

La natura sostanziale della prescrizione e le intenzioni processuali della legislazione ai tempi dell'emergenza sanitaria: in dubbio la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dal Decreto *Cura Italia*.

di **Bruno Andò**

Sommario. 1. Le necessarie premesse. – 2. Le ordinanze di rimessione. – 3. Brevi considerazioni sulla funzione della prescrizione. – 4. L'applicazione incondizionata della sospensione della prescrizione e la sua durata determinata. – 5. I precedenti giurisprudenziali e dottrinali sulla natura della prescrizione. – 6. *"le posizioni topografiche non sono norme"*, ma non sempre sono casuali: perché la prescrizione non può essere istituito processuale.

1. Le necessarie premesse.

Il Tribunale di Siena, con due ordinanze del 21 maggio 2020, ed il Tribunale di Spoleto, con altrettante ordinanze del 27 maggio 2020, manifestano di dubitare della legittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 83 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. *Cura Italia*), convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27, e successivamente modificato dall'art. 36 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. *Liquidità*), convertito in Legge 3 giugno 2020, n. 40:

i) *"in riferimento all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, là dove prevede che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimane sospeso per un periodo di tempo pari a quello in cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali"* (ordinanze del Tribunale di Siena);

ii) in ragione del ritenuto contrasto di esso con *"gli artt. 25 co. 2 e 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU ... nella parte in cui prevede che lo stabilito periodo di sospensione della prescrizione si applichi anche ai fatti di reato commessi anteriormente alla sua entrata in vigore"* (ordinanze del Tribunale di Spoleto).

La norma oggetto della ritenuta incompatibilità con la Costituzione, divenuta rapidamente assai nota agli addetti ai lavori, prevede che *"nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale"*.

Rinviando alle pagine che seguono l'analisi delle questioni sollevate dai Tribunali, ciò che merita da subito rilevare è che il presupposto delle

questioni di legittimità costituzionale della norma in questione è rappresentato dalla identificazione della natura propriamente penale dell'istituto della prescrizione del reato, dalla quale discenderebbe l'illegittimità di una disposizione, in materia di prescrizione, che incida negativamente su una posizione sostanziale connessa ad un presunto illecito commesso in un momento antecedente l'entrata in vigore della disposizione medesima.

Le due ordinanze in questione, difatti, pur sviluppando due percorsi logici tra loro leggermente differenti, hanno origine da una comune constatazione ricognitiva, rappresentata dal riconoscimento della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e dalla connessa rilevanza, nei procedimenti in corso, del principio della irretroattività della norma penale di sfavore.

Il comma 2 dello stesso art. 83 della Legge 27/2020, richiamato dal successivo comma 4, prevede che dal 9 marzo all'11 maggio 2020 (il termine in questione, originariamente identificato nel 22 marzo, è stato successivamente posticipato al 15 aprile 2020, data che ancora risulta indicata nel testo della norma, che però, come detto, è stato ulteriormente modificato dall'art. 37 della Legge 40/20), sono sospesi – per quanto qui di interesse – *il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali*, i termini di durata delle indagini preliminari, di adozione dei provvedimenti e di deposito delle motivazioni, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio, per le impugnazioni e, *più in genere, tutti i termini procedurali*, oltre che il termine per la presentazione della querela (regola, quest'ultima, sulla cui legittimità si rimane perplessi, ma che esula dall'oggetto del presente contributo).

Il comma 4, a sua volta, sembrerebbe mancare di coordinamento – come, vedremo, denunciato dal Tribunale di Siena – con il comma 1 dello stesso art. 83, il quale stabilisce che *dal 9 marzo al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020* (anche in questo caso il riferimento al 15 aprile deve ritenersi riferito al successivo 11 maggio 2020). Incidentalmente, appare opportuno anticipare che, se fosse vero che, sulla base delle considerazioni formulate dai giudici remittenti, il comma 4 del citato art. 83 non è conforme a Costituzione, una analoga questione di legittimità costituzionale – oggi non rilevante, ma che diverrebbe tale tra alcune settimane – potrebbe porsi rispetto al comma 9 dello stesso articolo, nella parte in cui prevede che *“nei procedimenti penali il corso della prescrizione ed i termini ... rimangono sospesi per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 31 luglio 2020”*¹.

¹ Risulta già approvato dal Senato della Repubblica, e dovrebbe essere di prossima approvazione alla Camera dei Deputati, un DDL di conversione del Decreto Legge n. 28/2020,

Tale ultima norma riguarda, come noto, i procedimenti che, fissati nel periodo compreso tra l'11 maggio 2020 ed il momento finale della "fase 2" della Giustizia, non rientrano nei casi in cui, alla luce delle misure adottate dai capi degli Uffici Giudiziari, è disposto, ai sensi del comma da ultimo citato, il rinvio delle udienze a data successiva a quella di fine della "fase 2".

2. Le ordinanze di rimessione.

Il Tribunale di Siena, nell'ambito di due procedimenti per reati in materia edilizia asseritamente commessi (o comunque accertati) non più tardi, rispettivamente, del 20 aprile 2015 e del 16 maggio 2015, entrambi celebrati all'udienza del 21 maggio 2020, premessa una ricostruzione delle diverse disposizioni legislative che hanno disposto la sospensione della prescrizione tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020, ha ritenuto che i reati in questione non potessero dirsi prescritti esclusivamente in ragione di quanto previsto da queste ultime.

