

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

Sezione *Saggi* – 1

Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Ipertrofia e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.

Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.

Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.

La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".

FAUSTO GIUNTA

DARIO MICHELETTI

TEMPORI CEDERE

PRESCRIZIONE DEL REATO E FUNZIONI
DELLA PENA NELLO SCENARIO
DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2003 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-348-3215-9

Composizione: Compograf – Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. – Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

	<i>pag.</i>
1. Teoria e pratica della prescrizione, oggi	5
2. Tempo e coscienza	7
3. Il significato del tempo nella prescrizione penale	8
A) La prescrizione come istituto di durata	9
B) La prescrizione come istituto di relazione temporale	9
C) La prescrizione come istituto di delimitazione temporale	11
α) Tempo e azionabilità del diritto. La prospettiva civilistica	11
β) L'angolazione retrospettiva del tempo prescrizioneale <i>in criminalibus</i>	12
γ) La variabilità del tempo prescrizioneale nel diritto penale	13
4. Il reato come entità corruttibile: il tramonto di un'allegoria	15
A) L'ancipite dimensione temporale della norma penale	16
α) La predisposizione al futuro regolativo	17
β) Il ruolo del passato normativo	17
B) La prescrizione come limite alla memoria confermativa del precetto	18
C) Il tempo prescrizioneale quale estremo confine dell'interpretazione evolutiva	19
5. La prescrizione nello specchio del diritto penale secolarizzato	21
A) Retribuzionismo e imprescrittibilità: il superamento di un binomio	22
B) L'imprescrittibilità di ritorno: le deformazioni utilitaristiche della Scuola positiva	24
C) L'inconsistenza del presente normativo	26
6. Prescrizione e concezioni relative della pena. L'approccio specialpreventivo	28
A) Le "fantasie romantiche" della <i>punitio par la peur</i>	29
B) La prescrizione come ratifica del cambiamento individuale?	31

	<i>pag.</i>
C) La teoria dell'intervallo incolmabile tra agente e fatto	32
7. I nessi tra prescrizione e prevenzione generale	35
A) Le insufficienze della prevenzione generale negativa	38
α) La prescrizione come simmetrico negativo della tempestività della pena?	39
β) Un ripiego esplicativo: l'istanza di certezza delle situazioni giuridiche	40
B) La prevenzione generale positiva o integratrice: verso un ripensamento del ruolo della prescrizione	41
8. Il fondamento costituzionale del diritto alla dimenticanza: il principio personalistico	44
A) I riflessi del principio personalistico sulla temporaneità dello <i>ius puniendi</i> : prescrizione e ragionevole durata del processo	45
B) Il divieto di strumentalizzazione dell'individuo	47
C) La dialettica tra prescrittibilità e imprescrittibilità nel diritto penale	48
α) La disciplina dei reati caratterizzati da una circoscritta valenza storica	49
β) L'eccezione dei crimini contro l'umanità	50
9. Il fatto prescritto nel contesto della non-punibilità	52
A) L'indifferenza della prescrizione alle ragioni della illiceità	54
B) La radicalità dell'effetto estintivo nella prescrizione	55
C) L'irrilevanza della meritevolezza soggettiva	56
D) Le differenze dalle "cause di clemenza"	57
E) L'analogia funzionale con le condizioni di procedibilità	57
10. Il problema delle garanzie costituzionali degli istituti da cui dipende "l'essere o il non essere condannati"	59
A) L'equivocità delle referenze testuali offerte dall'art. 25, comma 2, Cost.	60
B) La valorizzazione delle istanze di garanzia in relazione alla valenza punitiva insita nel processo penale	60
C) Le incertezze concernenti l'individuazione della legge processuale favorevole	62
11. Il dibattito sulla natura giuridica della prescrizione penale	63
A) La tesi sostanziale	65
B) La teoria della doppia natura	68
C) La tesi processuale	69
12. La natura non penale della disciplina prescrizionale	71

pag.

