

CON UNA FINTA LA CONSULTA AGGIRA IL PROBLEMA DELLA IRRETROATTIVITÀ/RETROATTIVITÀ DELLA SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE CONNESSA AL COVID

Considerazioni a margine di [Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278](#)

di Roberto Bartoli

L'Autore esamina la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2020 mettendone in evidenza meriti e limiti. In particolare, sul piano dei limiti, si sottolinea come il risultato, peraltro condivisibile, di un'applicazione delle ipotesi sospensive della prescrizione connesse al Covid ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore, venga raggiunto eludendo la questione della irretroattività/retroattività: anche accogliendo l'idea che l'art. 83, comma 4, integri l'art. 159, comma 1, c.p., non si può considerare rispettata l'irretroattività dell'art. 25, comma 2, Cost. per il solo fatto che la norma integrata preesisteva, anche perché così ritenendo si introdurrebbe un principio generale per cui ogni volta che c'è un'integrazione, per il rispetto dei principi di garanzia, si deve guardare alla norma integrata e non anche a quella integratrice: si pensi a cosa vorrebbe dire questo principio rispetto alle fattispecie incriminatrici. Insomma, qualificata come sostanziale tutta la disciplina della prescrizione, alla fine si è aggirato il problema della irretroattività/retroattività della disciplina. Sarebbe stato meglio qualificare l'art. 83, comma 4, come disciplina processuale e ritenere operante il tempus regit actum.

SOMMARIO: 1. Meriti e limiti della sentenza n. 278/2020. – 2. Le parti totalmente condivisibili della sentenza: soluzione adottata e natura sostanziale della prescrizione. – 3. Le parti della sentenza parzialmente condivisibili: la *ratio* della prescrizione. – 3.1. Differenti *rationes* e problemi di legittimità costituzionale della disciplina della prescrizione. – 3.2. I problemi di ragionevolezza posti dalla riforma Bonafede. – 4. Le parti della sentenza opinabili: l'idea che l'irretroattività sia rispettata perché la norma dell'art. 159, comma 1, c.p. preesisteva alla commissione del reato. – 5. Una possibile soluzione alternativa: l'art. 83, comma 4, come norma di natura processuale rispetto alla quale opera il *tempus regit actum*. – 6. Una conclusione finale sul costituzionalismo ai tempi dell'emergenza.

1. Meriti e limiti della sentenza n. 278/2020.

La sentenza della Corte costituzionale n. 278/2020, che ha considerato legittima l'applicazione dell'ipotesi sospensiva della prescrizione dovuta a Covid (art. 83, comma 4, d.l. 18/2020 poi l. 27/2020 e art. 36, comma 1, d.l. 23/2020 poi l. 40/2020) a reati commessi prima della sua entrata in vigore, può essere letta secondo tre diversi "livelli di plausibilità". Anzitutto, v'è un livello di piena e totale condivisione, concernente l'esito a cui essa approda e la forte (ri)affermazione della natura sostanziale della prescrizione. In secondo luogo, v'è un livello di condivisibilità – per così dire – parziale, relativo alla parte in cui si affronta il tema della *ratio* della prescrizione. Infine, v'è un terzo livello dove si collocano l'impostazione di fondo e le argomentazioni utilizzate a sostegno della soluzione adottata, che, a nostro modesto avviso, costituiscono i passaggi maggiormente opinabili della sentenza.

2. Le parti totalmente condivisibili della sentenza: soluzione adottata e natura sostanziale della prescrizione.

Pienamente condivisibile anzitutto la soluzione adottata, che, come detto, ritiene legittima la possibilità di applicare l'ipotesi di sospensione della prescrizione connessa al Covid a reati commessi prima della sua entrata in vigore e quindi a reati rispetto ai quali stava maturando la prescrizione. Ciò che risulta opinabile è invece, come vedremo, l'argomentazione impiegata dalla Corte, secondo cui si tratterebbe di una applicazione non retroattiva e quindi rispettosa dell'art. 25, comma 2, Cost., mentre, a nostro avviso, si tratta di un'applicazione retroattiva che tuttavia non viola l'art. 25, comma 2, Cost., essendo gli artt. 83, comma 4 e 36, comma 1, già citati, norme processuali, rispetto alle quali vige il principio del *tempus regit actum*.

