

**SULL'AMMISSIBILITÀ
DI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
RELATIVE ALLA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE**

Nota a Tribunale Milano, sez. IV, ordinanza 5 aprile 2012, Pres. Magi

di Dora Tarantino

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La specifica questione sottoposta al Tribunale.— 3. La decisione del Tribunale. — 3.1. L'ammissibilità della questione alla luce della corretta indicazione della "norma interposta". — 3.2. La rilevanza della questione alla luce delle regole di diritto intertemporale. — 4. Considerazioni conclusive. — 4.1. Possibili alternative?

1. Premessa.

Nel processo deciso dalla IV sezione penale del Tribunale di Milano sui fatti di corruzione internazionale connessi all'attività in Nigeria di una società del gruppo ENI, il Pubblico Ministero sollevava questione di legittimità costituzionale delle norme del codice penale che regolano il termine massimo di prescrizione in caso di eventi interruttivi per contrasto con il primo comma dell'art. 117 Cost., ossia per la violazione di obblighi derivanti da vincoli internazionali: il parametro interposto sarebbe stato l'art. 6 della Convenzione OCSE, che vincola le Parti contraenti a prevedere «un termine di decorso adeguato per le indagini ed il perseguimento del reato».

Com'è noto, il compimento degli atti indicati nell'art. 160, commi 1 e 2, c.p. interrompe il corso della prescrizione; la prescrizione interrotta inizia poi a decorrere dal giorno della interruzione ma, fatta eccezione per i reati previsti dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., i termini previsti dall'art. 157 c.p. non possono essere prorogati oltre i limiti indicati dall'art. 161, comma 2, c.p. (art. 160, comma 3, c.p., secondo inciso della seconda parte).

Rispetto ai fatti di corruzione internazionale oggetto del procedimento (risalenti al luglio 2004) era scaduto anche il termine di prescrizione prorogato ai sensi degli artt. 161, comma 2, e 160, comma 3, c.p.; il Pubblico Ministero dubitava, dunque, della legittimità costituzionale delle citate disposizioni, poiché la limitatezza del termine "prorogato", rivelandosi "inadeguata" al perseguimento del reato, sarebbe risultata in definitiva contrastante con l'art. 6 della Convenzione OCSE.

Il *petitum* si sostanzia dunque nella richiesta di un intervento con il quale la Consulta avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme

segnalate, travolgendo interamente l'istituto del termine massimo di prescrizione conseguente agli atti interruttivi.

2. La specifica questione sottoposta al Tribunale

In particolare, all'esito di una pronuncia caducatoria delle norme in questione, la nuova disciplina derivante dal combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. sarebbe risultata, sostanzialmente, priva di un termine prescrizionale massimo, dovendosi ricalcolare il termine ad ogni interruzione del processo con conseguente impossibilità di determinarne la massima estensione; con specifico riferimento al processo nel cui ambito era stata sollevata la questione di costituzionalità, l'accoglimento avrebbe avuto effetti diretti sulla posizione processuale degli imputati, impedendo l'effetto estintivo del reato loro ascritto.

Breve: l'intervento richiesto, sostanziandosi nell'eliminazione di una *lex mitior*, ove accolto avrebbe comportato una pronuncia *in malam partem* soggetta, com'è noto, a limitati parametri di ammissibilità.

Va ricordato che già in precedenza, proprio in tema di prescrizione e atti interruttivi, la Consulta aveva collegato l'inammissibilità del proprio sindacato all'effetto dell'eventuale decisione di accoglimento «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi»¹.

Consapevole di tali rigidi limiti, il Pubblico Ministero cercava di neutralizzarli sostenendo la compatibilità della modifica normativa richiesta con il principio di retroattività della *lex mitior* e, in particolare, affermando che tale principio:

(i) non sarebbe riferibile all'istituto della prescrizione, in quanto istituto di natura processuale (in proposito, si fa riferimento alla sentenza n. 236 del 2011 della Corte costituzionale e alla giurisprudenza di Strasburgo ivi richiamata²);

(ii) non trovando copertura nell'art. 25, comma 2, Cost. né nell'art. 7 CEDU, bensì nell'art. 3 Cost. sarebbe suscettibile di deroghe.

