto, favorevole al reo, dello *ius superveniens* ai soli reati successivi al 1° gennaio 2020, negando in relazione ai fatti precedenti, l'applicazione retroattiva.

Ecco che diventa dirimente l'individuazione del regime applicabile, che, seguendo quello che abbiamo visto essere il procedimento logico largamente diffuso sia in dottrina che in giurisprudenza, coincide con la qualificazione sostanziale o mista della norma in esame: se applicabile sarà il principio della retroattività *in bonam partem*, si dovrà prendere una posizione circa la ragionevolezza della deroga posta dal legislatore, sufficiente a superare un ipotetico sindacato di legittimità costituzionale del giudice delle leggi in relazione all'articolo 3 Cost.

Diversamente, se la natura dell'istituto sarà classificata come processuale, nessun dubbio si porrà circa la legittimità del regime transitorio impostato dalla novella del 2022, dovendosi riconoscere come facoltà del legislatore quella di modulare gli effetti dell'innesto legislativo.

La strada percorsa dal giudice di legittimità aderisce a quest'ultima opzione e non sembra poter essere diversa: a causa della “dichiarata finalità perseguita con l'introduzione dell'art. 344-*bis* c.p.p., della celere definizione dei processi di impugnazione ... quale bilanciamento, all'introduzione dell'art. 161-*bis* c.p.p., secondo cui il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado”; altro indice che suggerisce una qualificazione processuale, vi è “la collocazione dell'art. 344-*bis* c.p.p., nell'ambito delle condizioni di procedibilità, e le modalità operative del meccanismo estintivo previsto dalla disposizione in questione, in cui il superamento della forbice temporale predefinita dal legislatore, salvo eventuali proroghe, incide non sull'esistenza del reato, ma sulla possibilità di proseguire l'azione penale in quanto estinta”⁴⁹³.

⁴⁹³ Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2022, n. 334, § 4.1.2., in *Cass. pen.*, III, 2022, 1029. Afferma inoltre la Corte che “L'inquadramento ‘processuale’ della norma di cui all'art. 344-*bis* c.p.p., non esclude che l'istituto abbia anche ripercussioni sostanziali, altresì connesse all'indubbia novità dell'istituto che di fatto rileva in plurimi ambiti, ma esse rilevano quale mero effetto consequenziale all'improcedibilità dell'azione alla scadenza del termine fissato dal legislatore per la durata ‘ragionevole’ del giudizio di impugnazione” (§ 4.1.3.). Questi stessi indici di processualità sono riportati dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 62/21, 34.

Non vanno perciò apprezzate le posizioni di quanti riconoscano l'applicazione del principio di irretroattività, creando un parallelismo con la prescrizione sostanziale⁴⁹⁴ e, contestualmente, rifiutino la “processualizzazione della prescrizione”⁴⁹⁵.

Invero, è certamente indubitabile che l'effetto indiretto dell'improcedibilità è di evitare all'imputato la condanna e l'applicazione della pena, ma questo non può che essere considerato come l'effetto collaterale rispetto a quello principale, che, all'opposto, ricade sulla sfera processuale e, in particolare, sulla possibilità, ovvero l'impossibilità, di procedere, ossia sulla (perdurante) esercitabilità dell'azione penale⁴⁹⁶, come asserito dalla Suprema Corte.

Pertanto, evidente è la differenza con la qualificazione della prescrizione del reato, il maturare della quale comporta certamente un arresto del procedimento e, quindi, dell'esercizio dell'azione penale, ma incide più propriamente sull'estinzione, non tanto dell'azione penale stessa, ma del reato stesso, agendo perciò su di un piano sostanziale.

In conclusione, non si può negare che la disciplina transitoria, individuando una parte soltanto di procedimenti pendenti a cui riferire la disciplina sopravvenuta, debba essere considerata ragionevole alla luce della necessità, in primo luogo, di “evitare una ‘estinzione’ di massa dei procedimenti” in corso da un tempo superiore rispetto a quello prescritto dalla norma succeduta e, in secondo luogo, di predisporre un arco temporale sufficiente ad assicurare una piena riorganizzazione degli uffici giudiziari⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ È l'argomentazione seguita da CASSIBBA F., *et al.*, *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale*, cit., 105 ss., laddove si afferma che non sembra dirimente la considerazione circa la ragione fondante l'istituto, riconducibile all'esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo, poiché tale ragione sarebbe condivisa con la prescrizione del reato, la cui natura sostanziale non è mai stata messa in dubbio. Allo stesso modo, viene asserito che, come le modalità operative dell'improcedibilità ex articolo 344-bis c.p.p. si riflettono sul potere di proseguire l'azione penale, similmente si verificherebbe con la prescrizione sostanziale, in base alla quale si estinguerebbe l'accertamento, più che il reato stesso. *Contra*, FERRUA P., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Riv. pen. dir. proc.*, 24 gennaio 2022, 13 ss.