In secondo luogo, pienamente condivisibile è la parte della sentenza relativa alla natura sostanziale della prescrizione. Sulla scia di una giurisprudenza che ormai può essere considerata consolidatissima¹, la Corte ha ribadito 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» (§ 9 della motivazione).

Il punto è di grande importanza e merita due riflessioni. Anzitutto, magari anche in considerazione dell'orientamento europeo che qualifica la prescrizione come istituto di natura processuale, si sarebbe potuto spingere per un ripensamento della natura della prescrizione, modificandola per l'appunto da sostanziale a processuale, con conseguente possibilità di far valere non più la “forte” legalità penalistica di cui all'art.

¹ Corte cost., sent. n. 115/2018; Corte cost., sent. n. 324/2008; Corte cost., sent. n. 393/2006; Corte cost., ord., n. 24/2017.

25, comma 2, Cost., bensì il principio del *tempus regit actum*. Si sarebbe trattato di una vera e propria forzatura, oltretutto meramente strumentale, con conseguenze che non esito a definire devastanti per le nostre garanzie. Così, ad esempio, si sarebbe potuto ritenere retroattiva addirittura la riforma Bonafede. Senza considerare che la Corte avrebbe contraddetto il proprio orientamento ormai granitico. Ed infatti la Corte si è guardata bene dall'imboccare questa strada.

In secondo luogo, anche al fine di porre fine a qualsiasi dubbio sulla natura sostanziale della prescrizione, è forse venuto il momento di osservare come non vi sia una vera e propria contraddizione tra la concezione sostanziale della Corte costituzionale e quella processuale della Corte Edu. A ben vedere, infatti, la Corte Edu si muove in una prospettiva molto diversa da quella della Corte costituzionale, non soltanto dell'accertamento di una puntuale violazione di un diritto connessa a un caso concreto, ma anche con l'ottica di evitare che uno Stato assicuri l'impunità ad eventuali responsabili espressione o comunque connessi all'esercizio di pubblici poteri statali. Dalla prospettiva europea, infatti, la garanzia dei diritti delle persone è a contrasto non solo delle violazioni che conseguono a un uso comunque legittimo del potere e che quindi non costituisce un reato (si pensi a una legge o a una sentenza che applicano retroattivamente una legge penale sfavorevole), ma anche – e forse direi soprattutto – a contrasto delle violazioni che consistono in reati e che lo Stato tollera e non persegue anche perché commessi dai propri funzionari.

Ebbene, qualificando la prescrizione in termini processuali, la Corte Edu può andare a valutare in concreto le eventuali violazioni dei diritti derivanti da reati e dalla conseguente impunità garantita dallo Stato. In termini ancora più ampi possiamo osservare come alcuni istituti di disciplina statale che condizionano la punibilità in ambito europeo possano avere nella sostanza una doppia anima a seconda che la Corte tuteli i diritti dell'imputato da prevaricazioni – per così dire – attive, derivanti dall'esercizio del potere pubblico punitivo latamente inteso oppure tuteli diritti da prevaricazioni – per così dire – passive (sottendenti obblighi di criminalizzazione/punizione/responsabilizzazione), derivanti dal mancato esercizio del potere pubblico punitivo per tutelare autori di reato riconducibili allo Stato e al potere pubblico punitivo latamente inteso.

E forse è proprio questa in ultima analisi la più grande differenza che intercorre tra la Corte costituzionale di uno Stato e la Corte EDU.

3. Le parti della sentenza parzialmente condivisibili: la *ratio* della prescrizione.

Parzialmente condivisibile la parte della sentenza relativa alla *ratio* della prescrizione. Non perché quello che viene detto non sia condivisibile, ma piuttosto perché risulta nella sostanza parziale, vale a dire non del tutto esaustivo.