¹ Così Corte cost., ordinanza n. 34 del 6 febbraio 2009 in *dejure* (ivi, riferimenti alle sentenze n. 324 del 2008, n. 394 del 2006 e all'ordinanza n. 65 del 2008).

² Cfr. Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *dejure*, "considerato in diritto" n. 15: «dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi orientamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (Coeme e altri contro Belgio) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati». Tra i commenti dottrinali alla sentenza cfr.: R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 2011, 9, p. 1243 e ss. (in particolare v. p. 1259 e ss.); A. MARI, *Osservazioni a Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, p. 4152 e ss.; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.* 2011, 4, p. 3047 e ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in [questa Rivista](#).

Di qui la possibile conclusione: la questione è ammissibile e non manifestamente infondata poiché, in caso di accoglimento, la nuova disciplina, sebbene peggiorativa rispetto alla precedente, ben si potrebbe applicare a situazioni pregresse (quale quella oggetto del procedimento principale).

3. La decisione del Tribunale

Occorre ora ricostruire l'itinerario argomentativo seguito dal Tribunale per approdare – conviene anticiparlo – ad una dichiarazione di infondatezza della questione, per irrilevanza nel processo principale.

3.1. L'ammissibilità della questione alla luce della corretta indicazione della "norma interposta"

Per quanto concerne il parametro dell'ammissibilità, il Tribunale effettua la propria valutazione in relazione alla corretta indicazione della "norma interposta" che si assumeva violata.

Le difese avevano infatti eccepito l'errata indicazione del parametro interposto sulla base di un duplice rilievo: l'art. 6 della Convenzione OCSE avrebbe carattere "programmatico", più che precettivo, e dunque non imporrebbe limiti temporali cogenti al legislatore, lasciando sostanzialmente alla sua piena discrezionalità l'individuazione di termini prescrizionali "adeguati" alle esigenze repressive; l'art. 117 Cost. vincolerebbe il legislatore nazionale soltanto rispetto alla CEDU, ma non rispetto a qualsiasi trattato internazionale sottoscritto dall'Italia.

Rispetto a questi profili, il Tribunale ha gioco facile nel dichiarare l'ammissibilità della questione.

Pur riconoscendo che l'art. 6 della Convenzione OCSE è una norma di tipo "programmatico" (e che il criterio dell'"adeguatezza" in essa enunciato meriterebbe di essere meglio precisato), i giudici sostengono fermamente che tale caratteristica non osta alla qualificazione della norma come parametro interposto in un giudizio di legittimità costituzionale.

Quanto alla possibilità di far operare il rinvio contenuto nell'art. 117 Cost. nei confronti della Convenzione OCSE, il Tribunale non individua alcun ostacolo nel dettato normativo dello stesso art. 117 Cost., né nella pertinente giurisprudenza della Consulta³: la circostanza – sostengono i giudici – che finora non sia mai stata sollevata una questione di compatibilità, attraverso il varco di cui all'art. 117 Cost., tra le norme nazionali e una norma pattizia diversa quelle contenute nella CEDU rappresenterebbe un mero dato statistico, che non preclude il richiamo ad una qualsivoglia norma pattizia o convenzionale vincolante per lo Stato italiano⁴. Tale considerazione di

³ Il riferimento è alle fondamentali sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007.

⁴ Invero, un precedente di questo tipo esiste. Nella nota vicenda relativa al "falso in bilancio", proprio il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale assumendo che la previsione delle soglie percentuali di punibilità violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 della Convenzione OCSE. Cfr. Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 12, p. 1497 e ss. con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*. Poiché l'art. 8

carattere generale vale *a fortiori* nel caso in esame, posto che l'art. 322 *bis* c.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento proprio in virtù della Convenzione OCSE: pertanto – motiva il Tribunale – se una fonte internazionale pattizia ha la forza di imporre agli Stati aderenti l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice, sarebbe illogico non poter poi prendere in considerazione quella stessa fonte per valutarne la compatibilità con le norme che incidono direttamente sulla perseguibilità del reato introdotto in adempimento al suddetto obbligo di incriminazione.

3.2. La rilevanza della questione alla luce delle regole di diritto intertemporale

Più articolata si presenta la valutazione delle possibili ricadute sul processo in corso in caso di accoglimento della questione: secondo l'ordinanza in esame, il problema attiene direttamente all'individuazione della disciplina intertemporale applicabile in seguito ad un'eventuale modifica del regime della prescrizione ma anche, a monte, alla *vexata quaestio* relativa alla natura giuridica della prescrizione.