Entrambe le ordinanze² contengono una considerazione che merita un brevissimo approfondimento (che si svilupperà successivamente poiché essa è comune anche alle ordinanze del Tribunale di Spoleto): secondo il giudice di Siena, in particolare il legislatore ha *istituito uno stretto legame tra sospensione dei termini processuali e sospensione del corso della prescrizione, ancorando quest'ultima alla prima, sia per quel che concerne i presupposti applicativi, sia per quel che riguarda l'estensione temporale. Pertanto, là dove siano sospesi i termini per il compimento di qualsiasi attività processuale, resterà parimenti sospeso il corso della prescrizione, per un periodo di tempo sempre fisso e prestabilito, corrispondente all'arco di tempo che intercorre tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020, pari a complessivi sessantatré giorni.*

Il Tribunale di Siena, ancora, afferma che il richiamo, contenuto dal comma 4, al solo comma 2 della medesima disposizione, non possa valere *ad escludere l'applicabilità della sospensione del corso della prescrizione per quei procedimenti in cui, ai sensi del primo comma, sia stato disposto il rinvio d'ufficio dell'udienza. Se così fosse, d'altronde, tale sospensione resterebbe di fatto inapplicata nella totalità dei procedimenti in cui sia stato disposto un rinvio d'udienza, in contrasto con la stessa ratio legis dell'intervento normativo in parola, che proprio tramite l'istituto della sospensione ha inteso "neutralizzare ogni effetto negativo" conseguente al "massivo differimento delle attività processuali".*

al cui interno è prevista l'abrogazione della disposizione che aveva differito il termine di "riapertura" dell'attività giudiziaria ordinaria dal 30 giugno al 31 luglio 2020.

² Per un primo commento si v. PASQUINUZZI, *Emergenza Coronavirus: la sospensione della prescrizione è incostituzionale?*, al seguente link www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/06/04/emergenza-coronavirus-la-sospensione-della-prescrizione-e-incostituzionale

In realtà, pur prendendo atto della formulazione non felice delle disposizioni, sul punto potrebbe ritenersi che nel concetto di *provvedimenti giudiziari*, i cui termini di adozione sono sospesi, rientrino tutti quei provvedimenti fisiologicamente disposti dall’Autorità Giudiziaria nell’ambito dell’attività di organizzazione, programmazione e celebrazione delle udienze, e che, se disposti all’interno del periodo di sospensione dei termini – come auspicabile, allorché rilevanti nell’ambito di procedimenti ai quali si applicano le norme in commento – potrebbero determinare quell’effetto sospensivo della prescrizione previsto dal comma 2 dell’art. 83.

Fatte queste premesse, funzionali a sostenere la rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, il remittente affronta il nodo centrale della questione, ossia quello inerente la natura della prescrizione e la conseguente applicazione del principio di legalità in materia penale, da cui discende il divieto di applicazione retroattiva delle norme che determinano una modificazione peggiorativa delle disposizioni incidenti sulla punibilità (nel caso di riconoscimento della natura sostanziale dell’istituto), ovvero della regola del *tempus regit actum* (se interpretato come istituto processuale).

Il Tribunale ritiene di aderire alla prima opzione ermeneutica, e ciò anche alla luce della conformità di orientamento espressa sul punto sia dalla giurisprudenza di legittimità, sia, soprattutto, dalle pronunce della Consulta, *in primis* le due pronunce relative al caso Taricco³ (l’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizie UE e la successiva sentenza sull’operatività, nel rapporto tra diritto interno e diritto europeo, dei cc.dd. *controlimiti*⁴), ma anche la giurisprudenza costituzionale degli ultimi 15 anni⁵. Data questa consolidata interpretazione, il Tribunale afferma che quel che *vale per la prescrizione, deve altresì valere per il suo regime modificativo, costituito dagli istituti dell’interruzione e della sospensione*, non essendo logico, d’altra parte, ipotizzare la prescrizione, che riveste natura sostanziale, stia da una parte, e che si collochino invece da un’altra parte le vicende modificative di essa, che, qualora intese come istituti di diritto processuale, resterebbero ovviamente sottratte al principio di legalità in materia penale. Ciò, peraltro, andrebbe sia contro una puntuale affermazione della Consulta, secondo cui il principio di legalità in materia penale riguarda non solo la norma che istituisce e disciplina la prescrizione, bensì il suo (intero) regime legale⁶, sia contro il più generale principio per cui l’ambito applicativo del principio di legalità non è limitato alle disposizioni che regolano gli elementi

³ Corte Cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24/2017 e sent. 10 aprile 2018, n. 115.

⁴ Tra i commenti a quest’ultima pronuncia si v. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l’"evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018 Osservatorio Costituzionale AIC* 2018.

⁵ Corte Cost. 23 ottobre 2006, n. 393; 30 luglio 2008, n. 324; 19 maggio 2014, n. 143; 22 novembre 2017, n. 265.

⁶ Corte Cost., ord. 24/2017, *cit.*, § 4.

costitutivi delle fattispecie incriminatrici, bensì ogni profilo sostanziale concernente la punibilità.