⁴⁹⁵ BARTOLI R., *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. e processo*, IX, 2021, 1170.

⁴⁹⁶ Si ripercorrono qui gli stessi argomenti utilizzati nell'analisi dell'istituto del concordato in appello. Inoltre, va osservato che, se si riconoscesse la connessione tra l'improcedibilità e la punibilità, allora “buona parte delle disposizioni processuali finirebbe per coinvolgere la ‘punibilità’”, risultando perciò qualificabili come sostanziali. Dunque, “‘Ipoteticamente punibile, ma non più processabile’” sembra essere la sintesi iconica di questo nuovo istituto; FERRUA P., *Improcedibilità*, cit., 14.

⁴⁹⁷ LEO G., *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sist. pen.*, 16 febbraio 2022, 13. In tal senso, la stessa sentenza Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2022, n. 334, cit., § 4.1.4.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della disamina delle tre questioni fondamentali - le quali si pongono come sotto-problematiche del più ampio tema inerente alla differenziazione dei regimi intertemporali propri delle norme sostanziali e processuali, che ci si è posti sin dall'introduzione l'obiettivo di affrontare - si può notare come le stesse non siano state risolte, né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, in modo pacifico e, in particolare, adottando un procedimento logico-giuridico idoneo a giungere a delle conclusioni coerenti, estensibili contestualmente alle tre medesime questioni.

In particolare, ci si è chiesti entro quali limiti si possa parlare di materia penale, specialmente in relazione a quelle fattispecie, come le misure di sicurezza, le misure di prevenzione e gli illeciti amministrativi, che sembrano appartenere ad un ambito esterno, seppur tangente, a quello penale in senso stretto. Le soluzioni adottate, anche alla luce della presenza di specifiche norme che, in taluni di questi casi, hanno disciplinato la problematica della successione delle leggi, sono tutt'altro che uniformi.

In secondo luogo, si è affrontata la questione dell'opportunità e della legittimità dell'estensione del regime garantistico delle norme sostanziali alle norme processuali *in toto*, ovvero a quelle incidenti su dei beni costituzionalmente tutelati e aventi un carattere di "sostanzialità".

Infine, ci si è occupati della cruciale questione degli istituti la cui natura giuridica non è pacificamente riconducibile ad una delle due categorie del diritto penale in senso lato; tema, questo, che forse più di tutti sconta il preconetto dogmatico che ci si accinge a confutare, tanto che molti degli approcci ermeneutici, che si sono via via formati in tema, non sembrano essere idonei ad inquadrare correttamente la questione.

Si è visto, infatti, come il tentativo di soluzione alle problematiche, segnatamente alla seconda e, in modo particolare, alla terza, sia sempre stato condotto a partire dalla distinzione astratta della natura giuridica delle norme, per poi solo successivamente attribuire alle stesse un determinato regime intertemporale.

Questa distinzione, come si è affermato, viene condotta con un approccio teorico da quella parte di autori che ritrovano nella *ratio* del singolo istituto l'indice fondamentale al fine di determinarne la natura⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ si veda Cap. III, Par.1.

Se la funzione a cui un certo istituto è preposto è quella di disciplinare la sfera della punibilità, questo avrà natura sostanziale e sarà, perciò, irretroattivo nelle sue modiche sfavorevoli al reo, mentre queste ultime saranno retroattive laddove allo stesso favorevoli. Diversamente, altra parte della dottrina e, in particolar modo, la giurisprudenza sembrano adottare un criterio pratico di individuazione della qualifica normativa, non concentrandosi tanto sulla funzione dell'istituto, in ossequio alla *mens legis*, ma alla concreta incidenza dello stesso e, di conseguenza, della relativa riforma sul trattamento sanzionatorio che il reo dovrà subire⁴⁹⁹. È così che, seguendo questo indirizzo interpretativo, istituti quali la prescrizione, le misure alternative alla pena detentiva e le condizioni di procedibilità integrano i requisiti di applicazione degli articoli 25, II comma, Cost. e 2 c.p.

