



9/2017

PRINCIPIO DEL *TEMPUS REGIT ACTUM* NEL PROCESSO PENALE ED INCIDENZA SULLE GARANZIE DELL'IMPUTATO

Possibili prospettive di mitigazione

di Giorgia Trinti

Abstract. *Il principio del tempus regit actum, quale principio regolatore delle norme processuali penali, lede irrimediabilmente le garanzie dell'imputato nel preciso momento in cui viene data immediata applicazione a norme processuali peggiorative non in vigore né al momento della commissione del reato, né al momento dell'instaurazione del processo. Dopo aver analizzato il punctum dolens della disciplina processuale intertemporale, se ne prospetta una potenziale mitigazione attraverso un "rivoluzionario" tentativo di estensione applicativa dell'art. 2 c.p.*

SOMMARIO: 1. Aspetti sostanziali del principio del *tempus regit actum*. – 1.1. Significato del concetto di "tempus". – 1.2. Significato del concetto di "actus". – 2. Analisi dei limiti imposti alla retroattività della norma penale processuale. – 2.1. Teoria dell'affidamento nel sistema processuale penale. – 2.2. Problematiche interpretative in riferimento alla tenuta del giudicato rispetto ad interventi normativi successivi in ambito processuale. – 3. Possibilità di mitigare la rigidità del principio del *tempus regit actum*: tentativo di applicabilità dell'art. 2 c.p.

1. Aspetti sostanziali del principio del "tempus regit actum".

La soluzione sostanziale, al complesso di problemi che attengono il limite di efficacia della legge nel tempo, riflette ineluttabilmente la natura del rapporto che intercorre tra lo Stato e l'individuo, rappresentando, quindi, uno dei passaggi imposti nella descrizione di qualsiasi ordinamento giuridico¹.

L'insieme delle regole concernenti la soluzione dei conflitti tra norme, derivanti dalla successione delle leggi nel tempo, costituisce l'oggetto del diritto intertemporale che viene ad essere ermeneuticamente definito come l'insieme di «norme e principi che dettano criteri generali per tutto l'ordinamento o per un settore specifico, al fine di individuare la

¹ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p.1.

*norma applicabile nel caso in cui vi siano due norme valide successive nel tempo e incompatibili tra loro*².

Il diritto intertemporale costituisce una categoria di norme che fuoriesce da ogni classificazione poiché si riferisce, paradossalmente, a disposizioni che hanno il compito di regolare delle altre norme, pertanto definite come *ius supra iura*³.

L'irretroattività è il metodo base del diritto intertemporale, disciplinatore delle logiche che governano il nostro sistema normativo, con la specificazione, secondo cui, nel nostro ordinamento, tale principio non assurge a rango di principio costituzionale salvo che per le norme in materia penale, dove è sancito ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost.; pertanto, il legislatore potrebbe emanare disposizioni innovative o interpretative⁴ con efficacia retroattiva «*purché quest'ultima non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti*»⁵.

La teoria della retroattività, invece, dipende dalla definizione dei rapporti tra diritto intertemporale e diritto transitorio, quest'ultimo si esplica in norme dettate espressamente dal legislatore per indicare tassativamente i casi in cui la norma può operare retroattivamente.

Diritto intertemporale e diritto transitorio non possono, quindi, essere utilizzati come sinonimi, poiché, attengono alla regolazione di fenomeni completamente differenti; la natura stessa di queste due categorie normative è differente: le norme di diritto transitorio sono norme materiali perché suscettibili di immediata applicazione mentre le norme di diritto intertemporale, evidenziano una natura strumentale, limitandosi ad individuare quale sia la fattispecie applicabile ma non essendo esse stesse suscettibili di immediata applicazione⁶.

Il principio del *tempus regit actum* è il principio cardine delle logiche temporali nel processo italiano ed è proprio sia del versante processuale di natura penale ma anche di quello civile. Il processo viene ad essere governato temporalmente dalla regola secondo cui: un atto processuale deve seguire le norme vigenti nel momento in cui viene posto in essere, andando ad applicarsi le regole esistenti nel momento in cui l'atto ha origine.

Nel caso specifico di successione di leggi processuali nel tempo, in rispetto del principio del *tempus regit actum*, la nuova norma disciplina sia i processi iniziati dopo la

² G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1988, p. 77.

³ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UMBERTIS e G.P. VOENA, Milano, 1999, p. 94.

⁴ Ci riferiamo alle norme c.d. d'interpretazione autentica, attraverso le quali il legislatore determina e fissa l'interpretazione della norma alla quale l'interpretazione si riferisce; le norme di interpretazione autentica possono avere efficacia retroattiva purché non siano volte a camuffare delle norme con portata effettivamente innovativa o siano volte ad annullare giudicati o per incidere su effettive fattispecie. Così come espresso da C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di A. de Nitto, Milano, 2012, p. 95.

⁵ C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di A. de Nitto, Milano, 2012, p. 94.

⁶ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UMBERTIS e G.P. VOENA, Milano, 1999, p. 101.

sua entrata in vigore, ma anche i singoli atti, compiuti successivamente alla sua entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio⁷.

Sin dal 1865, si osservava che «*le leggi le quali regolano il procedimento ne' giudizi penali sono eminentemente di ordine pubblico, e quindi senza declinare dal principio dell'irretroattività, all'istante della loro pubblicazione si vanno ad impossessare del giudizio nello stato in cui lo trovano, e regolano senza distinzione di sorta i giudizi pendenti e futuri*»⁸.

Per il processo civile, possiamo limitarci brevemente a richiamare l'esplicito riferimento normativo dell'art. 5 del c.p.c., nel quale viene perseguito l'esclusivo specifico obiettivo del legislatore di conservare la giurisdizione del giudice, adito in base allo stato di fatto ed alle norme vigenti al momento della proposizione della domanda giudiziale, specificando l'irrilevanza di successivi mutamenti legislativi⁹.

Per quanto attiene la cadenza temporale del processo penale, questa è strettamente legata alle mutazioni normative che si succedono durante lo svolgimento del giudizio con l'eventuale possibilità, non troppo remota, che si concretizzino contraddizioni interne al sistema ma, soprattutto, che si pregiudichi ingiustificatamente il protagonista del processo penale: l'imputato.

Nel processo penale il pregiudizio che sostanzialmente si realizza, è notevolmente superiore rispetto a quello che ipoteticamente potrebbe realizzarsi in sede civile poiché, in gioco, non vi è una valutazione di interessi di natura meramente patrimoniale ma una sentenza che incide unilateralmente sulla libertà del soggetto. A tal riguardo, Carnelutti elabora la formula che sintetizza «*la distinzione profonda tra i due processi, civile e penale, anzi fra i due diritti: in civile si contende dell'avere e in penale dell'essere*»¹⁰.

La libertà dell'individuo è un diritto fondamentale sancito nell'art. 13 Cost. che determina le modalità con cui questa può essere oggetto di restrizione; ma oltre alla necessità di rispettare formalmente le disposizioni costituzionali, dobbiamo interrogarci sulla *ratio* di tale statuizione e renderci conto dell'irreparabili conseguenze che deriverebbero per l'individuo, vittima della trascuratezza e leggerezza del sistema. Il principio del *tempus regit actum*, se per un verso ordina rigidamente la fase processuale, dall'altro non tiene conto di quanto incida negativamente sull'imputato, andando contro tutti i buoni propositi di tutela e garanzia cui l'ordinamento aspira.

La causa del pregiudizio, che colpisce l'imputato, è l'irragionevole compressione del principio di uguaglianza poiché, la netta affermazione dell'irretroattività della norma, comporta che soggetti diversi, versanti in situazioni analoghe, potrebbero ricevere, per il solo fatto di essere giudicati in situazioni temporali diverse, un

⁷ Cfr. Cass., sent., 15 febbraio 2011, n. 3688.

⁸ E. QUINTO, *Del principio della irretroattività in materia criminale*, Torino, 1865, p.17.

⁹ Art. 5 c.p.c. «*La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo*».

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 7.

trattamento processuale drammaticamente differente determinato dall'avvenuto mutamento legislativo.

Solo comprendo ciò avremo un'importante indicazione rispetto al metodo per studiare l'efficacia nel tempo della legge nel processo penale.

Nel codice di procedura penale, non vi è alcun riferimento testuale che sancisce espressamente l'applicazione del principio del *tempus regit actum* alla fase processuale ed è per questa ragione che, da sempre, risulta essere questione fortemente dibattuta fra i giuristi: se le leggi regolatrici del procedimento penale debbano essere o meno assoggettate al principio di irretroattività e di immediata efficacia della nuova norma, senza alcuna eccezione¹¹.

Per ricostruire la disciplina del diritto intertemporale valida per il processo penale, e colmare l'assenza di una regolamentazione generale del codice di rito, è necessario partire da una fonte normativa comune, istitutiva del principio in esame, che deve essere evidenziata nell'art. 11 contenuto nel Capo secondo delle «*Disposizioni sulla legge in generale*», premesse al Codice Civile, approvato con r.d. 16 marzo del 1942 n.262¹².

Comprendere il valore normativo delle Disposizioni sulla legge in generale (da ora Disp. prel. c.c.) è un passaggio imprescindibile per intendere il grado di cogenza e vincolatività che hanno le norme in esse contenute; Giuliani, esponente della dottrina prevalente, le classifica come «*norme di riconoscimento legislative*»¹³ poiché relative alla determinazione dei limiti circa l'obbligatorietà, gli effetti nel tempo e l'interpretazione della legge.

È bene chiarire che le Disp. prel. c. c. hanno un'espansione applicativa estesa a tutto l'ordinamento e la loro funzione preminente è quella di stabilire principi vincolanti che mirano a razionalizzare il sistema normativo nel suo complesso in quanto, differentemente, sarebbe lasciato in balia della schizofrenia legislativa.

L'avvento della Costituzione avrebbe dovuto mettere in crisi la funzione razionalizzatrice delle Disp. prel. c. c., in quanto garanti di un sistema delle fonti fondato principalmente sul «*primato della legge ordinaria*»¹⁴; invece, dopo una lunga *querelle* dottrinarie, si è assistito all'attribuzione di un impensabile prestigio che le vede classificate nell'ambito di «*norme strumentali*»¹⁵, giacché necessarie per orientare consapevolmente l'attività del legislatore e dell'interprete.

