

CAPITOLO 7

IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE

1. Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: il fondamento normativo

Nell'ordinamento penale, il tema dell'efficacia nel tempo della legge è dominato dal "principio di irretroattività sfavorevole": la legge non può ricollegare conseguenze o effetti giuridici sfavorevoli a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Dal punto di vista storico, con l'affermarsi del positivismo giuridico — che pone a fondamento della legge non più la ragione, ma la volontà del legislatore — l'irretroattività ha smarrito il suo originario carattere di principio razionale ("di natura") per trasformarsi in canone formale che assicura la certezza del comando: la responsabilità penale presuppone una norma "certa" che precede necessariamente la condotta umana.

La prima esplicita formulazione legislativa del principio di irretroattività in materia penale si rinviene nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui: «nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente promulgata».

Nel codice penale il divieto di retroattività è stabilito dall'art. 2, comma 1. La disposizione contiene le regole a garanzia delle modificazioni in chiave "sfavorevole" del sistema: sia di quelle determinate dall'inserimento di una nuova ipotesi criminosa nel catalogo dei reati, che di quelle prodotte dalla previsione di un trattamento sanzionatorio più severo.

Nella Carta costituzionale l'irretroattività delle norme penali sfavorevoli è stata elevata dall'art. 25, comma 2, al rango di principio costituzionale vincolante per il legislatore, che non può derogarvi. Si tratta di un vero e proprio «superiore principio di civiltà» radicato negli avvenimenti importanti che hanno scandito la storia del diritto moderno. Il principio di irretroattività si connota come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali.

La Corte costituzionale afferma in modo costante che soltanto nel diritto penale il principio di irretroattività della norma sfavorevole assurge al rango di principio costituzionale non derogabile. Nelle altre materie, il divieto di retroattività, pur costituendo una regola generale dell'ordinamento (art. 11 disp. prel.), non preclude al legislatore l'emanazione di norme retroattive, con il limite però della ragionevolezza, della non arbitrarietà e della non discriminazione.

Il principio di irretroattività costituisce un corollario del principio di legalità, anche se assume un ruolo autonomo rispetto agli ulteriori canoni ricavabili dal medesimo principio: riserva di legge, tipicità, determinatezza, precisione e tassatività. L'irretroattività opera sul piano degli effetti nel tempo della legge

penale, mentre gli altri principi riguardano la materia delle fonti e dell'interpretazione della norma penale. In tale prospettiva, non sempre il principio di irretroattività opera congiuntamente con gli altri corollari della legalità: in materia di misure di sicurezza, per esempio, l'art. 200 c.p. sancisce il principio di tipicità, ma non quello di irretroattività (v. *amplius infra*).

Il principio di irretroattività ha rango costituzionale anche attraverso l'intermediazione dell'art. 117, comma 1, Cost., che vincola il legislatore al rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali. A norma dell'art. 7 CEDU, «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. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». In termini pressoché coincidenti si esprime l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966, nonché l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Occorre evidenziare che l'art. 7 della Cedu enuncia il principio di irretroattività, ma non quello di riserva di legge: si tratta di un riflesso del ruolo creativo del precetto che la Corte Edu riconosce al diritto giurisprudenziale. Si può ancora notare, in questo senso, che il principio di tassatività ha come scopo quello di limitare il potere del giudice penale nella qualificazione giuridica del fatto storico; di evitare, cioè, che il giudice travalichi l'indicazione offertagli dal legislatore mediante un preciso e chiaro testo normativo. Al contrario, l'irretroattività limita il legislatore prima del giudice: è al legislatore che, infatti, si vuole impedire di attribuire efficacia retroattiva alle nuove norme penali sfavorevoli.

2. La ratio del principio di irretroattività

Il fondamento ultimo del principio di irretroattività risiede nella certezza del diritto: ossia nella “garanzia” contro i possibili arbitri del legislatore. L'irretroattività impedisce al legislatore di usare la sanzione penale per punire comportamenti in origine penalmente leciti, ad esempio, per ragioni di giustizia sostanziale o di difesa sociale. L'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale (*Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230*).

Si garantisce così l'affidamento per il cittadino: il “se” e il “quanto” della punizione penale possono essere determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto. Ciò assicura al soggetto di poter liberamente scegliere se adeguarsi o meno alla legge penale e di conseguenza andare incontro agli effetti penali delle sue azioni. Il principio di irretroattività diventa la condizione indispensabile per l'esercizio della libertà di scelta, per la libertà

di autodeterminazione individuale all'interno della obbligatorietà della legge penale.

Il principio di irretroattività della legge penale — fondato sui caratteri essenziali dello Stato liberale e democratico a garanzia del cittadino — ha ripercussioni sulla configurazione e sul funzionamento del sistema penale.

In primo luogo, il principio di irretroattività è condizione indispensabile affinché la minaccia della pena da parte del legislatore possa assolvere la sua funzione di strumento di prevenzione generale: se il fine della minaccia della pena risiede nella intimidazione di potenziali delinquenti, l'effetto motivante così perseguito può essere raggiunto solo se il comportamento vietato viene fissato dalla legge prima del compimento del fatto (Corte cost. n. 394/2006).

In secondo luogo, il principio di irretroattività è correlato a quello di colpevolezza dell'agente. Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, al fine di garantire al cittadino libere scelte di azione è necessario che non gli venga addebitata alcuna responsabilità penale per fatti a lui non rimproverabili (Corte cost. 24 luglio 2007, n. 322). La libertà d'azione del cittadino viene infatti rispettata solo: i) se ciò che gli viene addossato è un fatto che, al momento in cui lo ha commesso, egli ha previsto e voluto (dolo), o che avrebbe evitato se avesse impiegato la dovuta diligenza (colpa); ii) se conosceva o almeno poteva conoscere la norma penale che vieta la realizzazione del fatto (errore inescusabile sulla legge penale); iii) se era capace di intendere e di volere (imputabilità).

