

“COVID REGIT ACTUM”. EMERGENZA SANITARIA, NORME ECCEZIONALI E DEROGHE (“RAGIONEVOLI”?) AI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Giovanni Flora



In questo scritto l'A. prende in esame le norme dei decreti legge emanati durante l'emergenza dovuta alla

diffusione del virus Covid 19 che hanno stabilito la retroattività della sospensione dei termini di prescrizione e di quelli di durata di fase delle misure cautelari personali. L'autore ritiene che dette norme siano incostituzionali.

In this paper the A. analyses the provisions of law held by the Government during the Covid 19 emergency related to the suspension of the prescription and pretrial precautionary measures delay.

Given that this provisions of law has been constructed as retroactive, the A. deems that they are not in compliance with the constitutional law.

Sommario: 1. Lo sconquasso nel sistema delle fonti. 2. La retroattività in malam partem delle norme sulla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari. 3. Segue: delle norme sulla sospensione dei termini di prescrizione. 4. Un Covid al servizio del repressivismo giustizialista nazional-popolare?

1. Lo sconquasso nel sistema delle fonti.

È tempo (si spera quasi esaurito) di pandemia da Covid 19 anche per il diritto ed il processo penale. È tempo, dunque, temibile, non solo per la vita e la salute della persona, ma anche per la vita e salute dei principi costituzionali del diritto e del processo penale.

Se ne leggono, se ne sentono e se ne vedono di tutti i colori. Quando mai si è visto limitare la libertà personale delle persone per D.P.C.M. o per decreti legge reiterati anche prima della conversione dell'antecedente? E quando mai si è vista una stratificazione di fonti sul medesimo oggetto, non coordinate fra loro, articolantesi in ordinanze dei Governatori delle singole Regioni, ordinanze sindacali, prefettizie, dei Presidenti di Tribunali e di Corti d'Appello?

C'è un conseguente disorientamento sulle condotte da tenere e sulle conseguenze dell'inosservanza dei precetti, spesso già, di per sé, tutt'altro che chiari. Disorientamento vieppiù alimentato dalle interpretazioni televisive o mediatiche "ufficiali" (conferenze stampa del Premier, dei responsabili della Protezione Civile) o un po' meno "ufficiali" (opinionisti più o meno improvvisati, bloghisti, whatsappisti, e chi più ne ha più ne metta).

Con buona pace del principio fondamentale che deve reggere uno "stato di diritto" qualsiasi della previa conoscibilità dei precetti cosicché i cittadini possano con sicurezza orientare le proprie scelte^[1].

Cosicché l'unica "vera" norma di comportamento ciascuno l'ha rinvenuta nella propria coscienza e nelle proprie paure del contagio e delle sue tremende e ben comunicate conseguenze. È così che con ("cristiana" o laica) rassegnazione i consociati (quasi tutti) hanno sopportato le limitazioni e le privazioni finanche di diritti naturali dell'uomo (quale quello di dare l'ultimo saluto ai parenti e amici defunti), "sopraffatti" dalla "necessità". Ma non v'è dubbio che, ad una pacata e più razionale riflessione, è proprio ed innanzitutto il sistema costituzionale delle fonti che risulta stressato; che la libertà personale intesa come *habeas corpus*, ovvero come ingerenza coercitiva sul proprio essere fisico, sia stata (e sia tutt'ora) limitata dai vari provvedimenti emergenziali credo infatti non possa essere messo in discussione.

Il problema sarà verificare se le fonti di quelle limitazioni, una volta ricostruita compiutamente la "catena normativa", trovino legittimazione nella legge cui, con previsione inequivoca, la Costituzione tassativamente ne affida i poteri limitativi[2]. Tema che i limiti di questo scritto non consentono di approfondire. Come pure non può essere approfondito quello delle stesse basi scientifiche del presupposto sul quale si regge il contenuto dei provvedimenti limitativi.