Il Tribunale di Siena si spinge oltre, rappresentando le ragioni, condivisibili, per le quali la sospensione della prescrizione in questione non può essere identificata come una particolare applicazione di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 159 c.p. – secondo cui *il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge* – come tuttavia sostenuto da autorevole dottrina⁷.

Le disposizioni dell'art. 83 della Legge 27/2020, in realtà, non parlano affatto di sospensione del procedimento o del processo, bensì di mero rinvio d'ufficio (qualificato nella relazione illustrativa al Disegno di Legge di conversione del Decreto Legge come "*differimento urgente*") delle udienze e di sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti e per l'adozione di provvedimenti giudiziari, salve le deroghe di cui al comma 3.

I sopra indicati contenuti letterali delle disposizioni, invero, non possono *ex se* condurre a ritenere che si sia in presenza di una sospensione del procedimento.

In sostanza, se è vero che quest'ultima, pur determinando, di regola, il differimento delle udienze e di qualsiasi altra attività processuale fino alla cessazione della causa di sospensione, non sempre importa il rinvio delle udienze, è altrettanto vero che tale differimento, così come la sospensione dei termini di compimento degli atti o di adozione dei provvedimenti, da un lato non costituisce effetto esclusivo della sospensione del procedimento, e dall'altro non necessariamente la determina.

Pertanto, sembra incompatibile con la chiara lettera della norma affermare che il Decreto *Cura Italia*, volendo realizzare il differimento delle udienze, abbia disposto anche la sospensione dei procedimenti.

Infine, ricorda il Tribunale, nemmeno il riferimento alla natura eccezionale, emergenziale o necessitata delle disposizioni legislative in questione potrebbe assumere rilevanza al fine di renderle compatibili con la Costituzione, e ciò in ragione della natura assolutamente inderogabile del principio di legalità in materia penale - in quanto appartenente *all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione*⁸ - e del conseguenziale principio della irretroattività della legge penale sfavorevole.

⁷ GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sistema Penale 2020*, pubblicato in un momento antecedente all'emissione dell'ordinanza del Tribunale di Siena, richiamato dallo stesso A. in *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema Penale 2020*.

⁸ L'espressione è ripresa da Corte Cost. 15 dicembre 1988, n. 1146.

Il Tribunale di Spoleto, con ordinanze del 27 maggio 2020, emesse nell'ambito di due procedimenti rispettivamente pendenti per un delitto contestato come perpetrato il 5 ottobre 2012 e per una contravvenzione asseritamente commessa il 21 maggio 2015, ha rappresentato che gli illeciti in contestazione si sarebbero prescritti rispettivamente il 5 aprile 2020 ed il 21 maggio 2020, ma che, in ragione dell'entrata in vigore della norma di cui al comma 4 dell'art. 83 D.L. 28/2020 (e successive modifiche), sarebbe intervenuto *un nuovo caso di sospensione della prescrizione*, che avrebbe *di fatto spostato in avanti* l'effetto estintivo rispettivamente al 7 giugno 2020 ed al 23 luglio 2020.

Il dato comune alle ordinanze dei due giudici è rappresentato, come anticipato, dalla ritenuta natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, così come confermata dalle già citate pronunce della giurisprudenza costituzionale, e, più in particolare, dalla sentenza n. 393/2006 della Consulta, con la quale è stato affermato che il decorso del tempo *non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva*.

Allo stesso modo, il Tribunale di Spoleto manifesta di condividere l'interpretazione secondo cui la durata della sospensione della prescrizione sia fissa ed omogenea per tutti i procedimenti, e pari a sessantadue giorni.

Il giudice ritiene che la norma in questione sia incompatibile non soltanto con l'art. 25 comma 2 della Costituzione, ma anche, mediante la violazione dell'art. 117 Cost., con la norma interposta rappresentata dall'art. 7 CEDU, secondo cui *nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*.

Per il giudice, inoltre, deve essere esclusa la riconducibilità, dell'ipotesi di sospensione della prescrizione in esame, al rinvio, operato dal comma 1 dell'art. 159 c.p., *a particolari disposizioni di legge che prevedono ipotesi di sospensione ulteriori rispetto a quelle contemplate dallo stesso articolo del codice penale*. Ciò poiché *onde evitare facili elusioni del divieto di retroattività in ambito penale ad opera del legislatore ordinario, il rinvio in bianco operato dalla citata disposizione può valere unicamente per le leggi extracodicistiche preesistenti al codice penale ovvero successive ma entrate in vigore prima della commissione del fatto-reato di cui si occupa il processo penale*.

Sul punto, il Tribunale aggiunge che non sarebbe logica una diversa interpretazione della norma di cui si discute, come se essa dovesse trovare applicazione, nelle intenzioni, ai soli fatti di reato commessi successivamente alla sua entrata in vigore; ciò, evidentemente, poiché questa interpretazione – che, in effetti, renderebbe la disposizione conforme al principio di legalità – *finirebbe con l'avallare una pressoché totale abrogazione tacita della norma, vanificando lo scopo preso di mira dai riformatori*.

D'altra parte, anche a voler seguire una diversa impostazione, recependo l'orientamento di quella giurisprudenza sovranazionale che ha sottolineato la natura processuale alla prescrizione – ed ammettendone quindi l'applicazione retroattiva alla luce della mancata frustrazione delle esigenze difensive e delle aspettative del singolo rispetto ai tempi della risposta punitiva dell'ordinamento – si finirebbe per determinare un inammissibile superamento degli espliciti vincoli formali, posti dall'ordinamento, che, come anche recentemente affermato dalla Consulta⁹, possono essere superati soltanto *per rafforzare le garanzie individuali, giammai per conculcarle*.