In estrema sintesi, a me pare che riguardo alla *ratio* della prescrizione si possano individuare due grandi direttrici: una sostanzialista e una processualista. La prima direttrice sostanzialista riconnette la *ratio* della prescrizione alle ragioni del punire considerando il decorso del tempo disfunzionale a tali ragioni. All'interno di questa

direttrice si possono distinguere tre varianti. Una variante che si basa sul rapporto disfunzionale tra decorso del tempo e prevenzione generale, per cui con il trascorrere del tempo viene meno l'allarme sociale. V'è poi una seconda variante che, nel valorizzare la persona del reo, la ricollega comunque alle funzioni della pena, facendo leva sul rapporto disfunzionale tra decorso del tempo e rieducazione/risocializzazione della pena (art. 27, comma 3, Cost.): con il trascorrere del tempo muta la persona con la conseguenza che se si punisce a distanza di tempo dal fatto commesso si punisce un'altra persona. Infine, v'è una terza variante, fortemente personalistica, nella sostanza riconducibile all'art. 27, comma 1, Cost., per cui il trascorrere del tempo determina addirittura il venir meno del legame che intercorre tra il soggetto e il fatto, ragion per cui punire una persona a molta distanza dal momento di commissione del fatto significa punire per un fatto che non le appartiene più. Certo, la determinazione del tempo di prescrizione sarà sempre oggetto di una valutazione (ma tanta colpevolezza ha in sé componenti valutative: si pensi alle scusanti), ma dietro v'è un'idea che si ispira al principio di personalità della responsabilità penale.

La direttrice processuale, muovendo dalla prima variante sostanziale, valorizza notevolmente le dinamiche del processo e la sua attivazione, ritenendo che quest'ultimo passaggio sia disfunzionale alla prescrizione e al decorso del tempo. Attribuendo quindi rilevanza alla attivazione del processo, vale a dire ad un aspetto consentaneo alle ragioni del punire, è lo stesso decorso del tempo a risultare stavolta disfunzionale. E non è un caso che muovendo da questa stessa identica prospettiva si vengano a delineare due varianti che giungono a conclusioni esattamente opposte: da un lato, v'è chi ritiene che con l'attivazione del processo debba venire meno la stessa prescrizione, ponendosi poi il problema di individuare il momento processuale in cui ciò accade, ma senz'altro prima della sentenza definitiva di condanna; dall'altro lato, v'è chi ritiene che invece la prescrizione operi proprio al fine di evitare che il processo si protragga senza fine.

Notevoli le differenze e le conseguenze di disciplina tra queste due prospettive e tra le varianti interne a queste prospettive, sulle quali non ci possiamo soffermare. Certo è che mentre la prospettiva sostanziale tende a un equilibrio tra prescrizione e attivazione del processo, la prospettiva processuale finisce invece per prospettare soluzioni opposte ed entrambi fortemente radicali: quella dell'attivazione del processo che rende il reato imprescrittibile e quella della attivazione del processo che deve essere necessariamente interrotto mediante prescrizione poiché altrimenti il processo e la ragione del punire si protrarrebbero all'infinito, fino ad auspicare una totale indifferenza della prescrizione rispetto alle dinamiche del processo.

Ebbene, la Corte costituzionale, affermato l'interesse a punire sia dalla prospettiva dello Stato che della vittima, ritiene che la *ratio* di garanzia della prescrizione sia collegata preminentemente all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato l'allarme della coscienza comune», aggiungendosi che «si è fatto anche riferimento, talora, al "diritto all'oblio"». In sostanza, vi sarebbe «un affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari,

dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati» (§ 7 della motivazione).

La Corte quindi opta per una *ratio* sostanzialista connessa al venire meno delle prevenzioni generali, vale a dire per quella che abbiamo definito la prima variante della prima prospettiva. Si tratta di una soluzione più che comprensibile, anche perché consente – per così dire – maggiori margini di bilanciamento, ma che suscita qualche perplessità, proprio perché alla fin fine non consente di sviluppare fino in fondo le potenzialità garantiste dei principi di risocializzazione e personalità della responsabilità penale, destinati a invernarsi anche nell’istituto della prescrizione.