Nelle norme sancite nelle Disp. prel. c. c. si pretende di affermare che la volontà del legislatore, costituisce l'unica norma di riferimento per il giudice e che solo escludendo l'*interpretatio* dei tribunali e la dottrina dei commentatori e risolvendo problemi relativi all'obbligatorietà della legge, alla sua vigenza nel tempo e nello spazio, si possono concretizzare obiettivi di certezza del comando¹⁶.

¹¹ E. QUINTO, *Del principio della irretroattività in materia criminale*, Torino, 1865, p.16.

¹² Sono denominate altresì «*Preleggi*» o «*Titolo preliminare del codice civile*».

¹³ A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, Torino, 1999, p. 25.

¹⁴ A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, Torino, 1999, p. 26.

¹⁵ Cfr. A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, Torino, 1999, pp. 26 e ss.

¹⁶ Cfr. A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, Torino, 1999, p. 5.

Il mezzo sul quale il sistema ha maggiormente inciso per pervenire al risultato di certezza del diritto, prospettato dal nostro ordinamento, è dato dalla regolazione delle leggi nel tempo: partendo dal presupposto che la «*lex posterior derogat priori*», una legge può essere derogata soltanto da una legge successiva che specificatamente la abroga, con la conseguenza che una legge nasce formalisticamente con la sua promulgazione e muore inesorabilmente con la sua abrogazione sancendo la logica della «*priorità della posterità*»¹⁷.

La regola dell'irretroattività è propriamente contenuta nell'art.11 delle Disp. prel. c. c., intitolato «*Efficacia della legge nel tempo*» il quale dispone, al primo comma, che «*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*»¹⁸; con tale determinazione, si attribuisce efficacia immediata a quelle che risultano essere norme «*nuove*»¹⁹.

Un aspetto da non sottovalutare è riferibile alla peculiare forma con cui il legislatore ha costruito la norma, in quanto, l'utilizzazione, nella punteggiatura, dei «*due punti*» sta a significare che il secondo periodo è essenzialmente un corollario del periodo principale, pertanto, tale ridondanza non si limita ad affermare l'efficacia immediata delle norme nuove ma è volta ad escludere implicitamente la retroattività; infatti, interpretando letteralmente il dato normativo, dopo aver affermato che le norme possono operare soltanto riguardo accadimenti presenti o futuri sarebbe stato superfluo riaffermare che la legge non ha efficacia retroattiva ma è una scelta che il legislatore ha fatto perché implica un'esclusione indiretta del principio di retroattività²⁰.

Parte della dottrina, ha ritenuto utilizzabile l'art. 10 delle Disp. prel. c. c. e l'art. 73, terzo comma, Cost. per costruire la disciplina della successione di leggi, poiché viene determinato che «*le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto*»²¹; ma, è il caso di notare che da questa disposizione non è ricavabile alcun principio riferibile alla successione di leggi nel tempo in quanto si riferisce, esclusivamente, alla determinazione del momento in cui le norme acquisiscono obbligatorietà²².

Nell'art. 11 Disp. prel. c. c. è rilevante il fatto che sia contenitore di una doppia direttiva d'azione, la prima rivolta al legislatore, la seconda rivolta all'interprete: al principio d'irretroattività può sottrarsi il legislatore, che può derogarvi con altra norma ordinaria, ma non vi si può sottrarre la figura dell'interprete²³.

¹⁷ Cfr. A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, Torino, 1999, p. 8.

¹⁸ Art. 11, primo comma, Disp. prel. c.c..

¹⁹ La norma traduce puntualmente l'art. 2 del Codice Civile francese del 1804 che afferma «*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.*», con la differenza che tale articolo, trova applicazione esclusivamente in ambito di dinamiche civilistiche.

²⁰ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UMBERTIS e G.P. VOENA, Milano, 1999, pp. 110-111.

²¹ Art. 10, Disp. prel. c. c.

²² Cfr. M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, p. 133.

²³ Cfr. R. CAPONI, *Tempus regit actum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 449- 462.

La rigida *ratio* del principio dell'irretroattività, sancito nell'art. 11 delle Disp. prel. c. c. ma comunque affermato nell'art. 25 Cost., è annodata alla logica di dover ordinare metodicamente un sistema di successione di norme che altrimenti sarebbe irrimediabilmente turbato dal continuo chiedersi qual sia la norma da doversi applicare ad una determinata fattispecie; in realtà, le ragioni di una migliore amministrazione della giustizia, non possono essere utilizzate come scusa giustificatrice e prevalere sulle non trascurabili esigenze di garanzia per il cittadino²⁴.

La portata applicativa nell'ordinamento italiano delle Disp. prel. c. c. è fondamentale per giustificare la cogenza di tali norme: essendo delle disposizioni preliminari al Codice Civile, si potrebbe ipotizzare la loro applicabilità soltanto all'ambito civilistico, in realtà queste hanno valore di carattere generale.

L'illustrazione dell'efficacia delle Disp. prel. c. c. ci porta a porre in relazione tali norme, di rango ordinario, con il dettato costituzionale contenuto nell'art. 25, secondo comma, Cost.; all'origine, il sistema risultava essere notevolmente "asimmetrico" poiché si aveva l'enunciazione intertemporale di ordine costituzionale per le norme sostanziali a cui faceva da contraltare un'enunciazione di rango ordinario per le norme processuali.

Tale squilibrio ha comportato la proliferazione di differenti teorie in ambito dottrinario; alcune dirette ad attribuire un'efficacia di ordine superiore alle norme contenute nelle Disp. prel. c. c., altre dirette a reinterpretare l'art. 25, secondo comma, Cost. per dimostrare la soggezione anche delle norme di rito, a tale tutela "rafforzata", sulla base dei lavori preparatori²⁵.

La teoria espressa da una parte della dottrina moderna, oltre ad attribuire a tali disposizioni valore di «*leges legum*»²⁶, ne azzarda altresì un valore di natura costituzionale, giustificato dal fatto che anche i titoli preliminari sono garanti «*di un patrimonio di idee, comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quella della rivoluzione e della stessa restaurazione*»²⁷.

In realtà, per comprendere effettivamente quale sia l'efficacia delle Disp. prel. c. c., dobbiamo ricondurle ai limiti propri di una norma ordinaria e quindi, come tale, non avendo valore supernormativo, sono suscettibili di essere derogate discrezionalmente dal legislatore ordinario.

La Corte Cost. è intervenuta per precisare il valore giuridico dell'art. 11 delle Disp. prel. c. c. rispetto ai principi costituzionali, affermando che «*l'osservanza del tradizionale principio è dunque rimessa - così come in passato - alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro - salvo estrema necessità - dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel*

²⁴ Cfr. M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, p. 136.

²⁵ Cfr. M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, pp. 215 e ss.; nel primo capitolo sono già stati esplicitati una parte degli itinerari esegetici seguiti per sostenere l'estensione del disposto costituzionale dell'art. 25, secondo comma, Cost., alle norme di natura processuale

²⁶ Denominate in tal modo per evidenziare la loro caratteristica di norme relative alla produzione giuridica; possono essere indicate anche come «*principia iuris*».

²⁷ A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice Civile.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. I, Torino, 1999, p. 380.

diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile»²⁸. Nello specifico, però, il principio espresso nell'art. 11 Disp. prel. c. c., limitatamente alla materia penale, viene riaffermato costituzionalmente nell'art. 25, secondo comma, Cost., con la conseguenza che, in queste circostanze, non può essere oggetto di deroga arbitraria da parte del legislatore ordinario; in qualsiasi modo, è la stessa Corte Cost. ad affermare che «il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista della nostra civiltà giuridica. Esso però non è mai assurto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale»²⁹.

Sulla stessa linea, ha continuato ad esprimersi l'alluvionale giurisprudenza della Consulta, in cui pur determinando l'importanza della valutazione delle norme retroattive secondo il principio di ragionevolezza, afferma che «il divieto di retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi - non è stato tuttavia elevato a dignità costituzionale, se si eccettua la previsione dell'art. 25 della Costituzione, relativa alla legge penale. Al legislatore ordinario, pertanto, fuori della materia penale, non è inibito emanare norme con efficacia retroattiva, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti»³⁰.

Rimane da specificare come sia stata giustificata l'estensione dell'art. 11 Disp. prel. c. c. al processo penale; è un passaggio realizzatosi attraverso un percorso interpretativo, ormai consolidato, che si fonda sul fatto che, non essendoci uno specifico riferimento normativo per l'ambito processuale, ed essendo l'art. 11 una disposizione generica, non vi è alcuna ragione per escluderne l'applicazione al processo penale.

Nelle Disp. prel. c. c. sono contenuti dei limiti rigidi per l'esplicazione dell'attività interpretativa ma non possono essere applicati al nostro caso, in quanto, sono riferiti esclusivamente alle leggi penali di natura sostanziale e alle leggi che «fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi», specificandosi che non devono essere applicate «oltre i casi e i tempi in esse considerati»³¹.

Il principio del *tempus regit actum*, nella sua applicazione al processo penale, risulta essere affermato in un preciso riferimento legislativo, che si ripete identico nel tempo, contenuto nell'art. 258, primo comma, delle Disposizioni di attuazione del c.p.p., regolanti il passaggio dal Codice di procedura del 1930, al Codice di procedura del 1988, nel quale si stabiliva che i procedimenti in corso di svolgimento avrebbero dovuto svolgersi, salvo eccezioni tassativamente indicate dalla norma, con l'osservanza delle disposizioni del nuovo codice³²: da questa statuizione si ricava, velatamente, che tutto il

²⁸ C. Cost., sent., 8 luglio 1957, n. 118, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

²⁹ C. Cost., sent., 8 luglio 1957, n. 118, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

³⁰ C. Cost., sent., 4 novembre 1999, n. 416, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

³¹ Art. 14, Disp. prel. c. c.