Il tema che invece qui intendo affrontare è invece quello dell'infezione che il Covid - 19 tempus ha velenosamente iniettato nelle vene del diritto e del processo penale. Il "giusto processo" è stato (per ora?) salvato in extremis, almeno nei suoi passaggi più significativi, dal virus che ha elettrizzato i "daremotisti" della prima e dell'ultima ora[3]. Meno fortuna ha avuto il principio del divieto di retroattività delle norme che comunque incidono sulla "punizione" e sulla limitazione (ancorché "provvisoria") della libertà personale.

Il riferimento – facile comprenderlo – va alle norme che reiteratamente hanno disposto, unitamente alla stasi dei procedimenti e dei processi penali (eccettuate le situazioni tipicizzate – per vero un po' maldestramente – di "urgenza") la sospensione e quindi la protrazione dei termini di fase delle misure cautelari, anche custodiali, ed i termini di prescrizione dei reati.

Il legislatore ha palesemente "pensato" le norme come retroattive[4], applicabili cioè anche a procedimenti per reati commessi prima della loro entrata in vigore. Nella logica dell'emergenza sanitaria esse sarebbero null'altro che la coerente e logica conseguenza della impossibilità di far progredire l'iter processuale verso il suo sbocco naturale rappresentato dalla sentenza[5].

Il tema, allora, sembra presentare due aspetti. Il primo concerne la ragionevolezza intrinseca di quelle previsioni ovvero la loro necessaria coerenza con la situazione di "stallo" processuale, determinato da cogenti ragioni di tutela della salute pubblica. Il secondo concerne l'ampiezza della "copertura" del principio costituzionale di irretroattività: se cioè esso possa estendersi anche alle norme sulle misure cautelari, con particolare riguardo a quelle custodiali, e a quelle che disciplinano i termini di prescrizione dei reati.

2. La retroattività in *malam partem* delle norme sulla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari.

Le norme che reiteratamente hanno disposto la protrazione dei termini di fase delle misure cautelari^[6] (non di quelli “complessivi”) sono intrinsecamente irrazionali. Esse non rispondono certo alla necessità di tutela della salute pubblica. Il cautelato eventualmente “liberato” (o ammesso agli arresti domiciliari) sarebbe comunque rimasto sottoposto alle restrizioni di movimento e di “contatto sociale” comuni a tutti gli altri cittadini. Anzi, l’aver discriminato i soggetti “presunti innocenti” rispetto ai condannati definitivi in espiazione pena che, sia pure nei limiti di un anno e sei mesi di pena residua da espiare sub condizione della disponibilità di strumenti di controllo a distanza (i c.d. “braccialetti elettronici”), di quasi impossibile verifica, sono in teoria ammessi al beneficio della “detenzione domiciliare”, rende quella norma ulteriormente viziata sotto il profilo dell’art. 3 Cost.^[7] E senza contare che, per espressa previsione dell’art. 83, comma 3 lett. b) d.l. 18/2020 i procedimenti in essere dalla cui mancata celebrazione potrebbe conseguire lo “spirare” del termine di fase sono tra quelli dei quali è “obbligatoria” la celebrazione.

Quindi ne sono reali destinatari i soggetti per i quali ancora non è stato disposto il rinvio a giudizio e che non hanno alcuno strumento per chiedere sensatamente “che si proceda” per far sì che il “blocco” sia eliminato^[8].

Certo si potrebbe osservare che, trattandosi di disposizioni che l’opinione corrente qualifica “processuali”, per esse vale la regola del *tempus regit actum* e di divieto di retroattività non può dunque parlarsi.

Vero è che, se – come anche chi la pensa diversamente ritiene – bisogna guardare alla sostanza delle cose e, soprattutto, alla sostanza delle garanzie^[9] la classica distinzione tra norme sostanziali e norme processuali andrebbe forse colta non in base ad un criterio concettuale asettico, ma in base ad un criterio funzionale ed in considerazione della loro diretta incidenza o meno sui beni fondamentali della persona. La “natura” delle norme, insomma, non può essere certo desunta dalla collocazione topografica (forse il falso in bilancio è un illecito civile perché è allocato nel codice civile?) e in fondo non è la “natura” in sé che conta; forse perché un “in sé” della norma non c’è se non come categoria generalissima^[10].