3.1. *Differenti rationes e problemi di legittimità costituzionale della disciplina della prescrizione.*

In particolare, è evidente che attraverso la *ratio* connessa alla prevenzione generale la stessa riforma Bonafede non potrà che essere considerata legittima, potendosi affermare che attraverso l’attivazione del processo si è riattualizzata la necessità di punire. Non solo, ma attraverso tale *ratio*, si potrà sempre affermare la legittimità di reati imprescrittibili, magari richiamando anche la prospettiva europea. Andando ancora più a fondo, si deve osservare come una *ratio* della prescrizione connessa alla prevenzione generale sia in realtà simile alla *ratio* processualistica. E ciò del resto non deve meravigliare perché la prescrizione finisce per essere connessa alla prevenzione generale ed il decorso del tempo risulta disfunzionale rispetto alla stessa prevenzione generale, con la conseguenza che una attivazione del processo può essere considerata espressione di una esigenza di prevenzione generale che neutralizza il decorso del tempo.

Diversamente, è attraverso una *ratio* maggiormente personalistica che la riforma Bonafede entra decisamente in crisi. L’idea di fondo è che l’attivazione del processo debba essere presa in considerazione, ma non possa mai andare a rendere un reato imprescrittibile, perché, nonostante l’attivazione del processo, il decorso del tempo non può che rompere il legame tra autore e reato. L’attivazione del processo è interesse che può allungare i termini della prescrizione, ma non può affermare un legame perenne tra soggetto e fatto.

E quindi tutti i reati dovrebbero essere prescrittibili? Non mi spingerei fino a questa conclusione, potendosi ragionare in termini di regola ed eccezione, ed osservare come vi siano interessi come la vita destinati a prevalere sulle stesse ragioni dell’oblio. Una cosa è certa, il dibattito sulla imprescrittibilità “nazionale” non può essere confuso dalla prospettiva internazionale che afferma la legittimità dei reati imprescrittibili. Ed infatti, questa affermazione è ancora una volta connessa agli abusi pubblici statali, a dinamiche completamente differenti: reati compiuti con la cooperazione dello Stato, da uno Stato, da soggetti che hanno agito abusando dei poteri dello Stato sono reati imprescrittibili proprio in ragione dell’operatività dello Stato: insomma, in termini molto grezzi se non addirittura brutali, dalla prospettiva europea v’è una netta differenza tra l’omicidio realizzato da un cittadino rispetto al

quale v'è tutto l'interesse dello stesso Stato a perseguirlo e quello realizzato da un funzionario pubblico perché magari lo Stato glielo permette per legge oppure perché lo Stato decide di proteggere il funzionario, reato rispetto al quale lo Stato stesso può avere interesse a non perseguirlo. Nella prima ipotesi i poteri statali a tutela del diritto della vittima si attivano fisiologicamente, emergendo piuttosto l'esigenza di tutelare l'imputato dagli eccessi e gli abusi statali; nella seconda ipotesi i poteri statali si attivano contro i diritti della vittima, convergono con l'autore del reato, emergendo piuttosto l'esigenza di tutelare la vittima dallo Stato: ed ecco la disfunzionalità della prescrizione e la plausibilità dell'idea di imprescrittibilità connessa all'inerzia dello Stato.

3.2. I problemi di ragionevolezza posti dalla riforma Bonafede.

Al di là di questi aspetti, a me pare che la disciplina Bonafede ponga problemi di legittimità costituzionale anche sotto un altro profilo, quello della ragionevolezza.

E' sempre più evidente come in realtà vi siano due prescrizioni, quella senza attivazione del processo e quella che invece si caratterizza per l'attivazione del processo. La prima alla fin fine non è problematica quale che sia la *ratio* da cui si muove, per la semplice ragione che non essendoci attivazione del processo, non c'è l'emergere di alcun interesse disfunzionale rispetto al decorso del tempo. La seconda è quella che crea i maggiori problemi proprio perché esigenze dell'oblio ed esigenze della memoria entrano in tensione ovvero esigenze di personalità/rieducazione ed esigenze generalpreventive confliggono in ragione della attivazione del processo. D'altra parte, non solo entrambe le ipotesi si devono considerare sostanziali, ma la disciplina di entrambe deve essere ragionevolmente unitaria nonostante plausibili differenze, proprio in ragione della loro natura sostanziale e del decorso del tempo che si deve considerare nella sostanza analogo.