Perciò, a partire dalla classica osservazione in base alla quale la funzione dei principi di retroattività *in bonam partem* e irretroattività *in malam partem* sia assicurata laddove questi siano applicati a quelle norme che, generalmente, sono qualificabili come sostanziali, sembra che sia stato invertito lo schema concettuale, tanto che, nel tempo, dottrina e giurisprudenza dominanti si sono accontentati di qualificare astrattamente le disposizioni entro una delle due categorie di riferimento, per poi applicare apoditticamente alle norme così classificate i summenzionati principi, ovvero quello opposto del *tempus regit actum*, sembrando, questo, un approccio oggi difficilmente superabile⁵⁰⁰.

Tuttavia, come si è reso evidente, questa sequenza argomentativa non è considerabile soddisfacente sotto ogni profilo pratico e, perciò, non è immune da critiche di metodo: invero, laddove lo scopo, sia esso teorico-dogmatico, ovvero pratico-applicativo, fosse l'individuazione della norma applicabile nelle diverse finestre temporali prese in considerazione, determinando perciò il principio di diritto intertemporale applicabile, andrà prima di tutto chiarita la *ratio* di quest'ultimo, ossia del principio generale e, solo

⁴⁹⁹ Non solo la giurisprudenza nazionale, ma anche sovranazionale; ne è un esempio eclatante la sentenza del caso Del Rio Prada c. Spagna, dove il ricorso è stato accolto non solo in riguardo all'articolo 7, ma anche all'articolo 5 CEDU.

⁵⁰⁰ È certamente vero che l'approccio giurisprudenziale è maggiormente casistico, ma non è questo necessariamente un pregio; infatti, in tal modo, si dovrà determinare istituto per istituto la natura giuridica e il regime intertemporale di riferimento.

successivamente, si dovrà verificare se lo stesso sia tale da assorbire anche l'istituto specifico a cui la norma in questione appartiene⁵⁰¹.

Si consideri, per semplificare, la seguente ipotesi: il legislatore, a seguito di ragioni di politica normativa dettate da esigenze deflattive, interviene sull'assetto della procedibilità di alcuni reati, determinando una modifica *in melius* della stessa, che, dal modello dell'azione penale avviabile d'ufficio, viene convertita al modello dell'azionabilità a querela di parte.

Qualificare la natura giuridica dell'istituto è, come si è ampiamente visto, assai complesso: con un approccio teorico si sarebbe portati ad affermare la natura (parzialmente) sostanziale dello stesso, muovendo dalle esigenze, per l'appunto sostanziali, su cui lo stesso si regge, così come, con un approccio pratico, si giungerebbe allo stesso risultato facendo leva sulla concreta incidenza di queste norme sull'elemento della punibilità.

Aldilà della criticabilità nel merito del ragionamento ora condotto⁵⁰², questo metodo si oppone a quello che si cerca in questa sede di sostenere. Sarebbe necessario chiedersi se il principio di retroattività della *lex mitior*, per come è stato delineato dal legislatore, trovi qui una fondata ragion d'essere; la risposta sembra essere negativa, data l'evidenza che, indipendentemente dalla natura attribuibile in sede dogmatica alle norme sulle procedibilità dell'azione penale, la *ratio* del principio *de quo*, così come per il divieto di applicazione retroattiva, nel caso di intervento legislativo di segno opposto, non sembra riferirsi a norme che abbiano la funzione di regolare non tanto la potestà punitiva dello Stato, ma la modalità con cui questa può eventualmente essere esercitata.

Ecco allora il punto di svolta; una volta affermato il punto di partenza, ossia le *rationes* dei principi che qui si devono applicare, bisogna determinare quale sia il criterio orientativo che da queste discende ai fini dell'individuazione delle norme sottese al proprio ombrello applicativo.

⁵⁰¹ CAMAIONI S., *Successione*, cit., 139, riporta questo indirizzo dottrinale come la "terza posizione" possibile, rispetto a quella dominante di cui si è detto e a quella tesa ad estendere il principio di cui all'articolo 25, II comma, Cost., anche alle norme processuali. Dubbi sulla correttezza dell'orientamento che determina il principio intertemporale a partire da una distinzione della natura giuridica della norma sono espressi in SINISCLALCO M., *Irretroattività*, cit., 162.

⁵⁰² Si è detto come, in realtà, pur seguendo la via della qualificazione teorica, non sarebbe del tutto corretto affermare la natura sostanziale delle condizioni di procedibilità, in quanto le stesse attengono alla fase dell'esercizio o meno dell'azione penale, ossia all'avvio del procedimento, che, per definizione, ha come scopo il miglior accertamento possibile della penale responsabilità e il cui esito è perciò incerto; solo come effetto collaterale inciderebbero sulla punibilità del reo. Si veda Cap. IV, Par. 1.3.