³² Art. 258, primo comma, Disp. trans. c. p. p. «i procedimenti in corso diversi da quelli indicati negli articoli 241 e 242 proseguono con l'osservanza delle disposizioni del codice, ma i termini previsti dagli articoli 405 comma 2 e 553

processo penale viene ad essere regolato dal meccanismo del *tempus regit actum*, per quanto attiene alle dinamiche in materia di successione di leggi nel tempo.

Quest'affermazione viene fermamente rimproverata da una parte della dottrina, più garantista, che ritiene vi sia un'impossibilità oggettiva di poter desumere dei principi intertemporali dalle norme transitorie del c.p.p.. Questo specifico riferimento normativo, infatti, contenuto all'interno delle disposizioni transitorie, non sembra ispirato da una *ratio* che in qualche modo sia suscettibile di generalizzazione ed estensione all'intero nuovo sistema penale processuale ma solo funzionale per coordinare l'entrata in vigore del nuovo codice di rito e quindi non consono per giustificare l'esistenza di un dato normativo che sancisca esplicitamente il corollario del *tempus regit actum*³³.

Il principio di irretroattività è un principio essenziale del nostro ordinamento perché contribuisce alla garanzia del cittadino da eventuali arbitri del legislatore, come richiesto costituzionalmente dall'art. 2 Cost.³⁴: l'articolo richiama il principio del *neminem ledere* di cui principale persecutore è la Repubblica che ha il compito di garantire i c.d. diritti inviolabili, tra cui vi è, immancabile, la tutela della libertà del singolo; infatti, il legislatore che retroagisce, restringendo eventuali sfere di libertà, non solo non garantisce il cittadino ma si crea autonomamente una sfera di competenze che non gli è stata attribuita³⁵.

Dov'è che si crea il problema? L'affermazione rigida del principio del *tempus regit actum* non è problematica esclusivamente riguardo alla sua inflessibilità e severità nell'affermare l'irretroattività della norma, non lasciando margini per tentare un'applicazione del principio di retroattività favorevole; l'ulteriore problema che si concretizza è nella lesione del principio di «ragionevole prevedibilità»³⁶, poiché, rendendo immediatamente applicabile qualsivoglia modifica legislativa, ad atti di un processo penale pendente, si lede inevitabilmente il principio dell'affidamento: si viola la fiducia di coloro che avevano regolato il loro agire in base alla normativa previgente, oggetto di un imprevisto mutamento.

La circostanza per cui l'efficacia immediata delle norme sia propria di aspetti processuali, potrebbe sembrare non pregiudicante di alcun diritto dell'imputato; in realtà, le problematiche di immediata applicazione dei mutamenti legislativi, nell'ambito del processo penale, incidono pesantemente sull'imputato, pregiudicandolo irrimediabilmente nel caso si tratti di una disciplina successiva sfavorevole.

comma 1 del codice sono di dodici mesi e il termine di durata massima delle indagini preliminari scade il 31 dicembre 1991».

³³ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UMBERTIS e G.P. VOENA, Milano, 1999, p. 138 e s.

³⁴ Art. 2, Cost. «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»

³⁵ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 91.

³⁶ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 38.

Il principio del *tempus regit actum* realizza una disparità di trattamento se valutato rispetto al «*contenuto delle situazioni correlate ad uno stesso fatto*»³⁷, tale carattere discriminatorio non permette di reputare tale canone intertemporale come espressione del principio di uguaglianza formale disciplinato dall'art. 3, primo comma, Cost. ma, anzi, ne risulta essere una delle primarie opportunità di violazione legittimate dallo stesso sistema³⁸.

In conclusione, la circoscrizione dell'applicazione del principio dell'applicabilità della norma più favorevole, alle sole dinamiche legate alla «*commissione del delitto*», sembra *prima facie* escludere completamente un eventuale slancio verso l'applicabilità del principio di retroattività della norma più vantaggiosa per il reo a dinamiche processuali mantenendo permanentemente rigida l'attuazione del principio del *tempus regit actum*; quali inevitabili conseguenze?

L'accanimento del sistema avverso l'imputato comporta la categorica negazione di quello che dovrebbe essere il punto fermo per perseguire il fine di tutela auspicato: il *favor libertatis*.

1.1. Significato del concetto di "tempus".

Il tempo è la bussola della nostra esistenza poiché definito, da sempre, come «*mezzo di orientamento*»³⁹; gli studi per la definizione del concetto di *tempus* sono stati al centro delle riflessioni, alle volte contrastanti, di filosofi e pensatori, poiché «*il tempo sembra non poter essere pensato senza contraddizione*»⁴⁰.

La riflessione che ci accingiamo a fare utilizza un metodo che richiama la sistematica della *matrioska*: partire dalla definizione globalmente attribuita al concetto di tempo, fino a sviluppare la concezione di *tempus* circoscritta al campo della materia penale, sia dal punto di vista delle norme sostanziali sia dal punto di vista delle norme processuali.

A cosa rimanda abitualmente il concetto di "tempo"?

Riassumendo brevemente vediamo esistere «*diversi tipi di concetti di tempo*»⁴¹ ma essenzialmente il riferimento a tale termine rinvia ad un voler «*porre in relazione posizioni e segmenti di due o più sequenze di avvenimenti in movimento continuo e percepibili*»⁴².

³⁷ F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2007, p. 21.

³⁸ F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2007, p. 22.

³⁹ N. ELIAS, *Saggio sul tempo*, Bologna, 1996, p.50.

⁴⁰ A. GIORDANI, *Tempo e struttura dell'essere. Il concetto di tempo in Aristotele e i suoi fondamenti ontologici.*, Milano, 1995, p.13.

⁴¹ N. ELIAS, *Saggio sul tempo*, Bologna, 1996, p.99.

⁴² N. ELIAS, *Saggio sul tempo*, Bologna, 1996, p.17.

Il tempo è un concetto cardine per la costruzione del diritto tanto che lo stesso Savigny evidenzia che «*in molti ed importanti istituti si trova un rapporto con il tempo come elemento dei fatti posti a base di una regola generale di diritto*»⁴³.

Il passaggio successivo è volto a riuscire ad interpretare in maniera consapevole il principio del *tempus regit actum* cercando di approfondire singolarmente la definizione del concetto di *tempus* nell'ambito del processo penale e capire quali sono le barriere frappostesi al tentativo di superare la severa applicazione del principio dell'immediata efficacia della legge nel processo penale mitigandolo con l'applicazione della retroattività favorevole, tipica delle norme penali di natura sostanziale.

Il principio dell'irretroattività comporta la necessità di fissare dei criteri convenzionali attraverso cui individuare oggettivamente il momento, cui fare riferimento, per individuare quale sia la disciplina normativa applicabile.

È riscontrabile una reale differenziazione, rispetto al momento al quale ricondurre la disciplina normativa applicabile: il *tempus commissi delicti* per le norme penali sanzionatorie, al quale si contrappone il tempo del verificarsi dell'accadimento, preso in considerazione per ogni altra tipologia di norma, e quindi, nello specifico, il "tempo della realizzazione dell'atto", in riferimento nella sua protasi, nell'ambito del procedimento penale⁴⁴.

Questa diversificazione temporale cui fare riferimento, per individuare la disciplina normativa applicabile, è stata il punto critico basilare che ha portato la dottrina ad affermare la negazione dei tentativi di estensione dell'applicazione della norma più favorevole al reo anche all'ambito della disciplina processuale.

Già dal 1950 si era tentato un approccio dottrinario volto all'assimilazione, sotto il profilo della retroattività della legge penale più favorevole al reo, delle disposizioni processuali penali a quelle materiali, vedendolo come un passaggio logico del tutto ovvio, poiché «*chi vorrà negare che pure il giudizio possa essere congegnato in modo più o meno favorevole al reo?*»⁴⁵. Questi tentativi vennero abissati rispondendo che era sufficiente osservare come l'allora terzo comma (oggi quarto) dell'art. 2 c.p. istitutivo della retroattività in circostanze più favorevoli al reo⁴⁶, facesse riferimento esclusivamente al *tempus commissi delicti* e non al *tempus acti* in modo da escludere ogni aspirazione applicativa della retroattività alle disposizioni di natura processuale⁴⁷.

L'unico ambito della disciplina processuale penale in cui, per espressa statuizione legislativa, il principio del *tempus regit actum*, viene ad essere inteso con riferimento al momento della commissione del fatto di reato (*tempus commissi delicti*) è quello dell'individuazione del giudice competente, in quanto «*per determinare la*

⁴³ F. C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (traduzione dall'originale tedesco a cura di V. SCIALOJA), vol. IV, Torino, 1889, p. 298.

⁴⁴ Cfr. O. MAZZA, *Lo chassé-croisé della retroattività in margine alla "legge Severino"*, in *Archivio Penale*, 2014, pp. 1-11.

⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 197.

⁴⁶ Art. 2, quarto comma, c.p. «*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*».

⁴⁷ G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 162.

competenza si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato»⁴⁸, ma la connessione è inevitabile poiché la pena viene ad essere stabilita all'interno delle norme di ordine sostanziale.

La competenza del giudice, una volta stabilita, risulta essere bloccata in rispondenza della statuizione costituzionale dell'art. 25, primo comma, Cost., secondo cui «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». Tale determinazione costituzionale dovrebbe essere interpretata, in senso garantista, nel senso che il giudice competente deve essere individuato secondo le norme vigenti nel momento in cui il reato è stato commesso ed una volta individuata la competenza, questa, non può essere modificata da alcuna successiva determinazione di legge⁴⁹. Di tale problematica si parlerà in seguito poiché ricorrono differenti prospettive di vedute sia in ambito giurisprudenziale, sia in ambito dottrinario.

In esecuzione di tale principio, si rileva la coerenza di quanto sancito nell'art. 258 delle Disposizioni di Attuazione al Cod. Proc. Pen. del 1988, secondo cui «ai fini della determinazione della competenza per materia e per territorio le disposizioni del codice si applicano solo per i reati commessi successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso»⁵⁰.

1.2. Significato del concetto di "actus".

Il processo penale è una concatenazione di atti giuridici che si susseguono inesorabilmente al fine di scaturire l'avanzamento delle dinamiche processuali; ogni: ogni singolo atto, trova la sua ragione in quello immediatamente precedente e costituisce il fondamento logico di quello seguente, anche se non sempre gli atti processuali si susseguono cronologicamente secondo un ordine predeterminato.