In terzo luogo, come già acutamente colse una celebre decisione della Corte Suprema statunitense a qualche anno appena di distanza dalla proclamazione del divieto di “*ex post facto laws*” nella Costituzione federale, il divieto di retroattività sfavorevole erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti. Quel divieto - scriveva nel 1798 la Corte Suprema - deriva con ogni probabilità dalla consapevolezza dei padri costituenti che il Parlamento della Gran Bretagna aveva spesso rivendicato, e in concreto utilizzato, il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus rei publicae*, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite. Ma quelle leggi, osservava la Corte, in realtà “erano sentenze in forma di legge”: null'altro, cioè, che “l'esercizio di potere giudiziario” da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389, 1798).

Il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, o anche solo più gravi di quelle allora previste, opera come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di “stato di diritto”. Un concetto, quest'ultimo, che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare.

3. L'ambito di applicazione del principio di irretroattività

Nel diritto penale il divieto di applicazione retroattiva impedisce che una disciplina successiva più sfavorevole produca i suoi effetti nei confronti di chi ha commesso il fatto sotto il vigore di una legge meno severa. Il divieto riguarda tutti gli istituti di diritto sostanziale che concorrono a delineare l'area dell'illecito penale e le risposte sanzionatorie. In particolare, l'irretroattività si riferisce a tutti i requisiti costitutivi del reato, comprese le condizioni di punibilità e le conseguenze penali.

Il principio di irretroattività sancito nell'art. 25 co. 2 Cost. vieta al legislatore di attribuire efficacia retroattiva non solo alle leggi che prevedano nuove incriminazioni, ma anche a quelle che comportino un trattamento penale più severo per un fatto già preveduto come reato. Ciò comporta che non possono essere applicate retroattivamente leggi che prevedano pene principali, pene accessorie ed effetti penali della condanna più severi di quanto previsto nella legge vigente al tempo del commesso reato. Più in generale, non può trovare applicazione retroattiva una legge che modifichi in modo sfavorevole al reo la disciplina di istituti che in vario modo incidono sul trattamento penale: ad esempio, le circostanze del reato e la sospensione condizionale della pena.

Per contro, le norme processuali penali non sono soggette al principio di irretroattività (né a quello di retroattività *in mitius*), bensì a quello del *tempus regit actum*.

4. L'irretroattività delle norme sanzionatorie amministrative

La garanzia dell'irretroattività, accordata dall'art. 25, comma 2, Cost., è stata estesa dalla Corte costituzionale alle disposizioni che introducono o inaspriscono sanzioni amministrative. In relazione ad esse il divieto di applicazione retroattiva è stabilito dall'art. 1, comma 1, della legge n. 689 del 1981. Il fondamento costituzionale del principio di irretroattività delle norme sanzionatorie amministrative si coglie nella prospettiva del diritto internazionale (art. 117, comma 1, Cost.): «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Si tratta, secondo la Corte costituzionale, di un principio che è d'altra parte «desumibile già dall'art. 25, comma 2, Cost., il quale — data l'ampiezza della sua formulazione (“nessuno può essere punito...”) — può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, che non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile — in senso stretto — a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (*Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196*).

5. Principio di irretroattività e misure di sicurezza

Si discute se il principio di irretroattività interessi anche le misure di sicurezza. Il problema sorge perché a proposito delle misure di sicurezza l'art. 25, comma 3, Cost. enuncia il principio di legalità, ma non il principio di irretroattività. L'art. 200, comma 1, c.p., inoltre, stabilisce che «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione» e soggiunge al secondo comma che «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».

Per le misure di sicurezza, dunque, non è enunciato il principio di irretroattività: trova invece applicazione la regola *tempus regit actum*.

Per rendere però compatibile la disciplina interna in tema di misure di sicurezza con l'art. 7 CEDU, si deve distinguere l'ipotesi in cui la misura abbia una funzione prevalentemente di prevenzione criminale, da quella in cui tale strumento abbia carattere punitivo-afflittivo. Nel primo caso, resta valida l'affermazione secondo cui la misura di sicurezza può operare retroattivamente, in base al disposto dell'art. 200, 1° e 2° comma, c.p. («le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione»; «se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione»).

Nel caso di misura di sicurezza con funzione punitivo-afflittivo, invece, la misura è soggetta alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto: non si può applicare a condotte realizzate prima della sua entrata in vigore nemmeno se si tratta di condotte già penalmente rilevanti.

6. Principio di irretroattività e norme processuali

Le norme che regolano il processo penale non sono ricomprese nell'ambito del divieto di retroattività: la ratio e la storia del principio di irretroattività ne circoscrivono l'ambito di applicazione alle norme che individuano i reati e le relative sanzioni. La funzione protettiva del principio di irretroattività non si estende alle norme processuali: tali norme non interferiscono con le libere scelte di azione del cittadino.

Per le norme processuali opera di regola il principio *tempus regit actum*, cioè il principio secondo il quale gli atti processuali già compiuti conservano la loro validità anche dopo un mutamento della disciplina legislativa, mentre gli atti da compiere sono immediatamente disciplinati dalla nuova legge processuale, ancorché collegati ad atti compiuti in precedenza.