Infatti, per comune opinione dottrinale e giurisprudenziale, la disciplina prevista in materia di successione di leggi penali nel tempo (art. 2 c.p.) si applica esclusivamente agli istituti aventi natura sostanziale; in materia processuale si applica, invece, la legge vigente al momento in cui si procede, secondo il diverso principio *tempus regit actum* (art. 11 disp. prel. c.c.), sicché gli atti già compiuti conservano la loro validità anche dopo un mutamento della disciplina legislativa, mentre gli atti da compiere sono immediatamente disciplinati dalla nuova legge processuale, anche se collegati ad atti compiuti in precedenza⁵. Risulta chiaro, quindi, che riconoscendo natura sostanziale all'istituto della prescrizione, la relativa disciplina debba essere assoggettata ai criteri che regolano la successione di leggi penali nel tempo: una modifica che allunghi i tempi di prescrizione non può che disporre per l'avvenire, mentre per i reati commessi prima della sua entrata in vigore dovrebbero continuare ad operare i più brevi termini di prescrizione previsti dalla legge precedente.

Ciò posto, e venendo alla questione in esame, come si è anticipato l'intervento richiesto avrebbe comportato una modifica *in peius* del regime della prescrizione, da ammettere, secondo l'accusa, alla luce della natura processuale della prescrizione e della derogabilità della retroattività favorevole.

Il primo e, a ben guardare, assorbente argomento, relativo alla natura processuale della prescrizione, viene censurato dal Tribunale sulla base della costante

della Convenzione OCSE «impone alle Parti di prevedere adeguate sanzioni per le violazioni contabili delle imprese, al fine di impedire la creazione di "fondi neri" utilizzabili a scopo di corruzione», secondo il giudice *a quo* tale finalità sarebbe stata «frustrata dalla introduzione di soglie di punibilità che – in quanto parametriche percentualmente al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto della società – renderebbero penalmente lecite falsità anche molto rilevanti» (così, Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, cit., p. 1500).

⁵ Cfr. C. PECORELLA, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 2011, art. 2, p. 70 e ss. e la giurisprudenza ivi citata.

giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale⁶. La circostanza che la Corte EDU abbia ritenuto compatibile l'art. 7 CEDU con una legge belga che prolungava retroattivamente i tempi di prescrizione dei reati, e che tale pronuncia sia richiamata dal più recente arresto della Consulta in materia di prescrizione⁷, non costituisce, secondo i giudici milanesi, un precedente idoneo a capovolgere il granitico orientamento giurisprudenziale che riconosce nella prescrizione un istituto di natura sostanziale⁸.

Quanto alla derogabilità della retroattività della *lex mitior*, il Tribunale esclude che tale principio trovi copertura nell'art. 25, comma 2, Cost. e nell'art. 7 CEDU (come invece accade per il principio di irretroattività della norme penali più sfavorevoli).

L'affermazione – precisano i giudici – non contrasta con l'interpretazione dell'art. 7 CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Scoppola contro Italia*, bensì si riallaccia alla lettura che di quella pronuncia ha recentemente offerto la Corte costituzionale. Infatti, nella sentenza n. 236 del 2011, la Corte italiana ha escluso che il principio di retroattività della *lex mitior* sia stato affermato nel caso *Scoppola* come principio assoluto e *inderogabile*; avvalendosi della tecnica del *distinguishing*, i giudici della Consulta hanno affermato che la sentenza sul caso *Scoppola* «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata»⁹ e che, soprattutto, «nulla la Corte [europea] ha detto per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione»¹⁰.

⁶ In particolare i giudici milanesi richiamano la sentenza n. 393 del 2006, in cui la Corte costituzionale, ritenuto applicabile il principio di retroattività favorevole alle norme che regolano la prescrizione, ha affermato che una simile conclusione è «coerente con la natura sostanziale della prescrizione» (così Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, "considerato in diritto" n. 4). La decisione è stata commentata da: E. M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 424 e ss.; P. FERRUA, *Ex Cirielli, così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 45, p. 46 e ss.; O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 439 e ss.; D. PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 2, p. 209 e ss. Le ordinanze di rimessione sono pubblicate in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1119 e ss. con nota di G. DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*.