Il Tribunale, infine, manifesta di nutrire un doveroso rispetto ai principi del giusto processo allorché afferma che non è possibile “scaricare” sull'imputato, e sul suo diritto di difendersi provando – diritto che è tanto più sacrificato quanto maggiore è la distanza temporale dalla data di commissione del reato – l'introduzione di un periodo di sospensione della prescrizione che non solo non è addebitabile al comportamento di qualcuna delle parti o all'inerzia dell'Autorità Giudiziaria, ma che non era nemmeno prevedibile dall'imputato, la cui posizione nei confronti dell'ordinamento non può essere quindi gravata da un fattore che, non rientrando nell'ordinaria alea del processo, non può nemmeno automaticamente essere ricondotto all'interno di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 159 c.p.

3. Brevi considerazioni sulla funzione della prescrizione.

Quest'ultimo argomento, posto nella parte conclusiva dell'ordinanza del Tribunale di Spoleto, merita di essere ribadito in questa sede, e ciò soprattutto di fronte alle considerazioni, spese da autorevole dottrina, per cui la natura fortuita ed inaspettata di questa sospensione dell'attività giudiziaria, non imputabile a nessuno, non può andare *a favore di qualcuno*¹⁰.

La prescrizione, in realtà, è un istituto del tutto neutro, e non rappresenta – come sembra farsi largo l'idea nel sentire comune nell'attuale momento storico – una scappatoia per l'imputato che non ha modo di difendersi diverso dal perdere tempo.

Esso risponde ad una esigenza di civiltà giuridica, ossia quella di pretendere che lo Stato eserciti la propria potestà sanzionatoria, coerentemente con i principi della ragionevole durata del processo e della certezza e rapidità della risposta sanzionatoria, entro un determinato arco temporale decorso il quale, alla luce della progressivamente minore rilevanza sociale, politica, economica ed umana del reato, verrà meno, quale ulteriore conseguenza, anche la legittimazione punitiva dello Stato.

⁹ Corte Cost., 12 febbraio 2020, n. 32.

¹⁰ In questi termini si esprime GATTA, “Lockdown” della giustizia penale, cit., 16.

Del tutto irrilevante è, a tal fine, la circostanza per cui, in ragione di essa, l'Autorità Giudiziaria, salvo nel caso in cui constati l'esistenza di un fattore idoneo a determinare una formula di proscioglimento maggiormente liberatoria, emette pronunce in rito che di fatto liberano l'imputato dal rischio di una sanzione.

Ciò, tra l'altro, per la semplice ragione per cui la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, al netto dei casi in cui intervenga in giudizi di gravame ai quali partecipi una parte civile – che impone al giudice dell'impugnazione di decidere comunque nel merito ai fini civili¹¹ – prevale sull'eventuale pronuncia assolutoria nel merito con formula dubitativa o comunque in caso di prova dell'innocenza non evidente¹².

Essa, dunque, non viene emessa solo se l'imputato, che altrimenti sarebbe ritenuto responsabile del reato ascritto, grazie al decorso di un certo periodo di tempo "l'ha fatta franca", ma anche in tutti quei casi in cui, nonostante l'esistenza di prove a carico di dubbia rilevanza, ed altresì l'esistenza di prove a discarico, seppur non idonee *ex se* a determinare l'evidenza dell'innocenza, la scadenza del termine di prescrizione impedisce allo Stato di esercitare, mediante la giurisdizione penale, la funzione istituzionale di accertamento dei reati.

La prescrizione rappresenta, allora, null'altro che la morte del (supposto) reato; non a caso ha su di esso lo stesso effetto che si produce per la morte dell'imputato.

Essa non va a favore dell'imputato, al quale viene negato il diritto (salvo rinuncia) di difendersi. Non va a favore della parte civile, che viene obbligata a dare origine ad un altro ed autonomo giudizio civile di risarcimento del danno. Non va, infine, a favore dell'ordinamento, che vedrà frustrato il proprio diritto/dovere di perseguire gli individui apparentemente responsabili di un illecito e di sanzionare i comportamenti penalmente rilevanti.

La prescrizione, allora, rende evidente che l'ordinamento non è stato in grado di rispondere ad un'esigenza di accertamento e repressione di un presunto fatto di reato prima che la sua rilevanza extragiuridica, in esito al decorso di un periodo di tempo normativamente identificato, sia venuta meno.

¹¹ *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 39914.

¹² Sul punto la giurisprudenza ha introdotto il concetto di "*constatazione*", quale unica attività, diversa da quella di "*accertamento*", che, in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice è chiamato a compiere: in argomento, *ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. III, 25 maggio 2017, n. 791; Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914.

4. L'applicazione incondizionata della sospensione della prescrizione e la sua durata determinata.

L'idea, condivisa dalle ordinanze sopra citate, secondo cui la sospensione della prescrizione deve operare in maniera indiscriminata ed in termini identici per tutti i procedimenti, sebbene appaia giustificabile da una logica ispirata all'uguaglianza formale, sembra cedere di fronte ad una valutazione critica ispirata ad un principio di eguaglianza sostanziale.