L'appartenenza di una norma al diritto penale sostanziale o al diritto processuale è però talora controversa, con la conseguenza che per una serie di istituti che si collocano ai confini tra i due settori dell'ordinamento si pone il problema se trovi o meno applicazione il divieto di retroattività.

7. Principio di irretroattività e norme che disciplinano l'esecuzione della pena

Il diritto vivente ha ritenuto per lungo tempo che le norme che disciplinano l'esecuzione della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva. Il quadro della giurisprudenza della Corte di cassazione è netto nel senso della non riconducibilità all'alveo dell'art. 25, secondo comma, Cost. delle norme sull'esecuzione della pena, e conseguentemente nel senso della pacifica applicabilità di modifiche normative di segno peggiorativo anche ai condannati che abbiano commesso il reato prima dell'entrata in vigore delle modifiche stesse.

Il tradizionale principio secondo cui le disposizioni relative all'esecuzione della pena non hanno carattere di norme sostanziali e soggiacciono pertanto, in assenza di specifica disciplina transitoria, al principio *tempus regit actum* è stato affermato, in particolare, nel 2006 (*Cass., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561*), ed è poi stato sempre confermato dalla giurisprudenza successiva (*Cass., 9 settembre 2016, n. 37578*).

Vi sono ragioni solide a fondamento della soluzione, consacrata dal diritto vivente, secondo la quale le pene devono essere eseguite – di regola – in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione, e non in base a quella in vigore al tempo della commissione del reato.

In primo luogo, dal momento che l'esecuzione delle pene detentive è un fenomeno che si dipana diacronicamente, spesso anche a notevole distanza dal fatto di reato, non può non riconoscersi che nel tempo inevitabilmente muta il contesto, fattuale e normativo, nel quale l'amministrazione penitenziaria si trova a operare. Da ciò deriva la necessità di fisiologici assestamenti della disciplina normativa, chiamata a reagire continuamente a tali mutamenti. Ove il regime di esecuzione delle pene detentive dovesse restare cristallizzato alla disciplina vigente al momento del fatto, ad esempio, non potrebbero essere applicate a chi avesse commesso un omicidio negli anni Ottanta o Novanta le restrizioni all'uso dei telefoni cellulari o di internet oggi previste dall'ordinamento penitenziario.

In secondo luogo, le (fisiologicamente mutevoli) regole trattamentali sono basate esse stesse su complessi bilanciamenti tra i delicati interessi in gioco: la tutela dei diritti fondamentali dei condannati, ma anche il controllo della residua pericolosità criminale del detenuto all'interno e all'esterno del carcere, in un quadro di limitatezza complessiva delle risorse a disposizione. Si tratta di bilanciamenti i cui esiti mal si prestano a essere ricondotti alla logica binaria della soluzione "più favorevole" o "più sfavorevole" per il singolo condannato, con la quale è però costretto ad operare il divieto di applicazione retroattiva della legge penale. Si pensi a una eventuale riduzione delle "ore d'aria", a fronte però di maggiori opportunità di lavoro extramurario.

Ma soprattutto, un rigido e generale divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi modifica della disciplina relativa all'esecuzione della pena o delle misure alternative alla detenzione che dovesse essere ritenuta in concreto de-

teriore per il condannato finirebbe per creare, all'interno del medesimo istituto penitenziario, una pluralità di regimi esecutivi paralleli, ciascuno legato alla data del commesso reato. Ciò che creerebbe non solo gravi difficoltà di gestione per l'amministrazione, ma anche differenze di trattamento tra i detenuti; con tutte le intuibili conseguenze sul piano del mantenimento dell'ordine all'interno degli istituti, che è essa pure condizione essenziale per un efficace dispiegarsi della funzione rieducativa della pena.

La regola appena enunciata 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.

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: con conseguente piena operatività delle *rationes*, poc'anzi rammentate, che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato.

Ciò si verifica, paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale - per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto - divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma "dentro" il carcere. Tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.

E ciò vale anche laddove la differenza tra il "fuori" e il "dentro" si apprezzi in esito a valutazioni prognostiche relative, rispettivamente, al tipo di pena che era ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, sulla base della legislazione allora vigente, e quella che è invece ragionevole attendersi sulla base del mutato quadro normativo. Proprio la giurisprudenza statunitense cui si è fatto poc'anzi riferimento (*supra*, 4.2.4.) mostra non a caso come - ai fini della verifica del carattere deteriore della modifica normativa sulla concreta vicenda esecutiva - non possa prescindersi da una valutazione prognostica circa la creazione, da parte della legge sopravvenuta, di un serio rischio che il condannato possa essere assoggettato a un trattamento più severo di quello che era ragionevolmente prevedibile al momento del fatto, in termini di minore probabilità di accesso a modalità extramurarie di esecuzione della sanzione (come il parole negli Stati Uniti, o le misure alternative alla detenzione nell'ordinamento italiano).

Di regola, quindi, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione. Con una eccezione, rappresentata dal caso in cui la legge vigente al momento dell'esecuzione comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi,

l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost..

Se al momento della commissione del fatto-reato è prevista una pena che può essere scontata “fuori” dal carcere, ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire “dentro” il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo. Tra il “fuori” e il “dentro” vi è infatti una differenza radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa, perché è profondamente diversa l'incidenza della pena sulla libertà personale.

È sul filo di questo ragionamento che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'applicazione retroattiva della legge n. 3/2019 (cosiddetta Spazzacorrotti) là dove estende alla maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni alle misure alternative alla detenzione, già previste dall'articolo 4 bis dell'Ordinamento penitenziario per i reati di criminalità organizzata (*Corte Cost. n. 32 del 2020*).