In particolare, dalla necessità di garantire il cittadino dagli abusi dell'autorità pubblica, unica detentrica della potestà punitiva, e dall'esigenza di predeterminazione della sfera del lecito e dell'illecito, sembra cogliersi che le norme sottoposte a questo regime garantistico siano quelle che disciplinano la pretesa punitiva statale: segnatamente, per quali fatti questa si possa considerare legittimamente esercitabile e quali conseguenze ne deriverebbero in termini di quantità e modalità della sanzione. Tradotto, tutte le norme che disciplinano il fatto di reato, allargandone o restringendone i confini tipici, se non addirittura introducendo *ex novo* o abrogando una fattispecie astratta, modificano i limiti edittali della pena o le modalità di esecuzione della stessa.

Sotto un ulteriore punto di vista, si potrebbe affermare che l'elemento su cui si reggono i menzionati principi intertemporali è il concetto di "pena", tanto che il legislatore costituzionale avrebbe così voluto garantire il cittadino di fronte al mutamento delle norme che ne determinano l'*an*, il *quantum* e il *quomodo*.

In tal modo, si comprenderebbe bene la qualificazione attribuita alla teoria della pena come "*trait d'union* tra diritto penale sostanziale e processuale"⁵⁰³ e, da questo, si coglie ancor più la necessità di abbandonare quella rigida dicotomia tra i due rami del diritto penale, per lo meno in materia intertemporale, estendendo i principi di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole a tutte quelle norme che incidessero sulla potestà punitiva dello Stato⁵⁰⁴.

Peraltro, la stessa pretesa punitiva va configurata nel momento in cui astrattamente la pena deve essere irrogata: non saranno così rilevanti le fasi precedenti alla decisione della condanna, inerenti perciò alle prove, alla procedibilità, ovvero alla fase cautelare, ma solo quelle norme che, come detto, disciplinano la pena, o meglio il momento in cui astrattamente viene riconosciuta la penale responsabilità di un soggetto, a cui corrisponde una certa sanzione penale e una determinata esecuzione della stessa.

Allo stesso modo, anche le norme sulla prescrizione, le quali incidono direttamente sulla punibilità, in quanto comportano l'estinzione del reato, ancorché sia riscontrabile dalla ricostruzione processuale la responsabilità penale di un certo soggetto, si pongono nella fase di esercizio della "potestà punitiva" e, perciò, sono senza dubbio meritevoli di applicazione del regime intertemporale maggiormente garantistico.

⁵⁰³ Si veda Cap. II, Par. 1.1.

⁵⁰⁴ Della nozione di "potestà punitiva" se ne è occupata autorevolissima dottrina; si rinvia in particolare a VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942; ID, *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1984.

Diversamente, le norme che disciplinano l'azione penale non guardano alla pretesa punitiva dello Stato, ma alla modalità con cui questa deve essere esercitata⁵⁰⁵ che, tendenzialmente, risiede in un momento antecedente rispetto a quello che abbiamo appena considerato.

Inoltre, il criterio guida adottato spesso dalla giurisprudenza, ossia quello relativo alla concreta lesione degli interessi del reo, non è del tutto estraneo al modello metodologico qui proposto: questo elemento può essere utile ad escludere, all'interno delle materie che vengono ricondotte ai principi costituzionali, quegli istituti che, proprio per la loro dimensione concreta e neutra rispetto alla lesione del bene costituzionale di cui l'individuo si fa portatore, non sarebbero assoggettati ai principi stessi⁵⁰⁶.

Questo approccio interpretativo, inoltre, travalicando il mero tema della qualificazione giuridica, permetterebbe di affrontare tutte e tre le problematiche riportate, determinando i confini della materia penale e individuando le norme a cui applicare i principi in esame, senza una aprioristica classificazione delle stesse: ben potrebbe darsi che un istituto inquadrabile nella materia processualpenalistica, sulla base dei criteri che si sono ampliamenti analizzati, laddove incidente sull'atteggiarsi della potestà punitiva dello Stato, sia così assoggettato al regime intertemporale proprio degli articoli 25, II comma, Cost. e 2 c.p.⁵⁰⁷.

In estrema sintesi, al fine della soluzione dei problemi di diritto intertemporale, si suggerisce l'adozione di una prospettiva diversa nel metodo, più che nel merito, da cui discendono dei risultati che, nonostante nella maggior parte dei casi coincidano con quelli che conseguono all'approccio classico, fondato sulla differenziazione della natura giuridica delle norme penali, non si possono considerare corretti in relazione alla generalità degli istituti del diritto penale in senso lato.