Facendo un esempio che potrebbe rendere chiaro il concetto, potrebbe non essere coerente con il principio di ragionevolezza, o di uguaglianza sostanziale, che in un determinato procedimento, la cui udienza era fissata (con provvedimento di differimento disposto in un momento antecedente il 9 marzo) per il 7 maggio 2020, si applichi una sospensione della prescrizione in misura identica a quella applicata al diverso procedimento nell'ambito del quale in occasione dell'ultima udienza, antecedente rispetto al periodo in questione, era stato disposto un differimento al 10 marzo 2020 (data, quest'ultima, in cui vi è stato un ulteriore rinvio).

Considerando questo termine fisso e generalizzato, inoltre, si potrebbe correre il rischio di determinare un effetto non ragionevole, e cioè quello di sospendere il corso della prescrizione per un periodo in cui non era previsto lo svolgimento di alcuna attività processuale né l'adozione di alcun provvedimento: si pensi, a titolo di esempio, ad un procedimento la cui ultima udienza, celebrata prima del 9 marzo, è stata rinviata ad un momento successivo all'11 maggio 2020.

Eventualità, questa, che non appare lontana dalla prassi, soprattutto quella propria dei procedimenti dinanzi al Tribunale in composizione monocratica. Che ragione vi sarebbe, rispetto a tale ultimo procedimento, di disporre la sospensione della prescrizione, non essendo prevista, in tale periodo, l'esercizio di alcuna facoltà di parte, cristallizzabile all'interno di un atto, ovvero l'emissione di alcun provvedimento giurisdizionale, quand'anche di natura organizzativa?

Tale ultima interpretazione, peraltro, sembrerebbe più conforme allo spirito della norma, che, evidentemente, appare connesso all'avvenuta adozione, da parte del Governo, di misure di contenimento della libertà di circolazione, e, dunque, alla possibilità che la concreta esecuzione delle attività giudiziarie da compiere potesse comportare un rischio per la salute di tutti coloro che avrebbero dovuto porle in essere.

Tale opzione interpretativa, peraltro, sembrerebbe coerente con le considerazioni, espresse dal Tribunale di Siena, a sostegno della tesi per cui le disposizioni dell'art. 83 della Legge 27/2020, non determinando una sospensione del procedimento ai sensi del comma 1 dell'art. 159 c.p., non possono ritenersi conformi a Costituzione.

Difatti, se fossimo stati di fronte ad una sospensione dei procedimenti dal 9 marzo all'11 maggio 2020, ex art. 159 c.p., imposta da una particolare

disposizione di legge, l'effetto sarebbe stato quello della sospensione della prescrizione per tutto il periodo di sospensione e per tutti i procedimenti non esclusi dalla sospensione ai sensi del comma 3.

Se, al contrario, come sostenuto proprio dal Tribunale di Siena, non siamo di fronte ad una sospensione dei procedimenti, bensì ad un rinvio d'ufficio, da una parte, e ad una sospensione dei termini per il compimento degli atti e per l'adozione dei provvedimenti giurisdizionali – analoga, in fatto, a quella che si verifica nel corso della sospensione estiva – dall'altra, non è dato comprendere per quale motivo la sospensione della prescrizione:

i) dovrebbe applicarsi anche a quei procedimenti per i quali non vi siano state udienze rinviate d'ufficio e non vi siano stati atti da compiere o provvedimenti da adottare;

ii) dovrebbe incidere in modo indifferenziato per tutti i procedimenti in cui nel periodo del *lockdown* giudiziario vi erano udienze da celebrare, a prescindere dal fatto queste ultime, ovvero gli atti da compiere ed i provvedimenti da adottare – ossia i fatti processuali da cui la norma fa discendere la sospensione della prescrizione – fossero collocati in momenti temporali diversi.

Ciò, peraltro, trova conferma proprio nella disposizione di cui al comma 4 dell'art. 83, che prevede che la sospensione della prescrizione operi *per lo stesso periodo* in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2, e non, invece, per sessantadue o sessantatré giorni a prescindere dall'eventuale esistenza, nel periodo compreso tra il 9 marzo e l'11 maggio, di udienze da celebrare, atti da compiere o provvedimenti da adottare.

Nessuna delle quattro ordinanze, peraltro – e ciò potrebbe costituire un profondo limite alla preliminare delibazione di ammissibilità delle questioni di legittimità, per difetto di rilevanza di esse nei giudizi *a quo* – rappresenta alcunché rispetto alle scansioni processuali delle udienze dei procedimenti, e dunque all'eventualità per cui le udienze del 21 e 27 maggio 2020 fossero state fissate in un periodo antecedente al 9 marzo 2020 piuttosto che in un momento successivo a tale ultima data.

Caso, questo, in cui, ad avviso di chi scrive, la sospensione avrebbe potuto operare esclusivamente dalla data dell'ultima udienza fissata - e non celebrata a causa della sospensione disposta ai sensi del comma 1 dell'art. 83 - all'11 maggio 2020.

Pertanto, se la Corte Costituzionale dovesse ritenere non corretta l'interpretazione relativa alla durata fissa della sospensione della prescrizione, e propendere per un'applicazione modulata in funzione dell'esistenza e della collocazione temporale – all'interno del periodo della *fase 2* del *lockdown* giudiziario – di udienze da celebrare, atti da compiere o provvedimenti da adottare, potrebbe venir meno un presupposto di ammissibilità delle questioni.