⁷ V. *supra*, nota n. 2.

⁸ La tesi relativa alla natura sostanziale della prescrizione è quella che trova più ampio consenso anche in dottrina. In generale, per un ampio quadro del dibattito relativo alla natura giuridica della prescrizione, cfr. F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 63 e ss. In argomento si vedano anche: E. CUSMANO, *Estinzione del reato e della pena (cause di)*, voce in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 1 e ss.; A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, voce in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, p. 679 e ss.; S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, voce in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 659 e ss.; P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, voce in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78 e ss.; M. SCARPINO, *Riflessioni in tema di prescrizione penale: natura; regime successorio, inidoneità dell'avviso di conclusione delle indagini ad interrompere il decorso del termine prescrizionale*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, p. 589 e ss.

⁹ Così Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, "considerato in diritto" n. 12.

¹⁰ Così Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, "considerato in diritto" n. 13.

Esaurita questa premessa e, quindi, riconosciuta la derogabilità della retroattività favorevole, il Tribunale di Milano tuttavia chiarisce che altri principi escludono in radice la rilevanza della questione proposta rispetto al giudizio principale.

L'iter argomentativo prescelto consiste nel ripercorrere la strada tracciata dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali, recependo in particolare il distinguo tra norme penali di favore assoggettabili al controllo di legittimità costituzionale e normativa penale favorevole, sottratta a tale controllo¹¹.

Nel sistema delineato dalla sentenza n. 394 del 2006, il sindacato di legittimità *in malam partem* è ammissibile esclusivamente nella forma di un intervento *ablato* di norme penali di favore (o norme derogatorie), cioè di norme che «sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo»¹², indipendentemente dagli istituti con cui il *favor* si realizza (cause di giustificazione, cause di non punibilità, cause di estinzione del reato o della pena, attenuanti o figure autonome di reato punite in modo più mite). La Corte precisa inoltre che tali norme si individuano attraverso un giudizio di relazione con la norma generale, rispetto alla quale devono presentare la duplice caratteristica della *specialità* e della *compresenza*. In questi casi, l'effetto *in malam partem* conseguirebbe alla mera riespansione della norma più comprensiva dettata dallo stesso legislatore e mai abrogata: si tratterebbe – precisa la Consulta – di un fenomeno affatto diverso da un intervento creativo o additivo, e dunque perfettamente rispettoso della riserva di legge.

Così delimitata l'area di ammissibilità del sindacato *in malam partem*, resta precluso il controllo per la categoria delle *c.d. norme favorevoli*, comprendente sia quelle disposizioni che *delimitano* l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato (rispetto alle quali difetterebbe il requisito della specialità)¹³, sia quelle che *reformulano* una norma preesistente, secondo

¹¹ Cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *de jure*. Ampie analisi della pronuncia si rinvengono in: G. DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4170 e ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 e ss.; ID. - P. VENEZIANI, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità* (Opinioni a confronto), in *Criminalia*, 2007, p. 217 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 467 e ss.; M. GRASSI, *La Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *Ind. pen.*, 2007, 1, p. 141 e ss.; M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 3, p. 333 e ss.; V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 46, p. 34 e ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 e ss.; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 343 e ss.; D. PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore* (Nota a Corte cost. nn. 393-394 del 2006), cit., p. 209 e ss.; M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, 1, p. 428 e ss. (in particolare v. p. 431 e ss.); C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 148 e ss.

¹² Così Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, cit., "considerato in diritto" n. 6.1.

¹³ A titolo esemplificativo, si può ricordare la questione sottoposta alla Corte nella vicenda del "falso in bilancio": cfr. Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, cit. Le soglie di punibilità previste dall'art. 2621 c.c. sono espressamente qualificate dalla Consulta come «elemento che "delimita" l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già "sottrae" determinati fatti dall'ambito di

il meccanismo dell'*abolitio criminis*, totale o parziale, o della successione modificatrice favorevole (rispetto alle quali difetta quindi il requisito della compresenza).

Ebbene, secondo il Tribunale di Milano, rientrerebbero proprio in quest'ultima categoria le norme sospettate di illegittimità nel caso che qui ci occupa: si tratterebbe, cioè, di *norme abrogatrici che risultano favorevoli nel confronto con le disposizioni anteriori sostituite*, e la cui caducazione da parte della Corte costituzionale, secondo un consolidatissimo orientamento, non potrebbe mai far rivivere la norma precedente abrogata.