In particolare, da un lato, le due ipotesi di prescrizione senza dubbio differiscono, perché mentre nella prima non c'è un vero e proprio controinteresse, nella seconda il controinteresse è offerto proprio dalla attivazione del processo. Si tratta di un interesse meritevole di considerazione, perché riattiva la memoria sociale, perché attivandosi lo Stato sostiene spese, perché la stessa attivazione del processo rischia di agevolare la prescrizione. Tuttavia, si tratta anche di un interesse che a rigore non può mai prevalere in modo totale e assoluto sul decorso del tempo e sulla prescrizione, perché una prevalenza totale e unilaterale determinerebbe la fine di qualsiasi ragionevole bilanciamento. Dall'altro lato, le due prescrizioni si devono considerare analoghe proprio per la rilevanza attribuita al decorso del tempo, sempre identico a se stesso, e alla sua capacità estintiva della pretesa punitiva da parte dello Stato.

Ebbene, è proprio guardando le cose da questo angolo visuale della analogia/differenza tra la prescrizione senza attivazione del processo e prescrizione con attivazione del processo che emerge come l'attuale disciplina Bonafede presenti aspetti di irragionevolezza, perché, da un lato, quando il processo non si attiva, opera la prescrizione, mentre, dall'altro lato, quando il processo si attiva, il reato può diventare imprescrittibile. Insomma, vero che l'ipotesi senza attivazione e quella con

attivazione del processo sono diverse proprio in virtù della attivazione del processo che quindi deve essere presa in considerazione, è anche vero che le due ipotesi senza attivazione e con attivazione del processo non possono essere trattate in termini così diversi da implicare la prescrittibilità della prima e l'imprescrittibilità della seconda. La diversità tra le due prescrizioni (non attivazione/attivazione) non può portare a una diversità così radicale di prescrittibilità/imprescrittibilità: due situazioni differenti sono trattate in modo eccessivamente differente. La diversità tra prescrizione senza attivazione e prescrizione con attivazione si deve giocare sulla presa in considerazione nella seconda ipotesi dei tempi del processo, ma la diversità non può arrivare ad una valorizzazione del processo a tal punto da trasformare con la sentenza di primo grado un reato da prescrittibile a imprescrittibile. Insomma, si tratta di una diversità irragionevole, eccessiva, che rende troppo diverse due situazioni che comunque devono essere trattate in termini analoghi sul piano della prescrittibilità, visto che la prescrizione è comunque identica a se stessa sul piano del decorso del tempo e quindi della trasformazione della persona e del venire meno del collegamento tra fatto e autore. Ragionevole trattare le due ipotesi di prescrizione in modo diverso allungando ragionevolmente i tempi della prescrizione dell'ipotesi in cui il processo si è attivato.

4. Le parti della sentenza opinabili: l'idea che l'irretroattività sia rispettata perché la norma dell'art. 159, comma 1, c.p. preesisteva alla commissione del reato.

La sentenza della Corte costituzionale utilizza un impianto argomentativo che si fonda nella sostanza sui seguenti cinque passaggi.

Il primo passaggio (§§ 10, sul finale, e 11 della motivazione) riguarda la legalità e più precisamente la circostanza che la prescrizione non può che essere coperta dalla legalità "forte" dell'art. 25: riserva di legge, determinatezza, irretroattività. Non solo, ma «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 [...] a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato della prescrizione» (§ 12 della motivazione).

Il secondo passaggio (§§ 13 della motivazione) è costituito dalla centralità dell'art. 159 piuttosto che dell'art. 83, comma 4, in quanto la Corte muove dall'idea che l'art. 159, comma 1, contenga una clausola generale di sospensione destinata ad essere integrata da eventuali norme di legge, come per l'appunto l'art. 83, comma 4.