L'atto processuale penale ha l'attitudine intrinseca di produrre effetti giuridici nel contesto del "procedimento" e del "processo" penale; lo spartiacque tra questi due momenti è determinato dal compimento di uno dei più importanti atti processuali tipizzato dal legislatore nell'art. 405 c.p.p.: l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; tutti gli atti che si realizzano prima dell'esercizio dell'azione penale, sono riferibili agli atti della fase delle indagini preliminari e si classificano già come atti facenti parte della sequenza del procedimento, mentre gli atti che seguono sono strettamente atti ascrivibili al processo⁵¹.

Per enucleare la nozione di "atto penale processuale" dobbiamo dapprima indicare quale sia la distinzione tra "atti giuridici processuali" e "fatti giuridici processuali" utilizzando come criterio di discernimento la valutazione circa la presenza

⁴⁸ Art. 4, c.p.p..

⁴⁹ Cfr. G. LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2009, pp. 76-77.

⁵⁰ Art. 258, Disp. trans. c. p. p.

⁵¹ La mancanza, nell'intitolazione del libro II del c.p.p., dell'aggettivo «processuali» accanto al sostantivo di «atti», determina l'applicabilità delle disposizioni anche agli atti del procedimento mettendo in luce una differenziazione soltanto dal punto di vista logistico ma non normativo, così è evidenziato da G. P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, (diretto da) G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, Padova, 2012, p. 174.

o meno di una componente psichica, la volontarietà: si può parlare di atto giuridico solo quando il carattere della volontà sia espressamente preso in considerazione dall'ordinamento giuridico quale requisito specifico per l'attribuzione di effetti giuridici⁵².

Questa tesi viene fortemente criticata in dottrina sulla base del ragionamento, elaborato principalmente da Lozzi, per cui sarebbe assurdo andare ad escludere dalla categoria di atti processuali penali tutta una serie di comportamenti tenuti secondo un *modus agendi* per cui lo stesso legislatore non ne richiede la volontarietà⁵³.

Pertanto, per una effettiva nozione di atto processuale penale, dobbiamo andare ad elaborare una classificazione sia su di un piano soggettivo e sia su di un piano oggettivo, pur in assenza di una specifica definizione legislativa.

Dal punto di vista soggettivo l'atto processuale, risulta posto in essere esclusivamente da un soggetto, sia pubblico che privato, facente parte del processo in cui l'atto ha effettiva rilevanza; mentre, sul piano oggettivo deve essere individuato come la trasformazione della realtà causata da un comportamento positivo, realizzatosi secondo uno schema preventivamente disposto dal legislatore ed ancorché sia carente dell'elemento della volontarietà⁵⁴.

In contrapposizione alla definizione di atto processuale, il quale presuppone un'azione di natura positiva, dobbiamo inquadrare le caratteristiche dell'omissione che, per una parte della dottrina, può potenzialmente essere rilevante come *actus* processuale solo se sia espressamente «*richiesta la volontarietà del comportamento omissivo costituendo, invece, un fatto allorquando quando il legislatore prescinda dalla volontarietà dell'omissione*»⁵⁵; tale costruzione sull'omissione si fonda sull'avvenuta introduzione dell'istituto della restituzione in termini sancito nell'art. 175 c.p.p.⁵⁶, il quale determina che la decadenza determinata da omissione si considera come non avvenuta ove risulti conseguenza di caso fortuito o forza maggiore⁵⁷.

La dottrina contrapposta a tale tesi, sostiene che l'omissione non abbia in alcun modo rilevanza di *actus* processuale penale, poiché alla «*fenomenologia giudiziaria manca la specie omissiva*»⁵⁸.

⁵² Cfr. L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in G. Dean (a cura di), *Trattato di procedura penale. Soggetti e atti*, diretto da G. Spangher, vol. I, tomo II, Torino, 2009, pp. 1-2.

⁵³ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, p. 153.

⁵⁴ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, pp. 153 e ss.

⁵⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, p. 153.

⁵⁶ Art. 175, primo comma, c.p.p.: «*Il pubblico ministero, le parti private e i difensori sono restituiti nel termine stabilito a pena di decadenza, se provano di non averlo potuto osservare per caso fortuito o per forza maggiore. La richiesta per la restituzione nel termine è presentata, a pena di decadenza, entro dieci giorni da quello nel quale è cessato il fatto costituente caso fortuito o forza maggiore*».

⁵⁷ Tale orientamento è sostenuto da G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, p. 152 e da G. P. VOENA, *L'atto processuale penale*, in *Compendio di procedura penale*, diretto da G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, Padova, 2012, p. 172.

⁵⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2004, p. 310.

Il significato attribuibile al termine *actus*, nell'ambito del brocardo oggetto della nostra analisi, ha notevolmente impegnato la dottrina poiché è proprio da questa interpretazione che discendono i canoni applicativi principio.

Secondo un'analitica indagine, sono criticabili le costruzioni dottrinarie che non valutano l'atto processuale, autonomamente, ma lo agganciano a determinate fattispecie globalmente considerate. È evidente che il concetto di *actus* non deve in alcun modo essere identificato con l'intero procedimento⁵⁹, poiché, se così fosse, tutto il processo continuerebbe ad essere sempre regolato dalle norme vigenti nel momento della sua instaurazione; inoltre, è ulteriormente erronea anche l'identificazione del concetto di *actus* riferito ai vari stati e gradi del processo considerandoli come un insieme unitario⁶⁰.

A tali teorie, si sono efficacemente opposte quelle che valutano l'atto processuale come scisso ed autonomo da tutto il contesto in cui si colloca e che «*il principio del tempus regit actum, agli effetti delle leggi processuali penali, va applicato non all'intero procedimento o alle singole sue fasi considerate nella loro caratteristica di fattispecie complesse, ma ai singoli atti di dette fattispecie*»⁶¹.

Basandoci su quanto detto, nell'applicazione concreta del principio del *tempus regit actum* riguardo all'*actus* propriamente processuale, osserviamo il generarsi di un doppio ordine di conseguenze: in presenza di atti processuali che siano già compiuti sotto l'impero di una legge ormai abrogata, questi mantengono in pieno la loro validità poiché la nuova legge processuale non può retroagire; invece, per gli atti ancora da compiere, si determina l'applicazione della nuova disciplina ancorché siano atti connessi a quelli compiuti in vigenza della precedente disciplina⁶².

2. Analisi dei limiti imposti alla retroattività della norma penale processuale.

In via preliminare è opportuno specificare la mancanza effettiva di una nozione di retroattività generalmente e universalmente condivisa; possibilmente, lo «*sconfortate panorama offerto dalle elaborazioni dottrinali, alle quali corrispondono sostanzialmente gli orientamenti giurisprudenziali, è stato probabilmente determinato anche dalla mancanza di una chiara definizione legislativa del concetto a cui fare riferimento*»⁶³.

L'efficacia retroattiva della norma non deve assolutamente essere confusa con l'idea di una norma che «*agisce nel passato*», poiché appare del tutto logico ed evidente come il passato sia una realtà inevitabilmente immodificabile; la retroattività deve,

⁵⁹ Teorie di tale portata furono sostenute da G. CONSO, *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria: struttura ed efficacia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 1150 e ss..

⁶⁰ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 120.

⁶¹ G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 159-160.

⁶² Cfr. G. TOSCANO, *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema Corte in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 2006-2023.

⁶³ O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 59.

invece, essere valutata come possibilità di una norma che agisce «*solo sul passato*»⁶⁴: la norma giuridica retroattiva si limita ad introdurre una valutazione giuridica di atti già compiuti anteriormente alla sua entrata in vigore.

Dal momento in cui escludiamo dalla parola “retroattività” il suo significato naturale di “agire indietro”, cioè di agire nel passato andando a distruggere ciò che è accaduto e creando ciò che non è mai esistito, dobbiamo valutare quali sono le possibili chiavi di lettura del principio intertemporale di retroattività.

La dottrina evidenzia genericamente, cioè senza riferibilità diretta alla materia penale, tre differenti nuclei di concetti che possiamo attribuire genericamente al principio di retroattività.

Il primo significato è riconducibile all’applicazione della legge nuova a fatti già compiuti ed esauriti sotto la vigenza della legge precedente, la retroattività della legge nuova comporterebbe la *resolutio ex tunc* di questi rapporti con l’eventuale scardinamento delle sentenze già passate in giudicato.

Il secondo significato di retroattività è riferito all’applicazione della legge nuova a tutte le controversie che sorgono o che sono ancora pendenti nel momento in cui essa entra in vigore anche se abbiano per oggetto dei fatti compiuti sotto la vigenza della legge abolita, in questo modo risulterebbero rispettate tutte le sentenze passate in giudicato prima della legge abolita.

In ultimo, la retroattività può essere applicata esclusivamente nel limite dei fatti nuovi ma che abbiamo una certa relazione con i fatti precedenti⁶⁵.

A ben vedere, i limiti all’operabilità della retroattività sono molteplici e si pongono su prospettive differenti da analizzare.

Partiamo dal mettere in evidenza un limite che rispecchia il rapporto sinallagmatico tra Stato e cittadino e si basa sul c.d. dovere di fedeltà disciplinato dall’art. 54, primo comma, Cost. secondo cui «*tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*»⁶⁶.

Il dovere di fedeltà ha una doppia portata: oltre che ad avere una portata generale, viene specificato, in ambito costituzionale, in riferimento al dovere specifico del cittadino di osservare la Costituzione e le leggi della Repubblica; questo dovere, però, deve presupporre il reciproco dovere del legislatore di realizzare norme delle quali ne sia prevedibile l’osservanza.

L’art. 54 Cost. comporta, pertanto, «*la fedeltà a norme e ad un assetto istituzionale espressivo, tra gli altri, dei principi di libertà, uguaglianza, responsabilità, autonomia, solidarietà. È conseguente, allora, ritenere che lo stesso dovere di fedeltà possa venire in discussione quando proprio le leggi, di cui si esige l’osservanza, violano i principi fondamentali ai quali devono necessariamente ispirarsi o quando le stesse istituzioni non conformano la loro azione al rispetto*

⁶⁴ La costruzione dottrinarina è stata elaborata da O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 6.