Del resto, è stato ben ricordato che le norme sulla custodia cautelare (o, meno ipocritamente, sulla “carcerazione preventiva”) anche storicamente sono spesso state accomunate quanto a regime di validità nel tempo, alle norme penali sostanziali^[11]. A maggior ragione oggi, nella concreta realtà del momento storico in cui ci troviamo a vivere e dove la “custodia cautelare” assomiglia sempre più ad una pena *ante processum* e spesso a lungo *sine processo*, considerare le norme sulla custodia carceraria o domiciliare (ma bisognerebbe cominciare a riflettere che anche le misure meno afflittive sono pur sempre limitative della libertà da “ingerenze dominatrici sul modo di condurre la propria vita”) norme “semplicemente processuali”

è un beffardo travisamento della realtà. Né credo che si possa in modo convincente controbattere alle “lamentele” dei “troppo garantisti” osservando che, in caso di condanna, la custodia presofferta si detrae dalla pena finale^[12]. Una simile obiezione sembra infatti trascurare lo sconcertante dato statistico del numero davvero preoccupante di imputati assolti dopo avere, dunque ingiustamente, subito una custodia cautelare detentiva (una media di ottocento all’anno, cui può aggiungersi una media di 4/5 errori giudiziari in senso stretto all’anno). Cosa dunque potrà mai fare allora l’innocente che si è visto irragionevolmente e ingiustamente prolungare la misura cautelare? Se ne lamenterà iniziando un faticoso processo per riparazione ingiusta detenzione previa declaratoria di incostituzionalità delle norme? Cammino lungo, tortuoso e dall’esito incerto^[13].

Vero è che solo una esasperata concezione del processo come forma coercitiva di controllo sociale e di placebo dei bisogni di sicurezza della comunità sociale può stare alla radice di simili disposizioni. La tutela della salute e la stasi del procedimento non c’entrano nulla. Nessuno, insomma (nel retropensiero del “governo legislatore”) deve poter dire che “un delinquente” è uscito “approfittando” della stasi processuale resasi necessaria per contrastare la diffusione di una pericolosissima epidemia. Questa è la vera nobile *ratio* di quelle disposizioni.

3. **Segue: delle norme sulla sospensione dei termini di prescrizione .**

Le norme sulla sospensione retroattiva della prescrizione hanno offerto un insperato assist a coloro che ancora non sono persuasi che la sentenza della Corte Costituzionale sul “caso Taricco” abbia definitivamente chiuso la questione. Quella decisione – come è a tutti noto – ha riaffermato con tutta la autorevolezza istituzionale di quel Supremo Consesso , oltre che con la forza del prestigio personale e scientifico del Presidente, dell’estensore e di tutti i suoi componenti, la natura “sostanziale” delle disposizioni sulla prescrizione che ricadono pertanto sotto la protezione del principio di legalità nelle sue tre articolazioni: riserva di legge, determinatezza/tassatività, irretroattività.

Il tema, con intenti “contrappuntistici” rispetto al “diritto vivente” (che a volte piace quando è “bello” e a volte no) è stato così di recente ripreso con dovizia di argomentazioni, supportate anche dal pensiero di autorevole, selettivamente citata, dottrina^[14].

Riassumendo brutalmente, anche a costo di semplificazioni delle quali sin d’ora mi scuso: la sentenza n. 115 del 2018 della Corte Costituzionale non può costituire un precedente di sbarramento ad un ripensamento sulla natura processuale della prescrizione perché in realtà ha costituito poco più di un espediente per “uscire” dal “caso Taricco”. (Magari sotto l’influenza di spinte “sovraniste”).

La natura processuale della prescrizione è stata sostenuta in passato da autorevole dottrina.

Non ci può essere un “diritto alla prescrizione”.

La dottrina “garantista” oscilla a seconda della opzione che fa più comodo tra una collocazione sostanziale ed una processuale (attenendo al profilo della “ragionevole durata”) dell’istituto della prescrizione.