La decisione è il risultato di una rimediazione del tradizionale orientamento, sinora sempre seguito dalla Cassazione e dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui le pene devono essere sempre eseguite in base alla legge in vigore al momento dell'esecuzione della pena, e non a quella in vigore al momento del fatto.

Il principio sancito dall'articolo 25 della Costituzione, secondo cui nessuno può essere punito con una pena non prevista al momento del fatto o con una pena più grave di quella allora prevista, opera come “uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico, che stanno al cuore stesso del concetto di Stato di diritto”. Pertanto, se, di regola, è legittimo che le modalità esecutive della pena siano disciplinate dalla legge in vigore al momento dell'esecuzione e non da quella in vigore al momento del fatto (anche per assicurare uniformità di trattamento tra i detenuti), ciò non può valere, sottolinea la sentenza, “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”.

La legge “Spazzacorrotti” ha reso assai più gravose le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale, sicché non può essere applicata retroattivamente dai giudici.

Identiche considerazioni valgono per il meccanismo processuale della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in caso di condanna a non più di quattro anni per chiedere al tribunale di sorveglianza l'ammissione a una misura alternativa alla detenzione.

Pertanto, dopo aver rilevato che la legge n. 3/2019 non contiene alcuna disciplina transitoria, la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma della “Spazzacorrotti” “in quanto interpretata” nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena (*Corte Cost. n. 32 del 2020*).

Secondo la Consulta, l'art. 25, secondo comma, Cost. non si oppone 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 venga disconosciuto il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, la Corte costituzionale ha ritenuto che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi non 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.

Il condannato che fruisca di un permesso premio, o che sia ammesso al lavoro all'esterno del carcere, continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione "intramuraria". Egli resta in linea di principio "dentro" il carcere, continuando a soggiacere alla dettagliata disciplina che caratterizza l'istituzione penitenziaria, e che coinvolge pressoché ogni aspetto della vita del detenuto.

D'altra parte, proprio perché i condannati ammessi periodicamente a godere di permessi premio e/o a svolgere lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 ordin. penit. restano detenuti che scontano la pena detentiva loro inflitta dal giudice della cognizione, non può non valere nei loro confronti l'esigenza di evitare disparità di trattamento, all'interno del medesimo istituto penitenziario, dipendenti soltanto dal tempo del commesso reato: disparità che sarebbero di assai problematica gestione da parte dell'amministrazione penitenziaria, e che verrebbero come tali difficilmente accettate dalla generalità dei detenuti.

La conclusione opposta si impone, invece, in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della L. n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà.

Si tratta di "misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena, e che per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto" (sentenza n. 349 del 1993), finendo anzi per costituire delle vere e proprie "pene" alternative alla detenzione (ordinanza n. 327 del 1989) disposte dal tribunale di sorveglianza, e caratterizzate non solo da una portata limitativa della libertà personale del condannato assai più contenuta, ma anche da un'accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva.

Ciò è stato anche di recente ribadito dalla Corte costituzionale con riferimento: i) all'affidamento in prova al servizio sociale per i condannati adulti, definito quale "strumento di espiazione della pena, alternativo rispetto alla detenzione; uno strumento, certo, meno afflittivo rispetto al carcere, ma egualmente connotato in senso sanzionatorio rispetto al reato commesso, tanto che l'esito positivo dell'affidamento in prova estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale (*Corte cost.*, n. 68 del 2019); ii) alla detenzione domiciliare, che

costituisce anch'essa “non una misura alternativa alla pena”, ma una pena “alternativa alla detenzione”, caratterizzata da prescrizioni meramente “limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale” (*Corte cost. n. 99 del 2019*).

Tali considerazioni valgono anche rispetto alla semilibertà, ove l'obbligo di trascorrere una parte della giornata – e quanto meno le ore notturne – all'interno dell'istituto penitenziario (ma, di regola, in sezioni autonome: art. 48, comma 2, ordin. penit.) si accompagna al godimento di spazi di libertà assai significativi, al di fuori della fitta rete di prescrizioni che normalmente corremano la concessione di meri benefici extramurari.

La medesima conclusione si impone –per ciò che concerne la liberazione condizionale: istituto disciplinato dagli artt. 176 e 177 cod. pen., ma funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch'esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società, attraverso la concessione di uno sconto di pena a chi abbia, durante il percorso penitenziario, “tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento”.

La subordinazione anche della liberazione condizionale alla collaborazione processuale o alle condizioni equiparate comporta per il condannato per delitti contro la pubblica amministrazione l'evidente rischio di un significativo prolungamento del periodo da trascorrere in carcere, rispetto alle prospettive che gli si presentavano sulla base della legge vigente al momento del fatto; con conseguente incompatibilità con l'art. 25, secondo comma, Cost. dell'applicazione retroattiva della preclusione di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. anche rispetto alla liberazione condizionale.

Identica conclusione viene tratta, infine, quanto all'effetto riflesso spiegato dalla disposizione censurata in relazione al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.

A tale conclusione non è di ostacolo la collocazione di tale ultima disposizione nel codice di procedura penale, da cui la giurisprudenza ha dedotto la sua sottoposizione al generale principio *tempus regit actum*.

Infatti, la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile. In plurime occasioni, la giurisprudenza costituzionale ha, d'altronde, già esteso le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. a norme non qualificate formalmente come penali dal legislatore (*Corte cost., sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018, n. 68 del 2017 e n. 196 del 2010; ordinanza n. 117 del 2019*).