Il terzo passaggio (§ 14 della motivazione) attiene al fatto che l'art. 159, comma 1, pur prevedendo un rinvio aperto, si considera pienamente rispettoso della legalità, anche perché la Corte può compiere un sindacato di ragionevolezza sulle ipotesi integratrici, sia sul piano della ragionevole durata del processo (?) sia sul piano del principio di ragionevolezza e proporzione, escludendo così il rischio di abusi da parte del potere legislativo.

Quarto passaggio (§ 15 della motivazione) è la qualificazione dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020 come ipotesi di sospensione del procedimento riconducibile alla clausola generale.

Ultimo passaggio, quello che definirei decisivo (§ 16 della motivazione): «la riconducibilità della fattispecie in esame [art. 83, comma 4] alla disciplina di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen., esclude, quindi, che si sia in presenza di un intervento legislativo, recato dalla norma censurata, in contrasto con il principio di irretroattività della norma penale sostanziale sfavorevole sancito dall'art. 25, secondo comma Cost.», e ciò 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. 150 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi *a quibus*. La regola secondo cui 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 [corsivo nostro]».

Ebbene, posto che a mio modesto avviso le disposizioni connesse al covid hanno previsto ipotesi autonome di sospensione, i primi quattro passaggi della sentenza, destinati nella sostanza ad affermare che l'art. 159, comma 1, prevede una clausola generale rispettosa della legalità penale ed integrata da disposizioni di legge che si trovano fuori dallo stesso art. 159, comma 1, possono anche convincere. Tuttavia, ciò che non convince è senz'altro l'ultimo.

Ed infatti, anche accedendo all'idea per cui l'art. 83, comma 4, integra l'art. 159 c.p., con il quinto passaggio la Corte risolve un problema di principi attraverso l'artificio del rapporto tra le norme, lasciando però del tutto eluso il problema della retroattività/irretroattività: dire infatti che l'art. 159 preesiste e che quindi non c'è violazione della irretroattività da parte della norma integratrice, significa non fare i conti con il fatto che la norma integratrice è comunque successiva ed è su quella norma che il problema della irretroattività/retroattività si deve appuntare.

Detto in altri termini, in ambito penale, l'integrazione tra le norme non può portare a ritenere che i principi siano rispettati quando è la norma integrata a rispettarli prescindendo totalmente dal vaglio del rispetto dei principi da parte della norma integratrice. Insomma, la circostanza che una norma vada ad integrare un'altra norma non può neutralizzare il fenomeno della successione delle norme nel tempo realizzato dall'entrata in vigore della nuova disposizione che integra la clausola generale.

Ebbene, la Corte ha detto troppo non solo là dove ha affermato che attraverso l'art. 159 «si ha che al momento della commissione del fatto il suo autore sa *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», ma anche là dove ha nella sostanza negato qualsiasi valenza alla norma integratrice, che finisce per essere totalmente inglobata nella norma integrata, applicandosi solo a quest'ultima i principi di garanzia, finendosi così per negare lo stesso fenomeno successorio ed eludendo il problema della irretroattività/retroattività della norma integratrice.

Ebbene, se si assume l'idea che la norma integratrice non ha valenza, si apre una problematica per tutte le ipotesi in cui c'è integrazione di una legge penale non solo da parte di norme secondarie generali ed astratte ma anche da parte di leggi. Si pensi a

quanto accadrebbe nell'ambito delle fattispecie incriminatrici e delle modifiche mediate.

Anche perché a questo punto si dovrebbe spiegare perché una integrazione di una fattispecie incriminatrice da parte di un'altra legge penale con effetto sfavorevole non possa retroagire nel nome del fatto che preesiste la norma integrata. Si dirà che rispetto alle fattispecie l'integrazione ha un effetto sfavorevole: ma anche rispetto alla sospensione della prescrizione l'integrazione ha un effetto indubbiamente sfavorevole.