Orbene, premesso che da un giurista dall’indiscusso valore scientifico dell’autore dello scritto cui mi riferisco mi sarei atteso una maggiore attenzione dialettica alle tesi contrapposte che mi paiono sostanzialmente ignorate, la replica, nei limiti consentiti da questo breve scritto, può essere espressa nei seguenti, forse altrettanto brutalmente semplificatori (ma mi auguro non semplicistici) termini che seguono.

1. a) non sono certo nella condizione di avere scrutato o di potere retrospettivamente scrutare negli *interna corporis* della Corte e quindi non so se la sentenza n. 115 del 2018 sia stata solo un escamotage per liquidare la “fastidiosa” “vicenda Taricco” . A me sembra una sentenza che costituisce invece un pilastro del diritto penale liberal-democratico a marchio costituzionale, una monumentale sentenza storica, che ha riscosso il plauso pressoché unanime dell’Accademia; che costituisce anche un esempio di maturo europeismo, alieno da smodate passioni euro-unitarie e lontano mille miglia da venature sovraniste[15].

Comunque c’è e costituisce una inamovibile pietra granitica sul sepolcro della “natura processuale” della prescrizione.

1. b) In secondo luogo mi permetto di rilevare che la natura sostanziale della prescrizione ha una solida tradizione nel pensiero penalistico di studiosi per lo meno altrettanto autorevoli di quelli cui fa selettivo riferimento lo scritto prima citato[16].
2. c) Infine, se proprio la vogliamo dire tutta, il quesito della natura sostanziale o processuale della prescrizione è forse mal posto. Come anche un indimenticabile (ma da qualcuno troppo presto dimenticato) Maestro ci ha ricordato, la “riserva di legge” è una riserva (anche) di modo di disciplina[17] nel senso che essa “copre” anche con i suoi corollari, ivi compreso il divieto di retroattività, tutte le disposizioni che riconnettono la concreta punibilità alla realizzazione del fatto previsto come reato (che riconnettono la punibilità al reato); come si evince anche dalla stessa formulazione testuale dell’art. 25, comma Cost. E poiché la prescrizione incide sulla concreta punibilità del fatto, anche le disposizioni che incidono sulla sua durata sottostanno al divieto di retroattività. Principio fatto proprio perfino dalla “riforma Bonafede”. Né la soluzione può cambiare anche impostando la questione in termini di prevedibilità ex ante delle conseguenze derivanti dalla realizzazione del fatto di reato. Se il blocco del procedimento “non è colpa di nessuno”, non si comprende davvero perché dovrebbe allora ridondare a pregiudizio della libertà di un soggetto per di più presunto innocente, per precetto costituzionale,

fino alla condanna definitiva.

Quanto alle pretese oscillazioni della dottrina “garantista” che collocherebbe l’istituto della prescrizione ora nell’alveo del diritto penale sostanziale, ora in quello del diritto processuale penale, a seconda della “convenienza”, la verità è tutt’altra. Quel che si vuol sottolineare è il duplice fondamento costituzionale della prescrizione: uno che rileva sul piano del diritto penale sostanziale, un altro che rileva sul piano del processo. Sono assunti che dovrebbero essere ben conosciuti[18].

Con riguardo al tempo intercorrente tra la commissione del reato e la sua punizione, una punizione che arriva troppo tardi rispetto al *tempus commissi delicti* contrasta con il principio della prevenzione generale mediante intimidazione né può fungere da riaffermazione della “validità” del precetto presso i consociati ; ma confligge anche con il principio rieducativo, potendo intervenire su un soggetto ormai “diverso” da quello che commise il reato. Con riguardo ai tempi di durata del procedimento penale, un eccessivo protrarsi della pendenza finisce per condizionare le scelte di vita dell’indagato/imputato e si pone perciò in contrasto con l’art 2 Cost. e, naturalmente, con il principio di ragionevole durata costituzionalizzato nell’art. 111 Cost.