⁵⁰⁵ SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., 109. Come visto, questo principio era già affermato nella Relazione al Codice penale Rocco (R.D. n. 1399 del 1930); si veda *supra* 129.

⁵⁰⁶ Un esempio sono le modifiche alla disciplina dei permessi premio, i quali, nonostante siano parte dell'ampia materia dell'esecuzione penale, che abbiamo riconosciuto essere assoggettata ai principi di irretroattività *in peius* e retroattività *in melius*, non sono considerabili idonei a modificare in concreto alla qualità e quantità della pena e, perciò, non godranno della disciplina intertemporale maggiormente garantistica.

⁵⁰⁷ Anzi, si potrebbe affermare che la qualificazione sia successiva, potendosi semmai considerare come sostanziale quella norma a cui si applicano i principi fondamentali del diritto penale, tra cui quelli intertemporali; in tal modo, la logica è completamente ribaltata. Giunge a teorizzare una possibile inversione concettuale, SINISCALCO M., *Irretroattività*, cit., 162.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSETTI E. M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.

AMBROSETTI E. M., *La legge penale nel tempo*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario sistematico al Codice penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, I, 2016.

AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, II, 2007.

AMBROSETTI E. M., *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Dir. pen. giust.*, I, 2016.

AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte generale*, I, *La legge penale*, Padova, 2023.

AMBROSETTI E.M., *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017.

ANDRIOLI V., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965.

BARGIS M., *Dubbi di costituzionalità nel passaggio di competenza dalla corte d'assise al tribunale per determinate categorie di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1975.

BARTOLI R., *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. e processo*, IX, 2021.

BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche sulla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016.

BERNARDI A., *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidòlia*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2017.

BONAFEDE M., *Codice penale, parte generale*, in BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1984.

BRICOLA F., *Art. 25, comma 2 e 3*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1988.

BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *IP*, 1969.

BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. d.I.*, XIV, Torino, 1967.

CADOPPIA., CANESTRARI S., PAPA M., MANNA A., *Trattato di diritto penale. Parte generale, I, il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012.

CADOPPIA., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padova, 2021.

CAMAIONI S., *Successione di leggi penali*, Padova, 2003.

CAMON A., DANIELE M., *et al.*, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2021.

CANZIO G., *Il modello "Cartabia". organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2022.

CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 5, 1990.

CARNELUTTI F., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, *Riv. dir. proc.*, 1950.

CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946.

CASO CHIMENTI M., PAPINI L., *La legislazione medicea nelle raccolte dell'Archivio di Stato di Firenze (1532-1737)*, in (diretta da) CIAMPI C., *Collana dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, VIII, Firenze, 2009.

CASSIBBA F., *et al.*, *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale*, a cura di KOSTORIS R. E. e ORLANDI R., Torino, 2022.

CASTRONUOVO D., DONINI M., *et al.* (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023.

CHIAVARIO M., *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978.

CHIAVARIO M., *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 31 luglio 2017.

CHIAVARIO, M. *Favor libertatis*, *Enc. Dir.*, XVII, 1968.

CIPANI E., *La Corte europea sull'applicazione dell'art. 7 CEDU alle norme relative all'esecuzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2023.

CIVELLO G., *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, III, 2015.

CODERO F., *Procedura penale*, Milano, 1987.

CONSO G., *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1982.

CONSO G., *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970.

CONSULICH F., *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in *Discrimen*, 11 agosto 2020.

CONTINIELLO A., *Della prescrizione penale. Natura, fondamento e giustificazione dell'istituto*, in *Giur. pen. web*, II, 2020.

DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova nel processo penale*, Torino, 2009.

DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XIII, Torino, 1997.

DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, II, 1992.

DELLA RAGIONE L., *Procedibilità a querela*, in *La Riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2018.

DELOGU T., *La loi penale et son application*, Alessandria, 1956.

DI BITONTO M. L., *Osservazioni "a caldo" sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, XII, 2021.

DI PRISCO A., *La successione delle leggi penali nel tempo e il tempus commissi delicti nei vari tipi di reato*, in *iusinitinere.it*, 30 marzo 2019.

DI RONZA P., *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, Padova, 2006.

DONINI M., in NOBILI M., STORTONI L., *et al.*, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, V, 1998.

FANFANI L., *Cartabia: gli effetti sulla sopravvenuta procedibilità a querela*, in *NJus*, 10 marzo 2022.

FARAGUNA P., PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti*, in *dir. pen. cont.*, I, 2016.