5. I precedenti giurisprudenziali e dottrinali sulla natura della prescrizione.

Dalla lettura delle ordinanze di rimessione è possibile comprendere che il tema della natura sostanziale o processuale della prescrizione, con tutti i suoi possibili precipitati, è stato oggetto di plurime riflessioni da parte della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, le quali hanno tutte tendenzialmente concordato nel riconoscere alla prescrizione natura sostanziale e non processuale.

Sul punto si è espressa, in particolar modo, la Consulta, nel corpo di plurime pronunce richiamate nelle ordinanze di rimessione in esame, che sia consentito passare brevemente in rassegna.

Nel corpo della sentenza n. 393/2006, la Corte Costituzionale ha preso in considerazione il rapporto tra la disciplina transitoria in materia di prescrizione prevista dalla Legge ex Cirielli, introdotta nel 2005, e l'art. 2 comma 4 c.p.

La Consulta ha preliminarmente precisato che dinanzi al dubbio che *“tra le «disposizioni più favorevoli al reo», cui si riferisce la citata norma codicistica, debbano rientrare esclusivamente quelle concernenti in senso stretto la misura della pena, ovvero vi si possano includere anche le norme che, riguardando ulteriori e diversi profili (come, appunto, la riduzione dei termini di prescrizione del reato), ineriscono al complessivo trattamento riservato al reo”,* deve ritenersi che *“la locuzione «disposizioni più favorevoli al reo» si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato (sentenze n. 455 e n. 85 del 1998; ordinanze n. 317 del 2000, n. 288 e n. 51 del 1999, n. 219 del 1997, n. 294 e n. 137 del 1996)”*.

Si tratta, secondo la stessa Consulta, di una conclusione *“coerente con la natura sostanziale della prescrizione (sentenza n. 275 del 1990) e con l'effetto da essa prodotto, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva» (Cass., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442). Tale effetto, peraltro, esprime l'«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, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio» (sentenza n. 202 del 1971; v. anche sentenza n. 254 del 1985; ordinanza n. 337 del 1999)”* (considerato in diritto, § 4.).

Con la sentenza n. 324/2008 la Corte, nuovamente chiamata a verificare la legittimità costituzionale della Legge ex Cirielli – questa volta nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione, in caso di reato continuato, decorresse dalla data di cessazione della continuazione – nel mutuare le conclusioni della sentenza sopra citata, ha esplicitamente qualificato come *“pacifico”* che

la prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, sia *"soggetta alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen."*, puntualizzando, altresì, che il principio della retroattività della legge penale più mite *"assume carattere di «principio generale dell'ordinamento comunitario, desunto dal complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e dei trattati internazionali dei quali gli Stati membri sono parti contraenti» (sentenza n. 393 del 2006 che espressamente cita la sentenza della Corte di Giustizia, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02)" (considerato in diritto, § 7.).*

Nell'affrontare il tema della legittimità costituzionale del termine di prescrizione del reato di incendio colposo (che in quel momento era non solo pari al doppio rispetto a quello di altri delitti, ma altresì superiore a quello previsto per il reato di incendio doloso), ancora, la Consulta, con la sentenza n. 143/2014, ha precisato che *"sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) – la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale ... la cui ratio si collega preminentemente, da un lato, 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» ... ; dall'altro, «al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela» (sentenza n. 23 del 2013). Le evidenziate finalità si riflettono puntualmente nella tradizionale scelta di correlare alla gravità del reato il tempo necessario a prescrivere, ancorandolo al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minor disvalore nella coscienza sociale" (considerato in diritto, § 3.).*

Considerazioni del tutto analoghe a quelle qui sopra esplicitate si rinvenivano, infine, nel corpo della sentenza n. 265/2017, emessa sempre in relazione alla compatibilità con il principio di ragionevolezza del raddoppio del termine ordinario di prescrizione previsto per alcune fattispecie (considerato in diritto, § 5.).

Il tema della prescrizione del reato ha assunto un ruolo essenziale anche nell'ambito dell'*affaire* Taricco, nell'esame del quale la Consulta, con una prima ordinanza di rimessione degli atti alla Corte di Giustizia UE, n. 24/2017, ribadendo senza mezzi termini quale sia l'interpretazione dominante all'interno della tradizione giuridica italiana, ha ammonito che *"nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (da ultimo sentenza n. 143 del 2014). È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto. Si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale*

indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso (sentenza n. 23 del 2013). È noto che alcuni Stati membri invece muovono da una concezione processuale della prescrizione ... su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale" (considerato in diritto, § 4).

Infine, con la sentenza n. 115/2018, la Consulta ha ulteriormente puntualizzato che, per il diritto interno, *"Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile" (considerato in diritto, § 10).*

Nello stesso senso, come detto, si colloca la giurisprudenza della Corte di Cassazione (di cui il Tribunale di Siena cita alcune pronunce a Sezioni Unite¹³), anch'essa concorde, sin da tempi risalenti, sulla natura sostanziale del regime della prescrizione¹⁴, e, di conseguenza, sia sulla esclusione dell'applicazione retroattiva di norme che abbiano apportato delle modifiche incidenti in senso deteriore al relativo statuto normativo¹⁵, sia sull'ultrattività di disposizioni più favorevoli, in vigore al tempo del commesso delitto¹⁶ e nelle more modificate *in peius*.