Tale principio non può non valere anche rispetto alle norme collocate nel codice di procedura penale, allorché incidano direttamente sulla qualità e quantità della pena in concreto applicabile al condannato.

Non v'è dubbio che l'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. – nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, ordin. penit. – produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in

regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto.

Tanto basta – secondo la Corte costituzionale – per riconoscere all'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-bis ordin. penit.

La norma nulla prevede in relazione alla sua applicazione nel tempo, né dispone la sua applicazione alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge. In contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. è la norma risultante dal diritto vivente, a tenore della quale le modifiche introdotte con la disposizione censurata sarebbero applicabili anche retroattivamente.

Conseguentemente, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 1, comma 6, lettera b), della L. n. 3 del 2019, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della L. n. 354 del 1975, si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della L. n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 cod. pen. e della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale (*Corte Cost. n. 32 del 2020*).

8. Principio di irretroattività e norme sulla prescrizione

Come più volte affermato dalla Corte Costituzionale, la determinazione della durata del tempo, il cui decorso estingue il reato per prescrizione (art. 157, comma 1, c.p.), ricade nell'area di applicazione del principio di irretroattività sfavorevole legalità posto dall'art. 25, secondo comma, Cost., a mente del quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

È la legge del *tempus commissi delicti* che non solo definisce la condotta penalmente rilevante e ad essa riconduce la pena, ma fissa anche il tempo oltre il quale la sanzione non può essere applicata in virtù della prescrizione (art. 157 cod. pen.).

Questa proiezione diacronica della punibilità integra la fattispecie penale, nel senso che non solo l'autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere *ex ante* qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze della sua azione in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena), ma deve egli avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui è possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale (ossia la durata del tempo di prescrizione del reato), anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione.

Il principio di legalità richiede che la persona accusata di un reato abbia, al momento della commissione del fatto, contezza della linea di orizzonte temporale entro la quale sussisterà, in ogni caso, la punibilità della condotta contestata. Le norme che definiscono tale dimensione temporale devono essere vigenti al momento in cui la condotta è posta in essere.

Anche recentemente si è affermato che la prescrizione, nel nostro ordinamento giuridico, costituisce un istituto di natura sostanziale «che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena», sicché «rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza» (*Corte cost. n. 115 del 2018 e, negli stessi termini, sentenze n. 324 del 2008, n. 393 del 2006 e ordinanza n. 24 del 2017*).

In definitiva, la prescrizione, pur determinando, sul versante processuale, l'arresto della procedibilità dell'azione penale, si configura come causa di estinzione del reato sul piano più specificamente sostanziale.

La dimensione diacronica della punibilità concerne innanzi tutto la definizione «tabellare» del tempo di prescrizione dei reati, che coglie il profilo strettamente sostanziale. Ma non l'esaurisce perché essa, poi, si colloca nel processo e può risentire indirettamente delle vicende e di singoli atti di quest'ultimo nella misura in cui - sotto il profilo processuale, appunto - sono previste e disciplinate, in particolare, l'interruzione e la sospensione del decorso del tempo di prescrizione dei reati alle condizioni e nei limiti di legge (artt. 159 e 160 cod. pen.). Sicché non è mai prevedibile *ex ante* l'esatto termine finale in cui si compie e opera la prescrizione: termine che può essere raggiunto in un arco temporale variabile e dipendente da fattori plurimi e in concreto non predeterminabili.

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha osservato che la prescrizione costituisce, nel vigente ordinamento, un istituto di natura sostanziale «pur potendo assumere una valenza anche processuale» (sentenza n. 265 del 2017). Trova quindi applicazione il principio di legalità, con i suoi corollari.

Ciò comporta che: i) la fissazione della durata del tempo di prescrizione deve essere sufficientemente determinata; ii) non può essere retroattiva la norma di legge che, fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati, ne allunghi il decorso ampliando *in peius* la perseguibilità del fatto commesso.

Il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, «si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale».

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*.

8.1 La decorrenza, la sospensione e l'interruzione della prescrizione nel prima della legalità e dell'irretroattività sfavorevole

Il rispetto del principio di legalità e di quello di irretroattività sfavorevole coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione.

Si tratta di vicende processuali che incidono sulla complessiva durata del tempo di prescrizione dei reati.

L'interruzione del termine prescrizionale - che dipende dall'adozione di determinati provvedimenti, tassativamente indicati - ne comporta l'azzeramento del computo con la ripresa *ex novo* del relativo corso (art. 160 cod. pen.). Sicché è impossibile, per l'imputato, prevedere *ex ante* quante volte il termine sarà azzerato, ma c'è la garanzia del limite di durata massima della prescrizione, pur interrotta nel suo decorso.

Parimenti non è prevedibile *ex ante* per l'imputato quante volte il decorso del termine di prescrizione sarà sospeso (art. 159 cod. pen.), senza peraltro che sussista alcun limite massimo di durata del termine prescrizionale, fatta salva l'ipotesi della sospensione del processo per assenza dell'imputato (art. 159, primo comma, numero 3-bis, cod. pen., in relazione all'art. 420-quater cod. proc. pen.).

Anche le regole del processo possono avere un'incidenza sulla disciplina della prescrizione.

Basti ricordare che - ancora sul versante processuale - è comunemente accettata, e da tempo applicata, la regola di derivazione giurisprudenziale che ferma il decorso della prescrizione al momento della sentenza di merito, pur non ancora definitiva, ove impugnata con ricorso per cassazione dichiarato inammissibile. Si ritiene infatti che il ricorso inammissibile sia inidoneo ad aprire una utile fase processuale ai fini del perfezionarsi della causa estintiva.