FERRUA P., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Riv. pen. dir. proc.*, 24 gennaio 2022.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019.

FRAGASSO B., *Irretroattività delle limitazioni all'accesso alle misure alternative previste dall'art. 4-bis ord. penit.: dalla Corte costituzionale una conferma dell'approccio antiformalistico in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2020.

GAITO A., *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975.

GALGANI B., *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo: tempus regit actum?*, Torino, 2012.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999.

GALLO M., *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1965.

GAMBARDELLA M., *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, IV, 2016.

GAMBARDELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.

GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la corte europea l'art. 7 cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, V, 2010.

GATTA G. L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.

GATTA G. L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020.

GATTA G.L., *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in *Sist. pen.*, I, 2023.

GATTA G. L., "Tolleranza tra principi" e "principi intolleranti". *l'emergenza sanitaria da covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020.

GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021.

GATTA G. L., *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, in *Sist. pen.*, I, 2023.

GATTA G. L., *Una riforma dirompe: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993.

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

GRISPIGNI F., *Diritto processuale penale*, I, 1945.

GUARINO A., *Il diritto. Un identikit*, Napoli, 1996.

HALL J., *Federal criminal procedure*, in *Studies in jurisprudence and criminal theory*, New York, 1958.

KELSEN H., *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, «Nuovi studi politici», 1989.

LATTANZI G., *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, XII, 2008.

LAVARINI B., *Le modifiche dell'articolo 513 c.p.p. ed il giudizio di cassazione nel regime transitorio*, in *Giur. it.*, II, 1999.

LEO G., *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sist. pen.*, 16 febbraio 2022.

LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1988.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961.

LEONE M., *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974.

LONGARI C., «*Esiguità dell'offesa*» vs «*colpa di organizzazione*» nella responsabilità da reato degli enti, Padova, 2022.

LOZZI G., *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1997.

MADEO V., *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella “riforma Cartabia”*, in *legislazionepenale.eu*, 28 novembre 2022.

MANCA G., *Sanzioni per gli illeciti amministrativi e gli enti* in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Padova, 2018.

MANES V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*: le ragioni dei controlimiti, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.

MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale, nota a corte cost. sent. 12 febbraio 2020 n. 320*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020.

MANES V., *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *Questione Giust.*, aprile 2019.

MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2015.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1956.

MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale (nota a CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco)*, in *Cass. pen.*, I, 2016.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol I, Milano, 2001.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021.

MAZZA O., *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *Discrimen*, 2 gennaio 2022.

MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.

MAZZACUVA F., *La grande camera della corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

MAZZACUVA F., *La materia penale e il doppio binario europeo, le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2013.

MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di GIUNTA F., Milano, 2006.

MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nss. d.I.*, Torino, XIII, 1966.

MUSCO M., *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000.

NAPPI A., *Qualche precisazione sul diritto intertemporale delle prove*, in *Gazz. giur.*, XVI, 1998.

NUVOLONE P., *Principi di diritto penale*, Padova, 1982.

PAGLIARO A., *La legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973.

PAGLIARO A., *Prescrizione del reato e 'nuova' estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, XI, 2010.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 2000.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.

PALAZZO F., *La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale – Querela e strategie deflative*, in *Giur. it.*, IV, 2021.

PAMPANIN V., *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.*, I, 2018.

PANAGIAS., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1995.

PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960.

PICOTTI L., *La legge penale*, in *Codice penale*, diretta da BRICOLA F., ZAGREBELSKY V., I, Torino, 1996.

PISA P., *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, V, 1986.

PROFITI E., *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, nota a Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. 42750/09, in *Cass. pen.*, II, 2017.

- PUGLISI G., *La clausola di Norimberga*, Torino, 2021.
- PULITANÒ D., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2021.
- PULITANÒ D., DODARO G., *Artt. 1-5*, in (a cura di) CRESPIA., FORTI G., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017.
- PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, I, 2015.
- RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, XV, 1966.
- Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo Codice penale, R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399, in *gazzettaufficiale.it*.
- Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 62/21, in *Sist. pen.*, 16 novembre 2021.
- RESCIGNO G. U., voce *Abrogazione* in *Dol. Treccani*, 2014.
- RICCARDI G., *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Cass. pen.*, II, 2017.
- ROMANO M., *Commentario sistematico al Codice penale*, Milano, 1995.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Monaco di Baviera, 2006.
- SALCUNI G., *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, III, 2015.
- SANTORO A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954.
- SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, I, 2013.
- SCALFATI A., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006.
- SCORCIA S. M., *Il regime intertemporale della confisca (senza condanna) nella pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Dir pen. e proc.*, VI, 2023.
- SCORDAMAGLIA I., *La querela nel rinnovato sistema della giustizia penale*, in *Giur. pen.*, VII, 2023.
- SILVA C., *Le misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Padova, 2022.