Esclusa la possibilità della reviviscenza, secondo il Tribunale resta la possibilità di valutare «se la norma “nuova” derivante dalla cancellazione possa essere applicata ad una situazione peggiorata; nel caso in cui tale norma sia meno favorevole al reo essa non è retroattivamente applicabile, pena la violazione dell'art. 25 Cost., dell'art. 2 comma 1 c.p., dell'art. 7 CEDU»¹⁴. Di qui l'ovvia conclusione: le norme risultanti dall'ipotetico accoglimento della questione allungando i termini di prescrizione, non potrebbero trovare applicazione retroattiva, sicché «seppure giudicate, in ipotesi, incostituzionali, le norme in corso dovrebbero essere ancora applicate al caso in esame, privando la questione della rilevanza prospettata»¹⁵.

4. Considerazioni conclusive

Così ricostruito l'*iter* argomentativo seguito dal Tribunale, è possibile ora addentrarsi nella valutazione delle motivazioni addotte.

Considerati i termini esatti con i quali era stata formulata la questione, il risultato pratico dell'ordinanza (il mancato promovimento dell'incidente di costituzionalità) è senz'altro da condividere.

L'eventuale abrogazione della *lex mitior* nei termini richiesti dal Pubblico Ministero avrebbe immesso nel sistema *una disciplina integralmente nuova della c.d. prescrizione prorogata, sfavorevole non solo rispetto all'attuale, ma anche rispetto a quella in vigore al momento dei fatti*; muovendo dalla premessa di dover valutare le ricadute di un eventuale accoglimento sul procedimento principale, i giudici ne deducono che «sia sulla base dell'art. 2 comma 4 c.p., sia sulla base dell'art. 25 Cost., l'eventuale modifica normativa non potrebbe [...] essere applicata al procedimento in corso, in quanto “in malam partem”».

Conviene focalizzare il dato di per sé necessario e sufficiente a decidere della questione sollevata: l'ipotetico accoglimento della richiesta si sarebbe risolto nella *surrettizia creazione di una norma nuova*, ossia – per usare un'espressione cara ai giudici della Consulta – in «una diversa strategia di criminalizzazione», operazione, quest'ultima, senz'altro inibita alla Corte costituzionale perché esorbitante rispetto alle sue possibilità di legittimo intervento in materia penale. In altri termini, l'intervento

applicazione di altra norma» (così “considerato in diritto”, n. 7.1.); in quanto elemento espressivo di una precisa scelta politico-criminale, resta pertanto insindacabile ad opera della Corte.

¹⁴ Così in motivazione p. 8.

¹⁵ Così in motivazione p. 9.

richiesto, invadendo il campo riservato al legislativo dall'art. 25 Cost., si sarebbe tradotto in un *vulnus* al principio di legalità inteso nella sua accezione più forte, inteso cioè come *riserva di legge in materia penale*.

Coerentemente con queste premesse, si deve concludere che non è il possibile effetto dell'accoglimento a precludere il sindacato di costituzionalità nel caso in esame, bensì, ancor prima, *il tipo di intervento* richiesto. L'asserita irrilevanza della questione poggia essenzialmente sul divieto di retroattività costituzionalmente e "convenzionalmente" garantito; tuttavia, ad avviso di chi scrive, siamo in presenza di una decisione che avrebbe potuto prescindere dalla considerazione degli eventuali effetti di un accoglimento, vagliati alla luce delle regole di diritto intertemporale, pronunciandosi *tout court* per l'inammissibilità della questione prospettata.

Tutto ciò premesso, è forse doverosa una precisazione: il "nuovo" volto della prescrizione è senza dubbio criticabile, e difatti è stato ampiamente criticato¹⁶, anche con specifico riferimento alla disciplina degli atti interruttivi¹⁷. Se il punto debole della questione sollevata consiste nell'aver richiesto un intervento sostanzialmente creativo da parte della Corte, è allora opportuno interrogarsi sulla *chance* di successo di una richiesta formulata in termini differenti.