Quindi non è questione di oscillare tra due diverse concezioni. È questione di affermare un duplice fondamento costituzionale della prescrizione, quale si dovrebbe tenere debito conto. Dovrebbe così prevedersi un termine di prescrizione del reato (commisurato alla sua gravità e che potrebbe forse contemplare anche reati di così devastante gravità da determinarne l’imprescrittibilità, salvo trovare adeguati accorgimenti sul piano delle conseguenze sanzionatorie in ragione della eventuale eccessiva distanza tra momento del fatto e momento di esecuzione della pena). Dovrebbe però anche prevedersi un termine di “prescrizione del processo” (o, nella fase iniziale, di decadenza dall’esercizio dell’azione penale), per fasi processuali, in modo da assicurarne la ragionevole durata.

Si deve infine ulteriormente rilevare la intrinseca irragionevolezza, se non l’assurdità, di un prolungamento (di pochi mesi) di termini di prescrizione che, per i reati di gravità media ed elevata, sono già di per sé “biblici”, ulteriormente prolungati dalla riforma Orlando e “bloccati” per sempre (almeno per ora non retroattivamente) dalla “riforma Bonafede”. Anche nella prospettiva di un alleggerimento del carico processuale già adesso gravoso e che diverrà insopportabile alla ripresa dopo l’emergenza, non sarebbe stato più intelligente “rassegnarsi” alla prescrizione dei reati bagatellari per poi poter concentrare le energie sulla celebrazione dei processi per i reati più gravi[19]?

4. Un Covid al servizio del repressivismo giustizialista nazional-popolare?

Ma anche qui, come nel campo delle misure cautelari, si è insinuato il virus del populismo giustizialista che

alimenta la demonizzazione dell'istituto della prescrizione. Se la *ratio* della prescrizione, propria della concezione autoritaria di cui si nutre il panpenalismo, non sta nei principi costituzionali prima ricordati, ma nel preteso "disinteresse dello Stato alla punizione del colpevole", quando la macchina processuale subisce un forzato arresto per la necessità di arginare un grave pericolo per la salute e la vita stessa delle persone, anche il corso della prescrizione deve allora arrestarsi. L'importante è che nessuno possa dire che un presunto colpevole "l'ha fatta franca" perché un virus (per lui eccezionalmente "benigno") gli ha fermato il processo (che si sarebbe certo concluso con una condanna), inceppando la macchina della giustizia.

Ma ciò che più preoccupa è che, una volta debellato il contagio e tornati alla normalità sanitaria, certe idee, certe suggestioni (dalle meraviglie del processo da remoto, alla natura processuale della prescrizione, tanto per esemplificare) continuino a diffondersi nella cultura giuridica e nelle stanze dove si progettano le norme penali e processuali: fino a cambiare magari la regola che governa la validità nel tempo di tutte le norme da applicare nel processo penale che, in ricordo di quel tempo terribile per un verso, ma provvidenziale per un altro, potrebbe essere sintetizzato nel brocardo "*Covid regit actum*".

[1] M. LUCIANI, Il sistema del diritto delle fonti alla prova dell'emergenza, RIVISTA A.I.C. (Associazione Italiana Costituzionalisti), n. 2/2020, p. 109 segg.

[2] Per compiuti approfondimenti e per una conclusione affermativa, si può rinviare ancora a M. LUCIANI, Il sistema del diritto delle fonti, cit., p. 111 segg.

[3] V. sul punto, da ultimo, V. MAIELLO, La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà, ARCH. PEN., n. 1/2020, 22 Aprile 2020; V. MANES, L. PETRILLO, G. SACCONI, Processo penale da remoto, prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e convenzionale, Diritto di difesa. 6 Maggio 2020; O. MAZZA, Distopia del processo a distanza, ARCH. PEN., n. 1/2020, 4 Aprile 2020.

[4] G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, SISTEMA PENALE, 4 maggio 2020, p. 6

[5] Il sospetto (maligno?) è che il legislatore abbia avuto in mente lo sbocco in una sentenza ... di condanna. Non abbia insomma considerato che quelle disposizioni ricadono sul capo di soggetti che la Costituzione presume innocenti

[6] A. SCALFATI, La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali, ARCH. PEN., 2020, n. 2, p. 1 segg. L. STORTONI, L'imputato ai tempi del Covid - 19, Penale. Diritto e Procedura, 16 Aprile 2020, p. 4. Qualche dubbio per vero suscita la ulteriore proroga disposta con d.l. 8 aprile 2020 che all'art. 36 proroga all'11 maggio 2020 il quale fa riferimento ai termini di cui al primo e al secondo comma dall'art.