Nel medesimo solco si colloca, ancora, un recente intervento istituzionale del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione dinanzi alle Commissioni I e II della Camera dei Deputati in seduta comune¹⁷, sul tema della riforma della prescrizione, nel corso del quale sono stati specificati alcuni degli *"indici sistematici e normativi"* sulla cui base, oltre che la giurisprudenza, anche la dottrina maggioritaria ha qualificato la prescrizione come fattispecie sostanziale.

¹³ Cass. Pen. SS.UU., 11 luglio 2001, n. 33541; SS.UU., 28 ottobre 1998, n. 13390; SS.UU., 16 marzo 1994, n. 3760.

¹⁴ Cass. Pen. Sez. III, 6 luglio 2001, n. 34416.

¹⁵ Cass. Pen. Sez. I, 22 maggio 2014, n. 32781.

¹⁶ Cass. Pen. Sez. VI, 16 maggio 2017, n. 31877.

¹⁷ La relazione è rintracciabile sul sito www.camera.it

La conclusione, anche in questo caso, è nel senso di ritenere che tale istituto debba ritenersi *“coperto dalle garanzie della legalità penale, al pari «dell’intera disciplina in forza della quale si è o non si è puniti (an e quantum), comprese le condizioni obiettive, le cause di giustificazione, la prescrizione per l’appunto, la querela, la sospensione condizionale e quant’altro quella formula individua senza incertezze» (Massimo Nobili)”*.

Secondo la relazione, *“la collocazione dell’istituto nel codice penale (artt. 157 ss.) e la sua disciplina quale causa di estinzione del reato - con marcata discontinuità con il precedente codice Zanardelli, dove costituiva causa di estinzione dell’azione penale - sicché, come si è rilevato, «per una causa di estinzione del reato (di non punibilità sopravvenuta) la collocazione appropriata è nel codice penale, e la legittimità va controllata alla stregua di principi pertinenti al diritto penale sostanziale» (Domenico Pulitanò). Vi sono poi numerosi indici normativi che depongono nel medesimo senso sostanzialistico: ad esempio (anche in questo caso, uno tra i molti possibili), l’art. 129 c.p.p. che, permettendo una pronuncia di assoluzione pur quando il termine prescrizione sia decorso, esclude la natura processuale della prescrizione, che altrimenti avrebbe efficacia preclusiva del provvedimento di merito”*.

6. “le posizioni topografiche non sono norme”, ma non sempre sono casuali: perché la prescrizione non può essere istituto processuale.

Uno dei grandi Maestri della procedura penale, recentemente scomparso, affermava che *“le posizioni topografiche non sono norme”*¹⁸: la sollecitazione era a non accontentarsi di una definizione o della progressione numerologica degli articoli all’interno di un testo normativo o di una sezione o di un capo di un codice, bensì a cercare di leggere i testi normativi *“nel senso ragionevole e coerente al sistema, evitando cineserie, funambolismi, stravaganze”*¹⁹.

Tali parole tornano alla mente leggendo una recente pronuncia con cui la Consulta, chiamata a valutare la conformità a Costituzione dell’art. 1, comma 6, lettera b) della c.d. *spazzacorrotti* (Legge 9 gennaio 2019, n. 3), ha dichiarato illegittima l’interpretazione secondo cui le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione potrebbero essere applicate retroattivamente.

Secondo la Corte, infatti, l’applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento del reato, è incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall’articolo 25, secondo comma, della Costituzione.

¹⁸ L’espressione, sempre attuale, è di CORDERO, *Procedura Penale*, IX ed., Milano 2012, 175.

¹⁹ CORDERO, *Procedura Penale*, cit., *ibidem*.

Più precisamente, la Consulta, per quanto utile ai nostri fini, ha affermato che *"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 (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 ... Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione 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."*²⁰.

La natura sostanziale di un istituto, quindi, non discende in termini automatici ed insuperabili dalla sua collocazione all'interno di un determinato testo normativo ovvero dalla sua qualificazione formale, bensì dallo scopo che l'ordinamento, con quella disposizione, o quel corpo, gruppo o sistema di norme, intende raggiungere.

Scopo che, nel caso di specie, è quello di assicurare tutela, sulla scorta di valutazioni di civiltà giuridica, di politica criminale o di natura assiologica, a determinati interessi giuridicamente rilevanti.

Deve anche riconoscersi, tuttavia, che la qualificazione di un determinato istituto da parte del legislatore, realizzata mediante la collocazione delle disposizioni che lo disciplinano all'interno di uno specifico settore dell'ordinamento, non può (soprattutto se realizzata in un momento storico diverso dal presente) essere priva di significato; ciò vale mantenendo comunque salva la possibilità di superare la topografia, e la connessa qualificazione formale di un istituto, mediante un'interpretazione sostanzialistica atta a fornire una maggior garanzia di tutela ai diritti dell'individuo.

Non può apparire, allora, frutto di una scelta non ragionevole e non coerente con il sistema, che l'istituto della cui natura si discute, nonostante all'interno del Codice Zanardelli, come detto, incidesse sull'esercizio dell'azione penale

²⁰ Corte Cost., 12 febbraio 2020, n. 32, *cit.* (considerato in diritto, § 4.4.4.) commentata, tra gli altri, da MARTIN, *La spazzacorrotti al vaglio della Consulta: una decisione annunciata*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3.