SILVANI S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009.

SILVESTRI P., *Successioni di norme processuali penali e nuovo processo in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2015.

SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983.

SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987.

SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali*, I, Messina, 1988.

SPANGHER G., *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello"*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di LORUSSO S., Padova, 2008.

STEA G., *L'ultima prescrizione*, Padova, 2020.

TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, III, 2019.

TOSCANO G., *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2014.

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.

VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

VASSALLI G., *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1984.

VELO DALBRENTA D., *Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2017.

VERGINE F., *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova, 2017.

VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016.

VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano, vol. I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999.

GIURISPRUDENZA

DI MERITO E DI LEGITTIMITÀ:

- Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 1996, n. 8907.
- Cass. pen., sez. un., 20 giugno 1990, n. 10893.
- Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887.
- Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2019, n. 11520.
- Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2015, n. 22379.
- Cass. pen., sez. IV, ordin. 5 aprile 2018, n. 21286.
- Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986.
- Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601.
- Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 1998, n. 4176.
- Cass. pen., sez. un., 22 gennaio 1983, n. 1.
- Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1996, n. 2143.
- Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 1997, n. 1058.
- Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 1192.
- Cass. pen., sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 56104.
- Cass. pen., sez. III, 17 aprile 2013, n. 17610.
- Cass. pen., sez. II, 12 maggio 2015, n. 24785.
- Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 14598.
- Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2020 n. 36069.
- Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 2023, n. 4145.

Cass. pen., sez. III, 1° marzo 2023, n. 16576.

Cass. pen., sez. II, 8 marzo, 2023, n. 17354.

Cass. pen., sez. II, 10 giugno 2015, n. 30938.

Cass. civ., sez. un. 29 gennaio 1994, n. 890.

Cass. pen., sez. I, 26 gennaio 1998, n. 5591.

Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2000, n. n. 5558.

Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 11.

Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2014, n. 44895.

Cass. pen, sez. IV, 2 luglio 2015, n. 28153.

Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2023, n. 3990.

Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2023, n. 5925.

Cass. pen., sez. II, ordin. 16 marzo 2023, n. 11279.

Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1998, n. 595.

Cass. pen., sez. V, 29 gennaio 2020, n. 7053.

Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 48462.

Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 2010, n. 30417.

Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2010, n. 23895.

Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2010, n. 10277.

Cass. pen., sez. un., 1° ottobre 1991, n. 390.

Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2021, n. 17787.

Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2021, n. 12161.

Cass. pen., sez. un. 25 febbraio 1998, n. 4265.

Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 1998, n. 4408.

Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2015, n. 21451.

Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052.

Cass. pen., sez. un, 19 gennaio 2004, n. 919.

Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561.

Cass. pen., sez. I, 30 novembre 1998, n. 5976.

Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1998, n. 6356.

Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 1995, n. 18.

Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2022, n. 48340.

Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541.

Cass. pen., sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442.

Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9466.

Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210.

Cass. pen., sez. IV, 26 febbraio 2016, n. 7914.

Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210.

Cass. pen., sez. V, 14 luglio del 2020, n. 25222.

Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2003, n. 41333.

Cass. pen., sez. II, 1° febbraio 2022, n. 4800.

Cass. pen., sez. II, 9 gennaio 2020, n. 14987.

Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2019, n. 3019.

Cass. pen., sez. II, 17 aprile 2019, n. 21700.

Cass. pen., sez. V, 17 aprile 2019, n. 22143.

Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 13577.

Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2015, n. 44390.

Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150.

Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2022, n. 10285.

Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 2019, n. 17070.

Cass. pen., sez. III, 29 novembre 2011, n. 1190.

Cass. pen., sez. II, 19 gennaio 2023, n. 2100.

Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2018, n. 20112.

Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2019, n. 27626.

Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2023, n. 9188.

Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 2018, n. 832.

Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2022, n. 334.

Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 33660.

Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2015, n. 26761.

DI MERITO:

Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordin. 8 aprile 2019.

Tribunale ordinario di Brindisi, ordin. 30 aprile 2019.

Tribunale ordinario di Bari, ordin. 23 dicembre 2005.

GUP Tribunale di Cuneo, ordin. 17 gennaio 2014.

COSTITUZIONALE:

Corte cost., 2 aprile 1970, n. 49.

Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118.