Ecco allora che, a nostro avviso, molto più semplicemente, la Corte costituzionale avrebbe potuto dire che l'art. 84, comma 4 integra l'art. 159, ma avendo natura processuale, vige il *tempus regit actum*. Del resto la stessa Corte costituzionale nella sentenza in esame ha ribadito «la prescrizione costituisce [...] un istituto sostanziale “pur potendo assumere una valenza anche processuale”» (§ 10 della motivazione). Tale affermazione non processualizza la prescrizione, ma anzi salvaguarda la sua natura pienamente sostanziale. Piuttosto prende atto del fatto che la prescrizione si intreccia con il processo e con le sue dinamiche e che per alcuni aspetti, come ad esempio la sospensione, assume una disciplina che nella realtà ha natura processuale.

5. Una possibile soluzione alternativa: l'art. 83, comma 4, come norma di natura processuale rispetto alla quale opera il *tempus regit actum*.

Non voglio portare acqua al mio modestissimo mulino, ma mi ero permesso di avanzare una possibile soluzione, distinguendo tra norme interruttrive che attengono alla prescrizione ed hanno natura sostanziale e quindi sono irretroattive e norme sospensive, che non attengono propriamente alla prescrizione, ma ad aspetti e profili processuali che condizionano la prescrizione, che hanno invece per l'appunto natura processuale, rispetto ai quali vige quindi il principio del *tempus regit actum*².

Una soluzione del genere salva la natura assolutamente sostanziale della prescrizione come anche il principio di irretroattività e salva quegli aspetti processuali della disciplina della prescrizione che devono essere trattati come disciplina processuale con annesso il principio del *tempus regit actum*. Soluzione semplice, lineare e forse anche di sistema.

Distinguere tra tipologie di norme sulla base della natura è ormai di fondamentale importanza: si pensi al ruolo fondamentale che gioca il concetto di “materia penale”, ma si pensi anche alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020, che da un lato ha ribadito la natura processuale di alcune norme che disciplinano le misure alternative rispetto alle quali opera il *tempus regit actum* e che poi, dall'altro lato, all'interno di tali norme individua spazi di disciplina che comunque incidono sulla libertà e che quindi sono sostanziali e che quindi impongono la irretroattività.

² R. BARTOLI, [Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*.

C'è l'esigenza di distinguere tra tipologie di sospensione? Direi di no: la stessa riforma Orlando è stata applicata ai processi in corso. E non poteva essere diversamente. Mentre la riforma Bonafede non è ipotesi di sospensione e nemmeno di interruzione, ma è ipotesi che nella sostanza ridefinisce ed anticipa notevolmente il presupposto per l'operatività della prescrizione: se prima della riforma Bonafede il presupposto era la sentenza definitiva di condanna, adesso invece è la sentenza di primo grado o il decreto penale di condanna. E rispetto alla riforma Bonafede ha inevitabilmente operato il principio di irretroattività.

Altro discorso ancora quello della plausibilità del fondamento che sta dietro all'ipotesi sospensiva. Ebbene, come accennato, la Corte ha affermato la possibilità di svolgere un controllo su tale ambito, passaggio che non si può che condividere.

6. Una conclusione finale sul costituzionalismo ai tempi dell'emergenza.

Per anni si è detto che l'emergenza come fenomeno nella sostanza non esiste. Poi si è detto che l'emergenza come fenomeno esiste, ma che può essere ricondotto alla disciplina della normalità, perché non esistono discipline di emergenza. Poi si è detto che esiste il fenomeno dell'emergenza e che sono plausibili discipline dell'emergenza, ma che i principi che governano la disciplina dell'emergenza sono gli stessi che governano la disciplina della normalità. Adesso ci si sta accorgendo come fenomeni di emergenza necessitino di discipline di emergenza anche derogatorie rispetto ad alcuni principi, ma che si devono comunque rispettare principi assolutamente inderogabili.

Nonostante tutto ciò si continua a dire che non vi sia bisogno di discipline costituzionali dell'emergenza. Ebbene, da tempo, sommestamente, sostengo che la disciplina dell'emergenza possa derogare a principi, ma che altri principi siano inderogabili (sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 15 Convenzione EDU), e che è necessaria una disciplina espressa all'interno della nostra Costituzione: la mancanza di questa disciplina non può che creare confusione³.