– ricevendo, quindi, una espressa qualificazione in termini processuali – sia stato inserito dal codificatore del 1930 tra le cause di estinzione del reato.

Appare quasi pleonastico, oggi, far notare che gli istituti di diritto sostanziale che interferiscono sulla punibilità hanno una propria necessaria proiezione processuale. A bene vedere non potrebbe diversamente perché il processo è quel complesso delle regole attraverso le quali deve essere verificata la sussistenza di tutte le condizioni cui è subordinato l'esercizio concreto del potere sanzionatorio dello Stato, dunque è nel processo che deve essere accertata la punibilità.

Si pensi, oltre a quelli citati in precedenza, anche all'istituto dell'imputabilità, che incide sia sull'*an* dell'assoggettabilità di un individuo a sanzione penale, sia sul *quantum* della sanzione concretamente applicabile, e dunque sulla portata della capacità sanzionatoria dell'ordinamento, e che, pur dovendo necessariamente essere accertata e valutata – sia nella sua dimensione storica, esistente al momento del fatto, sia nella sua proiezione contingente, attualizzata al momento dell'esistenza di un procedimento – all'interno del processo, attiene all'individuo ed al suo comportamento.

Ed allora, proprio perché la prescrizione rappresenta un momento di regolamentazione del rapporto tra due posizioni sostanziali - la libertà dell'individuo, da una parte, ed il potere/dovere sanzionatorio dello Stato, dall'altra - essa non può che condividere la natura di tali posizioni.

Diversamente ragionando, peraltro, si finirebbe per riconoscere natura processuale persino alle sanzioni, le quali, sebbene abbiano origine processuale, rappresentano la supremazia dell'autorità dello Stato sulla libertà dell'individuo, e ciò nonostante compete ad un altro settore dell'ordinamento – quello processuale, appunto – la gestione e la disciplina delle forme e delle modalità mediante le quali può giungersi ad una limitazione della libertà individuale.

Natura sostanziale deve essere poi attribuita anche agli istituti che, sebbene idonei a produrre degli effetti processuali, incidono sulla prescrizione determinando delle modifiche al suo concreto regime applicativo, ossia la sospensione e l'interruzione.

Ed invero, al netto dei possibili rischi di schizofrenia interpretativa derivanti dall'attribuzione di una duplice natura alla prescrizione o, ancor peggio, di una natura diversa tra la prescrizione *ex se* e le sue vicende modificative, appare essenziale la considerazione per cui anche esse incidono sulle medesime posizioni sostanziali sopra indicate, e ciò poiché, sebbene trovino nel procedimento penale o nel processo la loro fonte di rilevanza ed efficacia giuridica, producono un'alterazione contenutistica del rapporto tra libertà ed autorità.

La conclusione, pertanto, non può che essere conforme all'interpretazione maggioritaria fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, secondo cui il regime giuridico della prescrizione, analogamente a quello dell'imputabilità,

delle circostanze del reato e di tutti gli altri istituti che possono incidere sullo sviluppo del rapporto tra autorità e libertà, deve rispettare i principi tipici del diritto penale sostanziale, e dunque *in primis* quello di legalità.

Non si deve dimenticare, peraltro, che esistono altre declinazioni applicative di tale principio, tra cui il divieto di analogia *in malam partem*, la cui mancata operatività sulla disciplina della prescrizione potrebbe comportare degli effetti a dir poco devastanti, consentendo, di fatto, di incidere sulla libertà dell'individuo mediante un aggiramento delle disposizioni normative poste a garanzia della sua posizione nei confronti dell'ordinamento.

Sul punto vale, ad esempio, ricordare che nel 2007 le Sezioni Unite, chiamate a valutare se fosse possibile attribuire natura interruttiva della prescrizione all'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari pur in assenza di una sua formale inclusione all'interno dell'elenco di cui all'art. 160 c.p., hanno affermato che *"risulta evidente che sia l'interpretazione letterale della norma in discussione ... sia l'interpretazione logico - sistematica degli istituti della prescrizione e della interruzione della stessa, sia la individuazione della intentio legis consentono di affermare, conformemente all'orientamento nettamente maggioritario della giurisprudenza e della dottrina, che la prescrizione del reato è un istituto di diritto penale sostanziale, fondato sull'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venire meno l'allarme sociale e con esso ogni istanza di prevenzione generale e speciale"*, e che pertanto rimane *"preclusa ogni operazione diretta comunque ad integrare in malam partem la serie di quegli atti che incidono direttamente in modo sfavorevole nei confronti dell'imputato, siccome inerenti ai tempi ed ai limiti e per ciò alla effettività dell'esercizio del diritto punitivo dello Stato"*²¹.

²¹ Cass. Pen. SS.UU., 5 giugno 2007, n. 21833. In precedenza, nei medesimi termini, Cass. Pen. Sez. IV, 29 marzo 2006, n. 17017. In termini apparentemente analoghi, ma in relazione alla diversa vicenda della sterilizzazione del decorso del termine di prescrizione in caso di concessione della restituzione del termine, Cass. Pen. Sez. III, 2 dicembre 2016, n. 8713.