⁶⁵ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Napoli, 1929, p. 98.

⁶⁶ Il punto di partenza, fondato sul c.d. dovere di fedeltà, è suggerito da G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p.22.

di quei principi»⁶⁷; con tale riflessione, è stata messa in evidenza l'aberrazione alla quale si giunge nel momento in cui uno dei due soggetti, del rapporto di fedeltà, viene meno al patto iniziale fondato sul *do ut des*.

I fondamentali argomenti contro la generale retroattività delle leggi trovano una sistematicità, già consapevolmente costruita, nell'«*In Verrem*» di Cicerone⁶⁸ che si esprime in riferimento alla limitazione dell'applicazione retroattiva di una legge dettata dall'esigenza di tutelare la prevedibilità della norma al fine di poter orientare il proprio agire; viene inoltre richiamata l'esigenza di rispettare l'autonomia privata e la volontà di voler tutelare la sicurezza del diritto.

Nell'ordinamento italiano il divieto della retroattività ha assunto dignità costituzionale nell'art. 25, secondo comma, Cost., esclusivamente in riferimento alla materia penale mentre per le norme di natura extrapenale, la irretroattività viene generalmente connessa al principio sancito nell'art. 11 delle Disp. prel. c.c..

Riprendendo sinteticamente il ragionamento svolto nei paragrafi precedenti, vediamo il fondamento al divieto di retroattività della norma nell'ambito del processo penale.

L'intero svolgimento del processo penale è ricondotto dagli interpreti, sotto l'ombrello applicativo dell'art. 11 delle Disp. prel. c.c., il quale fonda il principio di irretroattività della norma da un punto di vista generale; tale passaggio si è reso necessario mancando una statuizione legislativa che specificatamente regolasse il processo penale dal punto di vista del diritto intertemporale.

Per tutta la serie di ragioni espresse dettagliatamente nel primo paragrafo di questo capitolo, è evidente come sia possibile, se non addirittura del tutto ragionevole, estendere l'applicabilità del dettato costituzionale espresso nell'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle norme procedurali della materia penale e divenire, così, un principio di portata supernormativa che sia vincolante per il legislatore ordinario.

Il problema essenziale si riscontra nell'analisi del principio del *tempus regit actum*, in quanto nega e consente contestualmente due principi posti agli antipodi: pur affermando il principio d'irretroattività, secondo la quale gli atti processuali compiuti conservano validità anche sotto l'impero della legge successiva, prevede l'immediata efficacia ed applicabilità delle norme nel momento stesso in cui entrano in vigore in riferimento a quelli che sono gli atti da compiere.

Se non ci soffermiamo esclusivamente su di un aspetto meramente concettuale, vediamo come l'immediata efficacia delle norme e la retroattività siano, in effetti, due concetti contingenti e limitrofi sul piano applicativo poiché un atto processuale "nuovo" si ritrova ad essere regolato dalle norme vigenti esattamente nel momento della sua realizzazione ma tali novelle potrebbero essere completamente differenti rispetto a quelle in vigore nel momento in cui il soggetto abbia realizzato il reato (*tempus commissi delicti*), ovvero potrebbero essere norme discordanti rispetto a quelle vigenti nel momento in cui vi è stata l'instaurazione del processo.

⁶⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 238.

⁶⁸ Cfr. CICERO, *In Verrem*, 2, 1.



9/2017

Vediamo che si creano delle inevitabili dinamiche di incongruenza interna tra le norme che si susseguono nel tempo, regolatrici dei vari atti del processo penale, che, seppur considerati autonomamente, sono comunque connessi perché appartenenti al medesimo processo: infatti, un atto processuale potrebbe essere disciplinato da una norma completamente differente rispetto sia a quella in vigore in precedenza e sia a quella disciplinante l'atto processuale antecedente ma comunque connesso al medesimo filo processuale.

In questo senso, viene definito il *tempus regit actum* come principio che sancisce l'irretroattività della norma sugli atti già compiuti ma che determina, al tempo stesso, l'immediata efficacia delle norme nuove che si innestano andando a regolare gli atti del processo nella fase in cui trova.

Parlando di immediata efficacia è sibillino il richiamo alla retroattività poiché sono norme che operano immediatamente su atti ancora da compiere ma che comunque si instaurano in un processo nel quale si decide su avvenimenti realizzatesi in un tempo passato.

L'imputato, valutato dal punto di vista di soggetto-agente che pone in essere il reato, si trova quindi ad essere giudicato in base alle norme vigenti nel momento in cui ogni singolo atto viene ad esistenza nel corso del processo: ma come si può escludere che l'agente nel momento in cui ha realizzato il delitto non abbia orientato la sua azione criminosa sulla base di calcoli di prevedibilità che coinvolgevano oltre che l'aspetto di diritto penale sostanziale anche la disciplina processuale?

Fondamentalmente è questo il fulcro del problema che da molti non viene preso in considerazione sulla base di giustificazioni che si fondano sul ritenere non pregiudicante per l'imputato un'eventuale modificazione legislativa di norme di carattere meramente processuale quando, in realtà, «*il bene tutelato, cioè la libertà personale, può venire ugualmente aggredito tanto dalla legge penale sostanziale quanto da quella procedurale*»⁶⁹; inoltre, come viene evidenziato dai giudici *a quibus* innanzi alla Corte Cost., nella medesima sentenza, «*l'attività giurisdizionale, valutata nel concreto, ha fondamentalmente funzione di garanzia, da cui deriva la logica conseguenza dell'assimilazione delle norme processuali penali alle norme sostanziali, quando si risolvano in danno dell'imputato*»⁷⁰.

La potenziale retroattività della norma si scontra inevitabilmente con la necessità di rispettare il carattere della prevedibilità delle statuizioni legislative ma, è bene notare che un'eventuale violazione viene percepita maggiormente sul piano sostanziale piuttosto che sul piano processuale; con questo non si vuole escludere, però, che anche un'applicazione retroattiva della norma processuale comporta un'incisiva violazione delle garanzie legate alla previa conoscibilità della norma.

Perché, allora, il legislatore ha ritenuto necessario dover esplicitare, a livello normativo, solo per la norma sostanziale, i limiti alla retroattività?

⁶⁹ C. Cost., sent., 1° febbraio 1982, n. 15, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

⁷⁰ C. Cost., sent., 1° febbraio 1982, n. 15, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

Intendiamo riferirci al fatto che il legislatore ha ritenuto di dover dedicare una disciplina *ad hoc* in ambito sostanziale, contenuta nell'art. 2 c.p., che regolasse la successione delle norme nel tempo per evitare che il soggetto venisse pregiudicato da una norma successiva *in peius* ma che potesse beneficiare della norma successiva *in mitus* mentre nessuna previsione risulta essere determinata per le norme di carattere processuale.

Le norme sostanziali e le norme processuali sono due facce della stessa medaglia pertanto la piena tutela del soggetto prevista soltanto per le norme di natura materiale, non realizza fino in fondo l'obiettivo preposto poiché le norme sostanziali e le norme processuali, in ambito penale, sono complementari e non dovrebbero essere disciplinate disgiuntamente.

L'altro problema sostanziale, che nasce in riferimento all'immediata efficacia delle norme processuali, oltre ad al fatto che si attivano *in itinere*, è in riferimento alla incompletezza ed imprecisione delle disposizioni transitorie che vengono dettate di volta in volta dal legislatore⁷¹ rendendo di difficile applicazione la novella e non facilitando l'armonizzazione con la disciplina preesistente.

Non è trascurabile il particolare per cui, trovandoci nell'ambito della materia penale, ci troviamo in un campo in cui si incide sulla libertà del soggetto e quindi se davvero si volesse rispettare tale diritto fondamentale, proclamato con vigore in Carte e Costituzioni, si dovrebbe dover pensare ad una tutela del soggetto a tutto tondo.

Il soggetto dovrebbe essere visto da una duplice prospettiva: è l'autore del reato ma è al tempo stesso imputato, ed intendiamo riferirci a lui come reale protagonista del processo penale; voler puntare alla sua tutela soltanto dalla prospettiva del soggetto che commette il delitto e che deve essere messo al riparo da interventi legislativi più severi, non può essere considerata una vincente strategia d'azione per la tutela del *favor libertatis* che viene inevitabilmente depauperato.

2.1. Teoria dell'affidamento nel sistema processuale penale.

«Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si riunirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle; ma non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare, il quale cerca sempre di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri»⁷².

⁷¹ E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2006, vol. I, p. 53.

⁷² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in L. FIRPO (diretta da), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. I, Milano, 1984, p. 25-26.

La riflessione iniziale mette in luce l'idea del c.d. contratto sociale⁷³, elaborata dal punto di vista di Beccaria, considerato quale base del rapporto tra lo Stato e il cittadino: lo Stato come depositario della sovranità ma allo stesso tempo garante delle libertà dei singoli soggetti che hanno scelto di privarsi del loro assoluto libero arbitrio in favore della *securitas* sociale.

Il principio di determinatezza e di necessaria chiarezza delle leggi è già valutato come fondamentale da Beccaria⁷⁴ anche se il suo «*impeto generoso non è dunque bastato né poteva bastare*»⁷⁵.

Alla base del contratto sociale vi è un rapporto sinallagmatico che prevede il reciproco scambio di fiducia tra le parti, che si trovano alleate, al fine di perseguire il bene comune; questa reciprocità comporta una conseguente condizione di parità tra le parti poiché la legittimazione dello Stato deriva inevitabilmente dai singoli cittadini che sottostanno volontariamente alla legge: pensiamo paradossalmente dal limite estremo di tale costruzione secondo cui «*la legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere*»⁷⁶.

Questo «patto di alleanza», se così può essere definito, è oggi sancito dalla Costituzione ai sensi primo comma dell'art. 54⁷⁷, nel quale è consacrato un duplice dovere del cittadino di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alle leggi ed alla Costituzione.