Corte cost., 31 marzo 1988, n. 367.

Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393.

Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72.

Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215.

Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394.

Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236.

Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

Corte cost., ordin. 12 novembre 1987, n. 392.

Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 19.

Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196.

Corte cost., 22 aprile 2002, n. 150.

Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420.

Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68.

Corte cost., 16 giugno 1964, n. 46.

Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29.

Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109.

Corte cost., 21 maggio 1975, n. 120.

Corte cost., 5 maggio 1967, n. 56.

Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32.

Corte cost., 14 dicembre 1995, n. 504.

Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445.

Corte cost., 22 aprile 1999 n. 137.

Corte cost., ordin. 14 marzo del 2008, n. 65.

Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324.

Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24.

Corte cost., 23 dicembre del 2020, n. 278.

Corte cost. del 18 luglio 2023, n. 151.

AMMINISTRATIVA:

Cons. St., sez. V, 7 agosto 2014, n. 4213.

Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5158.

SOVRANAZIONALE:

Corte EDU, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina, 18 luglio 2013, ricc. n. 2312/08 e 34179/08.

Corte EDU, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, ric. n. 65050/09.

Corte EDU, Engel *et al.* c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71.

Corte EDU, Uttley c. Regno Unito, 29 novembre 2005, ric. n. 36946/03.

Corte EDU, Monne c. Francia, 1° aprile 2008, ric. n. 39420/06.

Corte EDU, Giza c. Polonia, 23 ottobre 2012, ric. n. 1997/11.

Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09.

Corte EDU, Kupinskyy c. Ucraina, 10 novembre 2022, 5084/18, ric. n. 5084/18.

Corte EDU, II sez., Coeme e a. c. Belgio, 22 giugno 2000, ricc. n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96.

CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, Causa C-105/14.

CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, Causa C-42/17.

CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Causa C-399/11.

RINGRAZIAMENTI

Giunto al termine di questo lavoro, sento di dover ringraziare brevemente tutte le persone che mi hanno accompagnato nel percorso di studi e di vita che si è così concluso.

Grazie ai miei genitori, Daniela e Giovanni. La vostra approvazione è stata l'unica che ho sempre cercato. Mi avete insegnato i valori della curiosità, della determinazione, della pazienza e dello sconfinato altruismo; proverò a coltivarli.

Con i vostri sacrifici penso di poter dire che non mi abbiate fatto nascere una volta sola.

Un grazie particolare a mia sorella Eleonora, rifugio sicuro, anche nei momenti più complessi, ed esempio lampante di come le quattro virtù trasmesse in famiglia possano essere apprese e applicate quotidianamente. Gran parte della mia crescita la devo certamente a te. Con Federico, mi sento di dire che non potrei desiderare una famiglia diversa.

Ringrazio i miei parenti, vicini e lontani. Avete sempre maturato una grande aspettativa verso di me, senza che fosse mai condita da giudizio. La consapevolezza della vostra presenza è stata una mia grande tutela.

Non posso, in questo momento, non pensare alle mie nonne e a quanto avrei voluto condividere questo traguardo anche con loro.

Ringrazio i miei amici storici, dell'infanzia e del liceo. Abbiamo fatto molta strada insieme e ancora ne faremo. Ringrazio tutti gli amici che, anche se conosciuti recentemente, non mi hanno fatto mai sentire solo.

Un ringraziamento particolare sento di rivolgerlo a quelle persone che mi hanno fatto capire che non è necessaria la parola "famiglia" per sentire l'affetto più sincero, in particolare Mariangela, Monia, Sebastiano, Iohanna, Sara, Riccardo, Alessandra e Alberto. Meritereste fiumi di inchiostro per spiegare cosa abbiate rappresentato per me in questi anni, ma sono sicuro che ciascuno di voi ne sia consapevole e mi auguro che possiate portare sempre con voi il ricordo dei momenti belli (e brutti) passati assieme.

Non penso che sarò mai all'altezza di ciò che avete fatto per me.

Grazie ad Aurora, Beatrice e Samuele. Ci siamo conosciuti tardi, ma da subito siete stati per me, in modi diversi, una grande fonte di ispirazione e un appoggio necessario in questo percorso. Spero di esserlo stato e di poterlo essere a mia volta.

Ringrazio il professor Ambrosetti per avermi permesso di approfondire la materia che mi appassiona e per avermi guidato in questo lavoro.

Ringrazio il dott. Buonocore per gli spunti, i consigli e la passione che mi ha trasmesso.

Infine, ringrazio Padova, la mia città, per gli infiniti stimoli sociali e culturali che ho potuto vivere fin da bambino.