4.1. Possibili alternative?

Un'alternativa ipotizzata e subito esclusa nell'ordinanza in esame sarebbe stata quella di richiedere alla Corte l'inclusione del reato di cui all'art. 322 *bis* c.p. tra quelli, già previsti dalle norme in questione, per i quali la legge non pone alcun limite al prolungamento del tempo necessario a prescrivere (e per i quali si configura, pertanto, una sorta di "imprescrittibilità di fatto"¹⁸). In questa ipotesi ci si troverebbe, infatti, di fronte alla richiesta di un intervento *additivo*, palesemente contrastante con la riserva di legge così come l'intervento manipolativo in concreto richiesto, e perciò parimenti inammissibile.

Vi sarebbe stata ancora un'altra strada potenzialmente percorribile. L'accusa individuava le disposizioni da sottoporre al sindacato della Corte negli artt. 160 comma 3 e 161 comma 2 c.p., ossia nelle norme introdotte dai commi 4 e 5 dell'art. 6, l. 251 del 2005; tuttavia avrebbe potuto assumere ad oggetto della richiesta direttamente *le norme sostitutive* della vecchia disciplina, per l'appunto i commi 4 e 5 del suddetto art. 6: così facendo, il *petitum* si sarebbe sostanziato in un intervento meramente *ablativo*,

¹⁶ Ancor prima dell'approvazione della "ex Cirielli", cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 976 e ss. Dopo la riforma sono stati espressi giudizi critici da: G. LOSAPPIO, *Mala tempora. Le novità nella disciplina della prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2006, 4, p. 1609 e ss.; A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. mer.*, 2006, 4, p. 837 ss.; S. SILVANI, *La nuova disciplina della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 3, p. 303 e ss.

¹⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 e ss. (v. in particolare p. 23 e s.).

¹⁸ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 386.

che caducando le norme abrogatorie, avrebbe potuto (in astratto) ripristinare la disciplina pregressa¹⁹.

In concreto, tuttavia, anche una richiesta formulata in questi termini verosimilmente non avrebbe potuto in nessun caso trovare accoglimento.

Un primo probabile ostacolo deriverebbe dal consolidato orientamento della Corte, ferma nel rifiutare la reviviscenza di una norma abrogata in quanto «espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali»²⁰.

Vero è che la tesi non è pacifica: una parte importante della dottrina ne ha messo in luce le aporie e su queste vale la pena di soffermarsi.

È innegabile che la norma anteriore sostituita esprima una scelta legislativa non più attuale; tuttavia, come acutamente osservato, «in relazione alla classe di soggetti o di condotte sottratti dalla norma di favore non è più attuale, a rigore, neppure la scelta legislativa della norma generale: sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, il sistema aveva effettuato scelte differenti»²¹. Ancora. La Corte costituzionale non riconosce alcun effetto retroattivo alle norme di favore dichiarate illegittime poiché, in caso contrario, basterebbe assurdamente introdurre una norma di favore incostituzionale che resti in vigore, per ipotesi, anche un solo giorno, per assicurare l'impunità non solo ai fatti commessi quel giorno, ma anche a tutti i fatti pregressi²². Ma la stessa conseguenza si determinerebbe se all'illegittimità della norma favorevole abrogativa di una disciplina precedente non seguisse la reviviscenza della norma abrogata. Anche in questo caso basterebbe sostituire una norma con un'altra più favorevole, pur manifestamente illegittima, per assicurare l'impunità non solo ai fatti commessi sotto il vigore di quest'ultima, ma anche a tutti i fatti pregressi: quand'anche la norma favorevole fosse dichiarata costituzionalmente illegittima, negare la reviviscenza della norma abrogata significa consolidare l'effetto abrogativo prodotto dalla norma successiva, sicché non sarebbero più punibili neppure i fatti commessi mentre vigeva la legge precedente²³.

Ma non basta. Relativamente alle norme penali di favore, l'argomento forte impiegato dalla Corte costituzionale per legittimare l'accoglimento di questioni *in malam partem* consiste nell'affermare che, in queste ipotesi, l'effetto sfavorevole «non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti», bensì consegue all'«automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria»; tale riespansione, in quanto «reazione naturale dell'ordinamento [...] alla scomparsa della norma incostituzionale», non impegnerebbe la discrezionalità politica della Corte.