Nell'interpretazione dell'articolo nascono delle difficoltà nel momento in cui si vogliono apporre i confini a tale dovere poiché il concetto di fedeltà si ritrova ad essere molto più vicino all'ambito della morale rispetto a quello del diritto richiamando concetti come lealtà, fiducia, correttezza⁷⁸; d'altro canto non si può pensare che tale dovere da parte del cittadino sia sconfinato poiché, essendo il fondamento della limitazione di alcune libertà, pensarlo senza limitazioni sarebbe come privare il cittadino di qualsiasi spazio residuo di libertà e non sarebbe più un contratto sociale ma una forma di asservimento totale allo Stato che svilirebbe il concetto stesso di Repubblica, facendo venire meno una delle due parti.

Prospettando un'idea di sottomissione del cittadino, dovremmo pensare ad un assoggettamento esclusivamente alla legge stessa affinché si possa perseguire una comune libertà; quest'idea può sembrare paradossale o comunque riconducibile ad una riflessione prettamente filosofica ma è presente già sin dai tempi di Cicerone, secondo cui «*legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*».

⁷³ L'idea del «contratto sociale» è propria della teoria del giusnaturalismo che vede l'uscita degli uomini dallo stato di natura per fondare la società civile.

⁷⁴ Cfr. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007, p. 49.

⁷⁵ F. CARNELUTTI, *Fondazioni della riforma penale*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 25.

⁷⁶ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI, in *Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante, Milano, 1968, p. 50.

⁷⁷ Art. 54, primo comma, Cost.: «*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*».

⁷⁸ Cfr. G. M. SALERNO, sub *Art. 54*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2008, p. 1078.

Il presupposto per il perseguimento concreto di questi obiettivi è contenuto nell'idea di certezza del diritto poiché una «*legge incerta tradisce la sua missione di legge*»⁷⁹.

La certezza del diritto che spinge l'uomo a fidarsi ed affidarsi all'ordinamento non deve essere relazionata esclusivamente con il dato sostanziale poiché, anche tutte le norme che regolano l'aspetto processuale hanno un'incidenza equivalente sul soggetto che, se venisse privato di certezza nell'ambito processuale, sarebbe come se non vi fosse stata certezza anche sul piano sostanziale. Tale assunto risulta essere fondamentale in particolare modo «*in un mondo come quello del processo, che è votato istituzionalmente all'incertezza*»⁸⁰.

Introdurre una nuova norma processuale ed attribuirle immediata efficacia non è forse violazione diretta del principio di certezza del diritto?

La domanda ci porta subito *in media res*, tantoché non possiamo parlare di affidamento nel sistema processuale senza riferirci al principio di certezza del diritto e senza notare, sin da principio, come siano due aspetti intrinsecamente connessi.

La riflessione sull'elaborazione della teoria dell'affidamento in ambito processuale, presume che «*il processo, in cui la lite viene portata di fronte al giudice, e in cui per così dire tutta l'esperienza giuridica si rivela e si manifesta pienamente per quello che è e in cui l'azione è costretta a ripiegarsi su stessa per giustificarsi mentre chiede giustizia, è il risultato del diritto certo. E il soggetto è nel processo sempre presente, perché appunto difende se stesso e la sua aspirazione al certo, e invoca la difesa del diritto perché la sua propria aspirazione, che è anche quella del diritto, non sia delusa ma trovi integrale soddisfazione*»⁸¹.

Che cosa intendiamo per affidamento nel sistema processuale?

Sostanzialmente niente di differente rispetto a quello che si intende per affidamento rispetto alle norme sostanziali; l'imputato si affida completamente al sistema processuale: nel senso di non voler essere pregiudicato da eventuali cambiamenti normativi che inevitabilmente assumono immediata efficacia con esclusivo riferimento ad atti futuri non ancora compiuti.

Il principio del *tempus regit actum* è verosimilmente incompatibile con la teoria dell'affidamento perché, se ci soffermiamo a riflettere, su cosa effettivamente potrebbe fare affidamento il soggetto?

L'affidamento presuppone la sicurezza nel diritto ma in una normativa vittima dei mutamenti legislativi la certezza non sembra essere tra i baluardi del sistema; sicuramente non ci può essere un reale affidamento in un processo regolato da logiche che prediligono la sistematicità e la razionalità piuttosto che la tutela del *favor libertatis*.

Il rapporto tra governati e governanti, di cui abbiamo parlato nella parte iniziale, risulta essere inesistente poiché viene meno il sinallagma su cui si fonda, non c'è, infatti, reciprocità nell'instaurarsi di una sovranità che si fonda sulla rinuncia di una fetta di

⁷⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI, in *Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Milano, 1968, p. 53.

⁸⁰ S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 121.

⁸¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI, in *Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Milano, 1968, p. 123.

libertà del soggetto, al fine di garantire la tutela della libertà stessa, ma senza restituire la promessa funzione regolatrice e diventando, essa stessa, entità da cui difendersi.

Per la soluzione del problema dobbiamo fissare un momento a partire dal quale venga a cristallizzarsi la normativa processuale per un determinato soggetto ed è proprio su questa sulla quale il soggetto farà affidamento: in questo modo, al fine di tutelare il singolo, si verrebbe a sancire l'ultrattività di ogni norma sulla quale possa ragionevolmente fare affidamento⁸².

In riferimento a questa potenziale soluzione parte della dottrina ha sollevato la problematica concreta di andare ad oggettivare dei criteri, validi *erga omnes*, per individuare un momento al quale riferirsi per fissare la normativa, poiché sarebbe ingestibile un approccio di natura meramente soggettiva che richiederebbe inevitabilmente di andare a «*sondare l'atteggiamento psicologico di ogni imputato o parte processuale*»⁸³.

Probabilmente la possibilità che la disciplina successiva possa essere più favorevole per l'imputato rispetto a quella precedente, potrebbe essere una reale complicazione poiché se la norma precedente più sfavorevole venisse cristallizzata, in ragione della tutela dell'affidamento, si tutelerebbe l'affidamento del soggetto ma si pregiudicherebbero altre garanzie dell'imputato⁸⁴: in questo modo verrebbe meno la funzione stessa della tutela del legittimo affidamento che è quella di garantire effettivamente le posizioni di vantaggio del soggetto.

La nostra Corte Cost. «*si è fatta carico di portare avanti un processo di progressiva emersione del principio in parola sganciandolo da una sua esclusiva applicazione alla sola attività amministrativa per proiettarne la valenza garantista anche nei riguardi del legislatore*»⁸⁵, si è quindi ampliato l'orizzonte di tutela estendendolo funzionalmente al legislatore come primo garante di tale diritto.

Il giudice delle leggi, pur in mancanza di un richiamo esplicito a tale fattispecie nella Costituzione, ha svolto un ruolo sostanziale nella definizione dell'importanza di tutela del legittimo affidamento inquadrando l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica come «*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*»⁸⁶.

Con lo specifico riferimento all'eventualità di disposizioni con efficacia retroattiva, la Consulta ha ribadito che il legittimo affidamento «*non può essere leso da*

⁸² Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 234.

⁸³ O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 235.

⁸⁴ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umbertis e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 235.

⁸⁵ F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Diritto pubblico*, 2014, pp. 583-628.

⁸⁶ C. Cost., sent., 17 dicembre 1985, n. 349, in <http://www.cortecostituzionale.it/>; in riferimento al legittimo affidamento, si esprime nella stessa direzione la C. Cost., sent., 2 luglio 1997, n. 211, in <http://www.cortecostituzionale.it/> e la C. Cost., sent., 26 luglio 1995, n. 390, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

disposizioni retroattive, le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti»⁸⁷.

La cospicua e consolidata giurisprudenza della Corte Cost. si è riferita alla necessità di tutelare l'affidamento del soggetto su più fronti, inquadrandolo ripetutamente come elemento fondante del c.d. Stato di diritto ma capiamo l'importanza di tale tutela proprio nell'ambito penalistico poiché in gioco non ci sono interessi di natura patrimoniale ma interessi che riguardano la libertà del soggetto. Ledere la tutela dell'affidamento è riconducibile, in tal senso, ad uno svilimento della dignità del soggetto poiché è come se in una partita il giocatore in vantaggio si arroghi il potere di cambiare le regole del gioco in corso d'opera.

Con questa riflessione si è voluto mettere in luce un aspetto proprio del principio dell'affidamento che abbandona la sua tradizionale visione di mera staticità e conservazione ma lo incornicia in una garanzia effettiva in relazione alla salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive che si siano consolidate in capo al cittadino⁸⁸.

3. Tentativo di mitigare la rigidità del principio del “*tempus regit actum*”: applicabilità dell'art. 2 c.p. alla materia processuale.

Arrivando al nocciolo duro della questione dobbiamo necessariamente analizzare, in via preliminare, il rapporto sussistente tra la norma penale sostanziale e la norma penale processuale per fissare le ragioni sulle quali si fonderebbe il tentativo di estendere il principio di retroattività favorevole, disciplinato nell'art. 2 c.p., anche a norme di natura processuale; il motto di tale articolo può essere compendiato nella formula secondo cui «*la legge è uguale per tutti*»⁸⁹.

La legge penale è indiscutibilmente una tipologia di norma che differisce completamente dalle altre e viene, da sempre, considerata come un'arma a doppio taglio poiché nel momento stesso in cui punisce un soggetto, che si sia reso autore di una fattispecie delittuosa, interviene incidendo sul suo diritto fondamentale alla libertà personale; per tali ragioni risulta sempre necessario realizzare una duplice attività di contemperamento tra i diversi interessi in gioco: la prima da parte del legislatore nella fase dell'elaborazione del dato normativo e la seconda ad opera del giudice nella fase applicativa.

Parlare di norma penale potrebbe, nell'immediato, far pensare esclusivamente all'ambito sostanziale poiché, definendo le differenti fattispecie delittuose e stabilendo il *quantum* della sanzione, sembra essere quello che maggiormente adempie lo scopo prefissato dall'ordinamento: l'esigenza di ripristinare la tranquillità sociale intervenendo con incisività per ripristinare la situazione lesa.

⁸⁷ C. Cost., sent., 4 novembre 1999, n. 416, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

⁸⁸ Cfr. F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Diritto pubblico*, 2014, pp. 583-628.