In questo contesto l'art. 159, primo comma, c.p. ha una funzione di cerniera perché contiene, da una parte, una causa generale di sospensione - secondo cui «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale ... è imposta da una particolare disposizione di legge» - e dall'altra, una catalogazione di altri «casi» particolari.

La norma rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.: essa ha un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.).

Essa afferma che la stasi ex lege del procedimento o del processo penale determina anche, in simmetria e di norma, una parentesi nel decorso del tempo di prescrizione dei reati. Pur non potendo escludersi che vi siano, in particolare, cause di sospensione del processo che non comportano la sospensione anche del termine prescrizionale, si ha in generale che, se il processo ha una stasi, le 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.

Ciò è coerente con il bilanciamento che è al fondo della fissazione del termine di durata del tempo di prescrizione dei reati; bilanciamento che rischierebbe di essere alterato se «una particolare disposizione di legge», che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, in ipotesi, per la ragione imperiosa di una sopravvenuta calamità (quale, ad esempio, la pandemia da COVID-19, ma similmente in precedenza eventi tellurici, disastri idrogeologici e altri), debba sempre lasciar scorrere il tempo di prescrizione dei reati già commessi prima della disposizione censurata e invece arrestarne il decorso solo per i reati commessi dopo, così decurtandone soltanto per questi ultimi la durata, incongruamente quanto inutilmente per essere la prescrizione appena iniziata a decorrere.

Si ha, invece, che al momento della commissione del fatto il suo autore ha contezza ex ante che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione (art. 25, secondo comma, Cost.).

Rimangono in ogni caso, da una parte, la garanzia della riserva alla legge della previsione delle ipotesi di sospensione del procedimento o del processo (ex art. 111, primo comma, Cost.), dall'altra parte, quanto alla ricaduta sul decorso del tempo di prescrizione dei reati, la garanzia della loro applicabilità per l'avvenire a partire dall'entrata in vigore della norma che tale sospensione preveda (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale); ossia una nuova causa di sospensione - riconducibile alla causa generale di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. e quindi applicabile anche a condotte pregresse - non può decorrere da una data antecedente alla legge che la prevede.

Comunque, queste ipotesi di sospensione del processo «automaticamente coinvolgono la disciplina di diritto sostanziale della prescrizione del reato». La consapevolezza di tale automatismo nell'autore della condotta penalmente rilevante è sufficiente ad assicurare il rispetto del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), integrato dal principio secondo cui la legge non di-

sponde che per l'avvenire (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale) e dalla garanzia che, in applicazione stretta di questo principio, non è possibile che l'incidenza indiretta sul tempo di prescrizione abbia una proiezione retroattiva.

Nè può temersi che, nella sostanza, al di là del rispetto formale del principio di legalità, pur così integrato, il rinvio aperto a ogni «particolare disposizione di legge», che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, possa costituire una falla, nel senso di una possibile illimitata dilatazione del tempo complessivo di prescrizione del reato in ragione dell'applicazione di ogni disposizione che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale. Infatti, il rispetto del principio di legalità - nella misura in cui è predefinita la regola che vuole che alla sospensione del procedimento o del processo penale in forza di una «particolare disposizione di legge» si associ anche la sospensione del decorso del tempo di prescrizione del reato - non esclude, ma anzi si coniuga alla possibile verifica di conformità sia al canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), sia al principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.), a confronto dei quali sarà sempre possibile il sindacato di legittimità costituzionale della stessa sospensione dei procedimenti e dei processi penali, nonché, più specificamente, della conseguente sospensione del termine di prescrizione.

Il necessario collegamento con la sospensione del processo fa sì che, ove esso manchi, diversa risulta essere la fattispecie di sospensione del decorso della prescrizione, la quale non sarebbe riconducibile alla causa generale dell'art. 159, primo comma, cod. pen..

8.2 La sospensione della prescrizione disposta dalla disciplina dell'emergenza sanitaria COVID-19

Nel quadro dei principi esaminati nel precedente paragrafo si iscrive il problema della sospensione del corso della prescrizione del reato disposta dalle norme di gestione dell'emergenza sanitaria COVID-19: una misura adottata a fronte dell'impossibilità di svolgere ordinariamente l'attività giudiziaria e dell'esigenza di prevenire la diffusione del virus negli ambienti giudiziari, senza però pregiudicare l'efficienza del processo penale, cioè la sua idoneità ad accertare fatti e, se del caso, responsabilità.

L'emergenza ha così comportato la previsione di una sospensione del corso della prescrizione, rilevante ex art. 159 c.p.: ai sensi di tale disposizione, infatti, il corso della prescrizione rimane sospeso non solo in presenza delle tipiche cause di sospensione disciplinate dal codice penale, ma anche, appunto, "in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale...è imposta da una particolare disposizione di legge". Si tratta, nel caso di specie, di una causa di sospensione introdotta da una legge eccezionale e temporanea, che ha l'effetto di prolungare di alcuni mesi il tempo necessario a prescrivere il reato.

La sospensione è stata disposta dall'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 a decorrere dal 9 marzo 2020.

La sospensione del corso della prescrizione, a fronte di una situazione eccezionale che impedisce l'ordinario svolgersi dell'attività giudiziaria, non è una novità. Nel recente passato, a seguito del terremoto che colpì nel 2009 l'Abruzzo, fu disposta una sospensione dei procedimenti e dei processi penali, in quell'occasione con efficacia territorialmente limitata, e fu correlativamente sospeso il corso della prescrizione del reato per quasi quattro mesi: dal 6 aprile al 31 luglio 2009 (cfr. l'art. 5, co. 8 del d.l. 28 aprile 2009, n. 39).