La questione affrontata dalla sentenza in esame rientra in questo tema più ampio. Se n'è avuto una conferma da quella sentenza della Corte di Cassazione in cui si è affermato che, essendosi in presenza di uno stato di emergenza, si poteva derogare alla irretroattività della legge penale sfavorevole: una svista davvero inquietante.

Ma si pensi anche ai problemi di attivazione dello stato di emergenza: può il potere esecutivo, con fonte secondaria, dichiarare lo Stato di emergenza e prorogarlo? Nella sentenza in esame si parla della possibilità di sindacare da parte della Corte la ragionevolezza delle ipotesi sospensive. Ebbene, forse sarebbe opportuno riconoscere alla Corte costituzionale anche un controllo sulla dichiarazione di emergenza e quindi attribuire il potere di attivazione dell'emergenza al Parlamento, perché immaginiamoci nel futuro cosa potrà accadere alla luce di questa esperienza pandemica. L'emergenza

³ Cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008; ID., *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, 2010, n. 1-2, p. 329 ss.

non può neutralizzare la democrazia e ancor più il costituzionalismo che si basa sul controllo della politica da parte della Corte costituzionale. Insomma: solo una legge, e meglio ancora la legge del Parlamento e non atti aventi forza di legge, che magari prendono oltretutto la forma di decreti-legge da convertire con la fiducia, possono attivare stati di emergenza.

Ed ancora, la questione dei d.p.c.m. A me pare che non sia sufficiente una legge che autorizza d.p.c.m. che possono derogare ai principi, perché la deroga alla fin fin è posta da una norma secondaria⁴. Fino ad ora avevamo avute deroghe alla Costituzione mediante legge, ma adesso abbiamo deroghe alla Costituzione mediante d.p.c.m.: le deroghe devono essere necessariamente contenute nella legge. Si dirà che il d.p.c.m. ha una copertura in una legge, bene, ma ancora una volta si deve osservare come il d.p.c.m. abbia in realtà totale autonomia e discrezionalità nella scelta dei comportamenti da limitare, ovvero nella scelta del diritto da limitare in deroga alla Costituzione. Tanto è vero che i d.p.c.m. che pongono limiti in deroga sfuggono al controllo della Corte costituzionale. Insomma, possono essere limitate le libertà in deroga alla estensione normale prevista in Costituzione mediante fonti secondarie? Direi proprio di no. Ed infatti come nella normalità è la legge che pone limiti (non in deroga), così nell'emergenza deve essere la legge che pone limiti in deroga: anzi, direi che a maggior ragione deve essere la legge proprio perché si deroga alla portata normale dei diritti fondamentali. Insomma, con questa disciplina dei d.p.c.m. si è avuta una doppia deroga: non solo sul piano del rapporto tra fonti, ma ancor prima sul piano della estensione delle libertà. Un qualcosa che deve aprire al più presto la più ampia discussione.

Cosa c'entra tutto questo con la prescrizione? C'entra, perché la stessa Corte costituzionale ha detto che la sospensione della prescrizione è legittima perché avvenuta mediante legge e perché così risulta possibile un controllo su fondamento della sospensione da parte della stessa Corte costituzionale. Ma allora se si richiede che le ipotesi sospensive della prescrizione siano previste dalla legge, a maggior ragione non si può non chiedere che le ipotesi limitative delle libertà in deroga alla portata regolare prevista dalla Costituzione siano previste per legge, proprio al fine di consentire un sindacato di legittimità da parte della Corte costituzionale.

Certo, il sistema nel suo complesso sarebbe fortemente a rischio e non saremmo in grado di prevedere quale potrebbe essere l'impegno di una Corte costituzionale che con ogni probabilità si troverebbe affogata di questioni di legittimità costituzionale. D'altra parte, non si può sospendere la democrazia e il costituzionalismo, poiché altrimenti, senza accorgersene, si finirebbe per ricommettere gli errori del passato e concepire l'emergenza come uno stato di eccezione che sospende la stessa Costituzione.

⁴ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. speciale/2020, p. 453 ss.