¹⁹ Tale modello di formulazione della richiesta è stato sperimentato nella questione rigettata dalla Consulta con l'ordinanza n. 34 del 2009.

²⁰ Così Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, cit., “considerato in diritto” n. 6.1.

²¹ Così M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 555 e s.

²² Cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, cit., “considerato in diritto” n. 6.4.

²³ Cfr. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, cit., p. 556.

Posta in questi termini la questione, deve obiettivamente riconoscersi che anche la *reviviscenza* della norma illegittimamente abrogata non consegue ad un'operazione della Corte, bensì costituisce una *reazione naturale dell'ordinamento alla scomparsa della norma (abrogatrice) illegittima*²⁴.

Tale assunto si dimostra, ed è stato dimostrato, muovendo dalla corretta considerazione dell'*efficacia di una norma costituzionalmente illegittima*. Sebbene per una parte della dottrina il carattere di "invalidità" della norma incostituzionale – contrapponendosi alla nullità/inesistenza – non escluda, anzi presupponga la produzione di effetti (tra cui, eventualmente, quello abrogativo)²⁵, si è giustamente obiettato che l'invalidità derivante da un vizio costituzionale conferisce alla norma un'efficacia *risolutivamente condizionata* alla dichiarazione di illegittimità da parte della Consulta; sicché, ove tale dichiarazione intervenga, l'eliminazione della norma ne travolge anche tutti gli effetti "provvisoriamente" prodotti, compresi quelli abrogativi²⁶. L'automatismo insito in questo fenomeno non è diverso da quello che caratterizza la riespansione.

Qualora la Corte e la magistratura ordinaria dessero spazio a questa tesi, si aprirebbero possibilità ulteriori al sindacato di costituzionalità: una questione relativa a norme penali favorevoli – come quelle qui in discussione – potrebbe, questa volta sì, superare il giudizio preliminare di ammissibilità, ed essere vagliata nella sua fondatezza²⁷.

Ciò nondimeno, nel caso esaminato neppure una siffatta apertura avrebbe potuto condurre all'accoglimento della questione: pur ammettendo l'astratta possibilità di una *reviviscenza* delle norme preesistenti alla *ex Cirielli*, in punto di rilevanza la questione si sarebbe imbattuta in un ostacolo insormontabile. La possibilità di considerare legittimo l'allungamento retroattivo dei termini di prescrizione va infatti subordinata alla condizione che il termine non sia in concreto già maturato²⁸. Trasponendo tale criterio nel caso qui esaminato, l'applicazione della vecchia disciplina sarebbe stata comunque preclusa dall'avvenuta maturazione del nuovo e più breve termine prescrizione.

È ora possibile fornire una risposta all'interrogativo precedentemente posto circa la possibilità di un diverso approdo della questione. La mera *aspettativa* di impunità del potenziale beneficiario della prescrizione, spirati i termini, è diventata *diritto*

²⁴ Cfr. C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., p. 351.

²⁵ Per questa posizione cfr. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, voce in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 975: «poiché la legge incostituzionale è soltanto *invalida* ed esercita efficacia e produce effetti, e certi effetti permangono e debbono permanere nonostante la retroattività della pronuncia della Corte, e poiché la prima esplicazione dell'efficacia, ciò che anzi nel momento attivo la caratterizza come tale, è l'eliminazione delle leggi anteriori, è da concludere che le leggi abrogate non possono tornare in vita».

²⁶ Le osservazioni svolte seguono le coordinate tracciate, con ampia analisi della dottrina giuspubblicistica, da M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, cit., p. 438 e s.

²⁷ Cfr. M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, cit., p. 440.

²⁸ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 100 e s.; degli stessi Autori cfr. anche il *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 263 e ss. Si veda altresì F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, cit., p. 14 e s.

all'impunità: quand'anche si fosse ritenuta ammissibile una questione finalizzata a riportare in vita la normativa vigente al tempo dei fatti, nel caso esaminato non vi sarebbe stato alcun margine di intervento per impedire l'estinzione del reato, in quanto già verificatasi. Non resta, allora, che prendere atto di quest'esito, della sua intrinseca disfunzionalità rispetto al sistema penale (che, nella migliore delle ipotesi, non ha restituito la dignità dell'innocenza all'imputato) e della possibilità che continui a pendere sull'attuale disciplina degli atti interruttivi il dubbio dell'illegittimità.