83 d.l. 17 marzo 2020 n. 8 e non anche al quarto comma dello stesso articolo che espressamente si riferisce alla sospensione dei termini di decorrenza delle misure cautelari.

[7] A. SCALFATI, La custodia cautelare, cit., p. 3; L. STORTONI, L'imputato ai tempi del Covid-19, cit., p. 3.

[8] L. STORTONI, L'imputato ai tempi del Covid-19, cit., p. 2

[9] G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., p. 12.

[10] O. MAZZA, Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo delle pandemie, ARCH. PEN., n. 1/2020, 16 Aprile 2020, p. 9

[11] L.STORTONI, L'imputato ai tempi del Covid-19, cit., p. 5 segg.

[12] Per questa controdeduzione, v. G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., p. 19.

[13] L. STORTONI, L'imputato ai tempi del Covid-19, cit., p. 3.

[14] G.L. GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, cit., p. 10 ss.

[15] Volendo, si può consultare in proposito anche G. FLORA, Il "diritto penale europeo" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, Studi Senesi, 2017, p. 50 segg.; La dimensione europea del diritto penale. Quale ruolo per la scienza penale? www.Discrimen.it; 1.04.2020, p. 5.

[16] Per una molto argomentata riflessione sulla natura sostanziale della prescrizione, v. F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori caedere*, Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo, p.63 segg.; D. PULITANO', Il nodo della prescrizione, DIR. PEN. CONT., 2015, n. 1, p. 20 segg.; nonché, da ultimo, G. INSOLERA, Il processo senza prescrizione, in "Nei limiti della Costituzione. Il Codice repubblicano e il processo penale contemporaneo", a cura di D. NEGRI e L. ZILLETTI, Padova, 2020, p. 296 segg.

[17] F. BRICOLA, Teoria generale del reato, NNDI, XIX, Torino, 1973, p. 42 (estratto) ragionando sulla tesi di M. SPASARI, Diritto Penale e Costituzione, Milano, 1966, p. 15 segg.

[18] Per una recente riflessione sul fondamento costituzionale della prescrizione (con ampia citazione e confutazione anche delle tesi contrarie), E. DINACCI, Descrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale, RIV. TRIM. DIR. PEN. EC., 2019, p. 150 e segg. che ben mette in rilievo i due profili, sostanziale e processuale, del fondamento dell'istituto.

Sullo stesso tema, volendo, si può consultare G. FLORA, Verso un diritto penale senza prescrizione?, Studi in onore di Armando Veneto, Soveria Mannelli (CZ), 2015, p. 56 segg.

Sottolinea il venir meno della funzione general preventiva della pena a seguito di una condanna tardiva, B.

ROMANO, Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere? DIR. PEN. CONT., 2016, n. 1, p. 84.

Per l'affermazione che la pena tardiva perde "di attualità confermativa verso la società" secondo i canoni della prevenzione generale c.d. "positiva", v. F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori caedere*, cit., p. 36 e p. 42.

Ritiene che, anche qualora si dovesse propendere per una natura processuale della prescrizione, non ne discenderebbe la legittimità di una applicazione retroattiva sfavorevole delle relative disposizioni, M. DONINI, La sentenza Taricco come giurisprudenza di lotta, DIR. PEN. CONT., 3 Aprile 2018, p. 24 e segg.

[19] S. FENYES, Non è silenzio, Videopillole per penalisti, a cura della Camera Penale di Firenze, 25.04.2020 reperibile su You Tube che propone un provvedimento di amnistia e indulto per chiudere la fase dell'emergenza e ricominciare senza un eccessivo carico processuale che sarebbe certo di ostacolo alla efficienza della "macchina della giustizia".