Anche in altri ordinamenti la pandemia ha oggi comportato, assieme alla sostanziale paralisi dell'attività giudiziaria, la sospensione del corso della prescrizione del reato o di istituti ad essa equiparabili, quanto agli effetti. È così ad esempio in Francia, in portogallo e negli Stati Uniti.

La sospensione del corso della prescrizione del reato è giustificata dalla sospensione emergenziale dell'attività giudiziaria. Senonché, come conferma il dibattito in corso in ordinamenti stranieri, si tratta di un provvedimento che solleva dubbi di legittimità costituzionale in rapporto a due diversi principi: il principio della ragionevole durata del processo e il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente.

Il nodo problematico è rappresentato dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e, pertanto, dai riflessi di diritto intertemporale.

Una legge che sospende per alcuni mesi il corso della prescrizione del reato concede alcuni mesi di tempo in più allo Stato per accertare fatti e responsabilità: rispetto ai fatti pregressi prolunga (sposta in avanti) il termine finale del corso della prescrizione. Quella legge si risolve, pertanto, in una modifica normativa sfavorevole per chi sia chiamato a rispondere di un reato antecedentemente commesso.

Si tratta allora di stabilire se il principio di irretroattività della legge penale, di cui all'art. 25, co. 2 cost. e all'art. 117, co. 1 cost., in relazione all'art. 7 Cedu, operi o meno in rapporto a una legge che, dopo la commissione del fatto, sospenda il corso della prescrizione del reato per un certo periodo, in ragione di un'emergenza sanitaria sopravvenuta, che impedisca il regolare svolgimento dell'attività giudiziaria, mettendo a rischio, nei palazzi di giustizia, la salute e la vita di magistrati, avvocati, imputati, testimoni, ecc.

E infatti è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della disciplina introdotta dalla legislazione dell'emergenza, dubitando della compatibilità con l'art. 25, comma 2, cost. (*Trib. Siena, ord. 21 maggio 2020, nn. 1 e 2*).

La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità della norma (*Corte Cost., 23 dicembre 2020, n. 278*).

L'art. 83 d.l. n. 18/2020, nel suo complesso, ha l'effetto di rendere operante la previsione dell'art. 159, comma 1 c.p., cioè di costituire un'ipotesi legale di sospensione del corso della prescrizione prevista da una norma già in vigore al momento del fatto. La previsione legale della sospensione del procedimento, richiamata dall'art. 159 c.p. attraverso un rinvio da considerarsi mobile è, senza

vulnus per l'art. 25, comma 2, Cost., anche quella introdotta dopo la commissione del fatto.

La legge già vigente al tempo del fatto (l'art. 159 c.p.) prevedeva la possibilità di una sospensione del corso della prescrizione nell'eventualità in cui una disposizione di legge, come l'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020, disponesse la sospensione del procedimento. la prevedibilità dell'evenienza sfavorevole – cioè la sospensione del procedimento con effetto sospensivo del corso della prescrizione – sarebbe assicurata attraverso la previsione legale dell'art. 159, co. 1 c.p., in modo non dissimile da quanto avviene per le altre cause di sospensione nominate (come ad es. l'impedimento del difensore, il deferimento ad altro giudice, una rogatoria all'estero, ecc.).

Ciò che l'individuo può prevedere al momento del fatto, in altri termini, è che l'eventuale sospensione del procedimento comporterà la sospensione del corso della prescrizione.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente ricondotto la sospensione della prescrizione, prevista dall'art. 83 d.l. n. 18/2020, alla fattispecie generale di cui all'art. 159, comma 1, c.p.. La giurisprudenza ha collegato la sospensione dei termini stabiliti dal citato art. 83 al rinvio d'ufficio, per il medesimo arco temporale, delle udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e ne ha tratto una considerazione unitaria delle due discipline: sospensione dei termini e rinvio del processo sono, di regola, inscindibilmente collegati.

Si è affermato che «l'esame dell'effetto combinato delle discipline dettate dai commi 1 e 2 dell'art. 83 mette in luce come esse diano corpo a un caso di sospensione del procedimento o del processo: il rinvio d'ufficio di tutte le udienze e la sospensione di tutti i termini convergono nell'attribuire alla situazione processuale determinata dalle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 i connotati della sospensione del procedimento o del processo a norma del primo comma dell'art. 159 cod. pen.» (*Cass., n. 25222 del 2020*).

In altri termini, il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 contempla l'integrale sospensione dell'attività giurisdizionale nel periodo emergenziale, prevedendo non solo il rinvio delle udienze (comma 1), ma anche la sospensione dei termini processuali di qualsiasi natura (comma 2).

In altri termini la sospensione del processo, cui va ricollegata quella della prescrizione, è prevista da una norma che impone una «stasi» del giudizio basata su elementi certi ed oggettivi.

Questa interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, che riconduce la sospensione della prescrizione alla previsione generale dell'art. 159, primo comma, cod. pen., è in linea di continuità con altri casi di sospensione dei processi - rilevanti anche ai fini della sospensione del corso della prescrizione - collegati a situazioni di emergenza derivate, ad esempio, da eventi sismici.

Si tratta di ipotesi che presentano - come già detto - una ratio affine a quella della disciplina censurata, chiamata a fronteggiare la pandemia da COVID-19. È il caso, ad esempio, del D.L. 28 aprile 2009, n. 39 (eventi sismici nella re-

gione Abruzzo), il cui art. 5 prevedeva una sospensione dei processi penali, nonché, espressamente, la sospensione, per la stessa durata, del corso della prescrizione.