⁸⁹ F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 194.

In realtà, parte integrante della norma penale, oltre che al riferimento sostanziale, è l'aspetto procedurale poiché le modalità con cui una fattispecie viene accertata ed i criteri con cui viene irrogata la sanzione risultano essere risvolti differenti di una medesima circostanza ma comunque inscindibili tra loro.

La possibilità di poter considerare indipendentemente l'aspetto sostanziale e l'aspetto procedurale della norma penale è la ragione per cui si è pervenuti ad una disciplina codicistica separata che soddisfa esigenze di natura meramente didattica.

Per comprendere come, tra le due discipline, vi sia un rapporto di fusione concettuale dobbiamo, seppur in maniera succinta, far riferimento agli sviluppi storici dell'una e dell'altra disciplina; in particolare è da evidenziare che solo «ragioni di semplicità e comodità espositive fanno sì che i segmenti della prima categoria, quelli che riguardano fattispecie ed effetti, siano denominati diritto penale sostanziale» e «i segmenti della seconda categoria, che riguardano i modi di accertamento della fattispecie e di irrogazione ed esecuzione degli effetti, siano denominati diritto processuale penale, dando luogo a distinte fonti di cognizione (codici) ed a distinti insegnamenti»⁹⁰.

La procedura penale, nei primi decenni del secolo scorso, era una disciplina insegnata congiuntamente al diritto penale ed ha acquisito autonomia didattica, negli ordinamenti istituzionali dei corsi di laurea in Giurisprudenza, solo nel 1938.

La separazione dell'insegnamento delle due discipline è stata dettata da esigenze meramente formative ma è l'unione originaria che deve farci riflettere: il processo penale non può essere considerato come una mera *pratica causarum* ma, anzi, lo spessore dei valori coinvolti risulta avere una portata paragonabile a quelli che vengono tutelati dalle norme di natura sostanziale⁹¹.

I due aspetti possono essere definiti come simbiotici poiché, per realizzare concretamente le finalità del sistema, devono essere considerati contestualmente senza lasciarsi tentare da idee di autonomia dell'uno o dell'altro aspetto; Carnelutti ci invita a non dimenticare che «del resto, anche il giudizio, come la pena, è un mezzo di repressione del reato, analogo alla medicina prescritta contro la malattia»⁹².

L'intero sistema penalistico deve essere considerato come la congiunzione, non trascurabile, tra l'anima sostanziale e l'anima processuale e, tra queste, risulta instaurarsi un rapporto di «reciproca implicazione»⁹³; non può, quindi, essere considerato come erroneo, affermare che per norma penale, complessivamente intesa, debba intendersi sia l'aspetto sostanziale che l'aspetto processuale poiché sono regole che devono essere considerate nello stesso spazio, nello stesso tempo e verso i medesimi destinatari.

Le finalità della norma penale, per come la stiamo valutando, si dirigono su due direttive che pur essendo diametralmente opposte, realizzano la sintesi di un sistema

⁹⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 19.

⁹¹ Cfr. G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, *Sistema penale e diritto processuale penale*, in G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusanò (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, p. 6.

⁹² F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 197.

⁹³ G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, *Sistema penale e diritto processuale penale*, in G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusanò (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, p. 4.

che possa ritenersi giusto: se da un lato si vuole tutelare la vittima di una fattispecie di reato, dall'altro si deve garantire che non venga usurpata la libertà dell'individuo.

Il principio del *favor libertatis* è alla base di un sistema penale che funzioni correttamente e di un ordinamento che possa essere definito civile; è il minimo che si possa fare per soddisfare il valore costituzionale della presunzione d'innocenza fino alla condanna definitiva.

La rotta da seguire per la tutela effettiva della libertà del soggetto è quella del principio del *favor rei* inteso come applicazione di una statuizione più favorevole nel caso di dubbio e quindi la determinazione del principio di irretroattività della norma, non in termini assoluti, ma relativi⁹⁴.

Con quanto affermato non si vuole in alcun modo intendere che debba perdersi di vista l'obiettivo primario di tutela della vittima del reato ma si vuole specificare che non si deve sacrificare gratuitamente la libertà di un individuo per l'inutile smania di voler trovare a tutti i costi un colpevole e pervenire ad una verità processuale che soddisfi esclusivamente le pretese della pubblica opinione poiché, in conclusione, risulterebbero esserci non più una ma ben due vittime: la prima lesa dal reato, la seconda lesa dal sistema.

La dottrina più garantista, nello specifico Gallo, ha giustamente elaborato la teoria della «*norma reale*» che rende al meglio l'idea della fusione tra l'aspetto penale sostanziale e l'aspetto penale processuale poiché «*consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie*»⁹⁵.

Tale ricostruzione parte del presupposto che a rilevare è la «*condizione di assoggettamento alla possibilità di una sanzione, in conseguenza della commissione di un certo fatto*» ed «*altrettanto evidente è che il prodursi dell'effetto sanzionatorio non può fare a meno di regole che disciplinano l'accertamento del fatto che condiziona l'assoggettamento a sanzione e le modalità che contrassegnano l'irrogazione e l'eventuale esecuzione della sanzione stessa*»⁹⁶; si matura una consapevolezza secondo cui tutte le norme che regolano i diversi aspetti si influenzano ed interagiscono tra loro non potendosi più considerare in modo dissociato.

La necessità per cui è stata evidenziata tale interconnessione nasce dall'esigenza di mettere in luce come aspetti così contigui ed inscindibili sono in realtà governati da regole intertemporali differenti che creano una contraddizione insuperabile all'interno del sistema.

Il tentativo è di fondare un'estensione dell'applicazione del principio della retroattività favorevole, disciplinato nel quarto comma dell'art. 2 c.p., anche a norme di natura processuale.

Il processo penale, oltre che ad essere governato dal principio del *tempus regit actum*, dovrebbe essere presieduto da un'impostazione per la quale: se nel corso del

⁹⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 84.

⁹⁵ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 18.

⁹⁶ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 18.

processo vi è l'introduzione di una nuova normativa prima che questa trovi immediata applicazione deve valutarsi in concreto quale sia quella più favorevole all'imputato.

La tutela del *favor rei* deve essere il fulcro anche delle dinamiche di natura processuale altrimenti si rischia di tutelare il soggetto soltanto sotto il profilo dell'essere il potenziale autore del reato ma non sotto il profilo dell'essere concretamente protagonista del processo.

Il punto di raccordo tra il diritto penale sostanziale ed il diritto penale processuale, deve essere rintracciato nella «teoria della pena» che «da ultimo capitolo del diritto penale materiale deve diventare il primo del diritto penale processuale», e paradossalmente «è probabile che il diritto penale materiale non si accorga nemmeno della perdita»⁹⁷.

Per essere più precisi, nella dimostrazione di come anche aspetti di natura processuale possano incidere direttamente sulla libertà del soggetto, possiamo enucleare tre settori principali di ordine processuale che sono in stretta correlazione con aspetti sostanziali: il regime delle prove, il regime dell'esecuzione penale con specifico riferimento alla parte in cui si definiscono i contenuti della pena ed infine il regime delle misure cautelari⁹⁸.

L'indirizzo che mostra tale prospettiva si basa sul presupposto che «i precetti che incidono su beni costituzionalmente tutelati, anche se contenuti nel codice di rito, soggiacciono alla stessa disciplina intertemporale delle norme di diritto sostanziale in applicazione analogica dell'art. 25, comma 2, Cost.», si intende sostenere, in particolare «che il legislatore costituzionale, parlando genericamente di «impossibilità di punire», avesse inteso estendere la regola dell'irretroattività della legge sfavorevole anche alla legge processuale. E siccome poi, malgrado la lettera della norma costituzionale, la irretroattività della legge penale più mite, non può essere negata neppure la retroattività delle leggi processuali ove esse siano più favorevoli per l'imputato»⁹⁹.

Sulla base di simili rilievi è stata elaborata, da vari illustri giuristi quali Gallo, Siniscalco, la categoria delle c.d. norme processuali a rilevanza sostanziale¹⁰⁰, riferita ad una categoria di norme che pur appartenendo alla normativa di carattere processuale dovrebbero godere delle medesime garanzie delle norme di natura sostanziali in quanto a queste equiparabili.

La dottrina più garantista ha realizzato una ricostruzione del tema evidenziando come la stessa analisi esegetica dell'art. 2 c.p. comproverebbe come tale articolo è solo

⁹⁷ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, p. 8.

⁹⁸ Cfr. E. M. AMBROSETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone.*, in *Commentario al Codice Penale*, vol. I, opera diretta da M. Ronco, con la collaborazione di E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti, Bologna, 2006, p. 225.

⁹⁹ G. TOSCANO, *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema Corte in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 2010.

¹⁰⁰ Cfr. M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, pp. 215 e ss.; sulla stessa linea si mantiene M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, pp. 105 e ss.

apparentemente riferito alle esclusive norme di carattere sostanziale mentre in realtà ricomprende anche l'applicabilità alle norme processuali penali¹⁰¹.

Una rapida ma necessaria panoramica dell'art. 2 del c.p. lo vede rubricato come «*Successioni di leggi penali*» e costituisce la disciplina *ad hoc*, dell'ambito sostanziale, volta a regolare la successione normativa delle norme penali sostanziali.

Nel primo comma dell'art. 2 c.p. viene ripreso il principio già sancito nella Carta Costituzionale nell'art. 25, secondo comma e si determina che nel rispetto del principio di legalità «*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*»¹⁰². Tale precetto costituzionale deve essere analizzato secondo una prospettiva che lo vede adempiere ad una duplice pretesa del sistema penale.

Nell'art. 2, primo comma, c.p. viene sancita esplicitamente la regola dell'irretroattività come regola fondamentale del diritto intertemporale nell'ambito penale sostanziale ed è subito evidente come vi sia un *vulnus* normativo nella disciplina processuale che non facendo alcun riferimento si è trovata vestita di un principio estraneo all'ambito penale, poiché di portata generale, sancito nell'art. 11 Disp. prel. c.c..

L'art. 11 Disp. prel. c.c. riprende in via ordinaria il principio dell'irretroattività affermando che la legge «*non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*» ma, in riferimento all'ambito processualistico, viene tradotto nella formula secondo cui «*ogni atto viene posto in essere secondo la norma vigente al momento del suo compimento*» pertanto saltano completamente tutte le aspirazioni di tutela dell'ordinamento.

Proseguendo nell'analisi dell'art. 2 c.p. possiamo sicuramente renderci conto di come il secondo, il terzo ed il quarto comma riguardano il principio della retroattività favorevole anche se declinati differentemente a seconda di esigenze di tutela diverse¹⁰³. Mentre il principio di irretroattività si riferisce specificamente alle ipotesi di interventi legislativi innovativi rispetto alla disciplina vigente durante il *tempus commissi delicti*, al contrario, il secondo comma dell'art. 2 c.p. sancisce la piena retroattività favorevole di una norma che determina l'*abolitio criminis*. La portata innovativa di tale disciplina è riconducibile al suo potere di travolgere eventualmente il giudicato di condanna e determinando l'immediata cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali.

Il terzo comma dell'art. 2 c.p.¹⁰⁴ non prevede l'abolizione del reato, infatti si presuppone che il fatto continui ad essere previsto come tale anche dalla legge posteriore, ma ciò che muta è la pena.

In tale previsione, è sancita la determinazione di sostituzione della pena nei casi in cui la norma successiva determini la previsione della pena pecuniaria rimpiazzando

¹⁰¹ Cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Umberto e G.P. Voena, Milano, 1999, p. 172.

¹⁰² Art. 2, primo comma, c.p.

¹⁰³ Cfr. B. ROMANO, sub *Art. 2*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, vol. I, in *Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Milano, 2014, p. 47.

¹⁰⁴ Il secondo comma dell'art. 2 c.p. è stato inserito con l'art. 14 l. n. 85 del 2006; precedentemente tale disposizione si ricavava interpretativamente dal precedente terzo comma dell'art. 2 c.p. (attuale quarto comma).

l'eventuale pena detentiva con la finalità di tutelare il principio di uguaglianza che persegue la garanzia del *favor libertatis*¹⁰⁵.

Il riferimento testuale realizzato dalla norma, nel secondo e terzo comma, rimanda chiaramente alle sole ipotesi di abolizione successiva del reato e di sostituzione della pena detentiva circoscrivendo l'ambito di applicabilità e non rendendo suscettibile un'estensione interpretativa all'ambito processuale.

L'elemento essenziale per il nostro studio è evidenziato nel quarto comma dell'art. 2 c.p. che si riferisce alla retroattività favorevole di leggi modificative poiché risulta essere interpretativamente estensibile all'ambito processuale: non riguarda specificamente l'*an* della punibilità ovvero il *quantum* pertanto è suscettibile di essere esteso anche agli aspetti che riguardano il *quomodo*.

L'applicazione di tale strumento intertemporale trova però un limite insuperabile nella sentenza passata in giudicato poiché si determina testualmente «*salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*»¹⁰⁶.

Le ragioni dell'intangibilità del giudicato vengono messe in luce dal Giudice delle leggi e sono ricondotte all'«*esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili*»¹⁰⁷.

Il concetto di favorevole è di difficile inquadramento e non trova alcun riscontro nell'ambito costituzionale se non per la materia penale, poiché essendo una materia particolarmente grave è bene porre l'individuo al riparo da qualsiasi arbitrio legislativo che leda il *favor libertatis*¹⁰⁸;

L'orientamento dottrinario predominante «*sostiene la necessità di un'indagine valutativa in concreto, che tenga conto dell'intera cornice normativa*» inoltre, ci si deve muovere realizzando una «*comparazione delle conseguenze effettivamente derivanti dall'applicazione dell'una o dell'altra norma*»¹⁰⁹.

Verosimilmente, la materia penale sembrerebbe essere l'unica materia nella quale la determinazione di cosa sia favorevole o no possa essere individuato secondo caratteri oggettivi che non sono in balia della relatività poiché in gioco vi sono diritti fondamentali dell'individuo.

Certamente nella valutazione riguardo quale sia la norma più favorevole non è consentita la creazione di un *mixtum compositum*, ad opera esclusiva dell'interprete, che miri a realizzare una coesione dei vari aspetti favorevoli contenuti nelle singole norme in successione tra loro poiché si realizzerebbe una completa violazione dei principi di legalità e tassatività¹¹⁰, conducendo «*soltanto alla applicazione di un diritto desiderato ma inesistente*»¹¹¹.

¹⁰⁵ Art. 2, secondo e terzo comma, c.p.

¹⁰⁶ Art. 2, quarto comma, c.p.

¹⁰⁷ C. Cost., sent., 20 maggio 1980, n. 74, in <http://www.cortecostituzionale.it/>.

¹⁰⁸ Cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p.75.

¹⁰⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012, pp. 242-243; nella stessa ottica si esprime G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 93.

¹¹⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012, p. 243.

¹¹¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 128.

La creazione di una *tertia lex*, in via interpretativa, non è ammessa dal nostro ordinamento pertanto deve applicarsi «integralmente quella delle due che, nel suo complesso, risulti, in relazione alla vicenda concreta oggetto di giudizio, più vantaggiosa al reo»¹¹².

L'unico limite, alla possibilità applicativa dei primi quattro commi dell'art. 2 c.p., è contenuto nel quinto comma il quale stabilisce che «se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti»¹¹³; tale previsione, alla retroattività prevista nel quarto comma precedente, determinando la c.d. ultrattività delle disposizioni¹¹⁴.

Per localizzare l'ambito di estensione di tale limite predisposto a livello codicistico, occorre, brevemente, stabilire cosa si intenda per leggi eccezionali o temporanee.

La definizione di leggi temporanee viene delimitata negli stessi Lavori preparatori del Codice Penale che parlano di leggi «che hanno vigore entro un limite di tempo da esse stesse determinato»¹¹⁵, ossia si tratta di leggi «la cui validità è, per regola espressa, limitata nel tempo»¹¹⁶.

Per leggi eccezionali ci si riferisce a quelle il cui ambito di operatività temporale è subordinato al perdurare di «uno stato di fatto caratterizzato da accadimenti fuori dall'ordinario»¹¹⁷; parte della dottrina li ha individuati in casi limite, ad esempio, in guerre, epidemie, terremoti¹¹⁸.

Le norme penali di natura processuale non rientrano, evidentemente, nella tipologia di norme descritte dal quinto comma dell'art. 2 c.p. poiché sono norme con un'efficacia stabile e duratura nel tempo e non adempiono a nessuna esigenza di eccezionalità; pertanto, realizzando la norma stessa una circoscrizione del limite applicativo della retroattività favorevole, non sembrano esserci giustificazioni normative per limitare l'estensione della retroattività favorevole anche alle norme di natura processuale.

La valutazione circa il potenziale beneficio apportato da una norma successiva, deve coinvolgere sia l'ambito sostanziale che l'ambito processuale così come illustrato magistralmente da Gallo che congiunge i due ambiti e non li contrappone affermando che «per ciò che concerne la vicenda temporale è disposizione più favorevole quella che sul piano del diritto sostanziale, comprensivo degli effetti penali e non penali ricollegati ad un reato, e sul

¹¹² A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto penale e la legge penale*, vol. I, Torino, s.d., p. 249; nello stesso senso si esprime E. M. AMBROSETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone.*, in *Commentario al Codice Penale*, vol. I, opera diretta da M. Ronco, con la collaborazione di E. M. Ambrosetti, E. Mezzetti, Bologna, 2006, p. 265.

¹¹³ Art. 2, quinto comma, c.p.

¹¹⁴ Cfr. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007, p. 146.

¹¹⁵ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte I, Roma, 1929, in <http://www.senato.it/>.

¹¹⁶ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 141.

¹¹⁷ A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto penale e la legge penale*, vol. I, Torino, s.d., p. 296.

¹¹⁸ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 98.

piano del diritto processuale assicura al soggetto che ne è destinatario un trattamento meno severo o, comunque, più corredato da garanzie»¹¹⁹.

Il processo penale deve, logicamente, essere visto secondo una prospettiva che lo inquadra come «*complesso degli atti, in cui si risolve la punizione del reo*», pertanto, consiste nell'essere «*una fase, precisamente la seconda fase di ciò, che si può chiamare il fenomeno penale, il quale è costituito dalla combinazione del reato e della pena*»¹²⁰.

Proseguendo, fissiamo il punto di partenza nell'«*indissolubile connessione o correlatività del reato e della pena, i quali costituiscono il diritto e il rovescio d'una medaglia*» e concludiamo sostenendo che «*il diritto penale materiale ha pertanto quale oggetto il reato; il diritto penale processuale, ha, invece, quale oggetto la pena. L'uno e l'altro insieme formano il diritto penale*»¹²¹.

Prima di evidenziare con la riflessione finale è bene specificare che il processo penale, genericamente, può essere inteso come momento per verificare se una persona debba, o meno, essere punita, difatti «*non sono ammessi l'assoggettamento spontaneo alla pena né una punizione infitta ex abrupto*»¹²².

Tutto questo, non fa che confermare un dato che tornerà ad emergere nel nostro studio e che si rivelerà ancora più evidente a chiusura del medesimo: il *trait d'union* tra l'aspetto materiale e l'aspetto processuale può, senza dubbio, essere rintracciato nella pena.

La pena, è vero che viene ad essere specificata e stabilita nelle norme sostanziali ma, al contempo, è concretamente quantificata e soppesata in ambito processuale. Inoltre, proprio perché la pena è l'aspetto che incide effettivamente sulla libertà del soggetto, ha ispirato il brocardo secondo cui «*nulla poena sine iudicio*»; tale espressione compendia l'idea di inscindibilità tra i due differenti ambiti.

La conclusione è del tutto naturale e ci viene suggerita dalla serie di riflessioni sopra realizzate, inerenti il rapporto che sussiste tra processo penale e diritto penale sostanziale, secondo cui uno è “al servizio” dell'altro.

¹¹⁹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 126.

¹²⁰ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, p. 33.

¹²¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, p. 33.

¹²² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p.8.