Parimenti è stato ritenuto che la sospensione della prescrizione come conseguenza della sospensione dei processi riguardasse i reati già commessi in precedenza in ulteriori fattispecie, quali quelle in materia di condono edilizio e di condono fiscale e in occasione della riforma del cosiddetto patteggiamento allargato.

Con riferimento ad un'ipotesi di condono edilizio, la giurisprudenza, prendendo in esame la sospensione della prescrizione, conseguente alla sospensione del processo, intervenuta successivamente alla commissione del fatto, l'ha ritenuta pienamente operante senza rilevare possibili aspetti di incostituzionalità, proprio perché espressiva del principio generale di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen..

La riconducibilità della sospensione disposta dall'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 all'art. 159, comma 1, c.p., esclude, quindi, che si sia in presenza di un intervento legislativo in contrasto con il principio di irretroattività della norma penale sostanziale sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost..

Né può ritenersi che l'art. 83 sia una norma ridondante, in quanto la sospensione stessa discenderebbe direttamente dalla norma generale contenuta nell'art. 159, primo comma, cod. pen.. In realtà l'art. 83 non è inutile perché fissa, in modo espresso e quindi in termini maggiormente chiari, compatibili con il rispetto del principio di eguaglianza, la collocazione della disposizione nell'alveo della causa generale di sospensione contenuta nell'art. 159, primo comma, cod. pen., secondo una tecnica legislativa non nuova. Una fattispecie analoga si rinviene, con riferimento ad altra situazione emergenziale che ha imposto la stasi dei processi penali, nell'art. 49, commi 6 e 9, del d.l. n. 189 del 2016 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016).

Sotto questo profilo, il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione disposta dall'art. 83, 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. 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.

9. La retroattività sfavorevole dell'interpretazione giurisprudenziale e il limite della prevedibilità

Si discute se il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente operi anche nell'ipotesi in cui l'estensione dell'ambito di applicazione

di una figura di reato sia il frutto non già di una modifica normativa, bensì di un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale.

Si è detto che il principio di irretroattività è incluso nel catalogo dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 7). E si è anche già evidenziato che la legalità europea prescinde dalla riserva di legge: la Corte EDU equipara fonte legislativa e fonte giurisprudenziale; l'atto normativo scritto prodotto da uno specifico procedimento di produzione (*statutory law*) è parificato al diritto giurisprudenziale (*judicial law*). E, pertanto, all'interno delle garanzie enucleabili dal principio convenzionale di legalità, la prevedibilità è estesa anche all'interpretazione della legge da parte del giudice.

Ciò determina l'estensione del principio di irretroattività anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli.

L'attività ermeneutica del giudice è per sua natura retroattiva: l'interpretazione ha ad oggetto una norma preesistente, di cui individua l'ambito di applicazione in relazione a un fatto che si è già verificato. L'interpretazione retroagisce anche se sfavorevole per il reo.

La naturale retroattività sfavorevole dell'interpretazione, tuttavia, incontra oggi un limite, rappresentato dal principio di prevedibilità. Tale principio, come si è già evidenziato nel capitolo precedente, impedisce la retroattività dell'*overruling* imprevedibile *in malam partem*. Il problema si pone oggi soprattutto per quanto concerne i mutamenti giurisprudenziali *in peius* non previsti e non prevedibili.

Si parla, ad esempio, di "retroattività occulta" quando un *revirement* della Corte di cassazione dà vita ad una nuova ipotesi criminosa, pervenendosi così "occultamente" a farla operare retroattivamente in violazione del principio costituzionale di irretroattività.

Il principio di legalità contenuto nell'art. 7 Cedu e il corollario della prevedibilità degli effetti penali della propria condotta impediscono che una nuova imprevedibile interpretazione giurisprudenziale aggravi retroattivamente il trattamento sanzionatorio.

La Corte di cassazione ha affermato il principio secondo cui «non è consentita l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa» (Cass. Sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596). Va sottolineato che questo orientamento, maturato sulla base del principio di irretroattività della legge penale, è del tutto coerente con l'esigenza di conoscibilità della legge penale che discende dal principio di colpevolezza.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si va consolidando l'orientamento secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali — che è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza — impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risul-

tato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa alla luce dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza.

La soluzione ora illustrata si richiama espressamente alla giurisprudenza della Corte Edu, la quale in più occasioni ha individuato nella conoscibilità della legge penale e nella prevedibilità della decisione giudiziaria due corollari del principio di irretroattività sancito dall'art. 7 CEDU: con la conseguenza che quel principio è violato qualora il giudice applichi retroattivamente una norma penale così come interpretata con effetti *in malam partem* ad opera della giurisprudenza (Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna). Muovendo da tali premesse la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU nella condanna pronunciata in Italia nei confronti di un alto dirigente della Polizia di Stato e dei servizi segreti italiani per concorso esterno in associazione mafiosa: all'epoca dei fatti, la figura del concorso esterno in associazione mafiosa non era stata ancora sufficientemente definita dalla giurisprudenza e la condanna non risultava pertanto prevedibile (Corte Edu, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

È quindi possibile affermare che nell'ordinamento penale, attraverso la piena affermazione del divieto di retroattività dell'*overruling* giurisprudenziale *in peius*, si assiste, sotto il profilo delle garanzie, a una piena equiparazione della "norma" proveniente dalla fonte giurisprudenziale alla "legge" che scaturisce dalla fonte parlamentare.