A) L'incerto confine tra norme penali sostanziali e norme processuali	73
B) Il fondamento contrattualistico del principio di legalità nel diritto penale sostanziale	75
α) La fattispecie penale di garanzia	79
β) L'impunità per carenza del "bisogno di pena": diritti, aspettative e speranze	80
C) L'estinzione per decorso del tempo come mera aspettativa	83
13. La prescrizione e il principio <i>tempus regit actum</i> costituzionalmente temperato	85
A) La distinzione tra <i>tempus regit actum</i> e retroattività	86
B) Il principio <i>tempus regit actum</i> come asserita arbitrarietà della disciplina intertemporale: un pregiudizio da superare	87
C) Il regime intertemporale della prescrizione	89
14. Le reciproche interferenze disfunzionali tra prescrizione e processo	90
A) La prescrizione come fattore di erosione dell'obbligatorietà dell'azione penale	93
B) La prescrizione come causa di allungamento del processo	93
C) Lo snaturamento della presunzione sottesa al tempo prescrizione: il paradosso dell'oblio sciente	95
15. Le prospettive di modifica del regime prescrizione: un campionario delle soluzioni emerse	97
A) La completa sottrazione dell'intervallo processuale dal tempo storico prescrizione	98
B) La separazione tra il tempo della prescrizione e la ragionevole durata del processo	102
α) La suddivisione della ragionevole durata del processo in relazione ai gradi del giudizio	102
β) Le suggestioni del modello pancivilistico della prescrizione	104
16. Una possibile alternativa	107
A) La prescrizione ante-processo come condizione di improcessabilità	108
B) La garanzia della durata ragionevole del processo	111
α) L'individuazione del <i>dies a quo</i>	112
β) La disciplina del compasso temporale	113

	<i>pag.</i>
γ) La sanzione connessa al superamento del termine finale	116
C) L'autonomia temporale delle impugnazione nel solo interesse della difesa	117
D) La gestione della transizione	119

1. Teoria e pratica della prescrizione, oggi

La prescrizione penale è senz'altro uno degli istituti più familiari ai pratici del diritto e, forse, tra i meglio conosciuti per via della sua sempre maggiore frequenza applicativa. Nondimeno, l'elaborazione teorica della prescrizione rimane, sotto diversi aspetti, tuttora incerta se non addirittura oscura [così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, p. 731]. Tant'è che le recenti trattazioni sistematiche del tema – ristrette per la verità, almeno nella letteratura italiana, alle sole voci di enciclopedia – si limitano a ripercorrere dispute già note alla criminalistica dell'800, segno di un interesse teorico per l'argomento certamente inferiore a quello manifestato all'estero, dove l'istituto non cessa di appassionare la dottrina [da ultimo v. S. ZIMMERMANN, *Strafrechtliche Vergangeheitsaufarbeitung und Verjährung. Rechtsdogmatische un politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, Freiburg i.B., 1997; nonché R. SCHMITZ, *Unrecht und Zeit*, Baden-Baden, 2001, spec. p. 213 ss.].

Con ciò – sia chiaro – non si vuole affermare che la nostra recente letteratura sulla prescrizione sia esigua o superficiale; tutt'altro. Essa – è questo il dato significativo che si vuole sottolineare – si frammenta in un caleidoscopio di dettagli problematici, in cui rischia di perdersi la logica insita nel decorso del tempo con funzione estintiva della punibilità. Con altre parole: la riflessione odierna, costretta dalla prassi giudiziaria ad occuparsi soprattutto dell'involucro normativo della prescrizione, finisce per lasciare nell'ombra il fondamento funzionale dell'istituto, che trova la sua corretta collocazione nel quadro dei rapporti, sempre più intricati, tra diritto sostanziale e disciplina processuale.

Per la verità, quest'ultima nota problematica ha suscitato, di recente, un ritorno di interesse nella dottrina [cfr. M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Pre-*

scrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale, in *Foro it.*, 1998, V, c. 317 ss.]: la natura e la funzione del meccanismo prescrizione sono state oggetto, infatti, di un vivace dibattito in margine alla proposta di rinfoltire il novero delle cause di sospensione stabilite dall'art. 159 c.p., o di allungare i termini della prescrizione con effetto retroattivo, quali espedienti per evitare il prematuro epilogo di numerosi processi penali a causa del superamento del tempo massimo consentito [G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il sole 24 Ore*, 12 marzo 1998]. Va anche detto, però, che si è trattato di una vampata isolata, la quale non ha avuto il seguito che la questione meritava nello scenario degli odierni rapporti tra intervento punitivo e assetto istituzionale.

Del resto, un tale calo d'interesse rispecchia perfettamente la sorte teorica della prescrizione, che pare quella di richiamare l'attenzione della dottrina soprattutto nei momenti di crisi o di accentuata trasformazione del diritto penale sostanziale e processuale, allorché l'istituto viene chiamato a gestire il cambiamento dell'ordinamento e, nel contempo, la memoria del suo passato. Lo testimoniano, in modo emblematico, le accese dispute che hanno accompagnato la modifica della disciplina prescrizione da parte sia del codice penale Zanardelli, sia di quello attuale [su cui v., rispettivamente, L. D'ANTONIO, *Prescrizione (materia penale)*, in *Dig. it.*, vol. XIX, Parte I, 1909-1912, p. 551, e i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 198 ss.], nonché, in tempi a noi più vicini, l'interesse suscitato dalle recenti discipline prescrizione introdotte nella Repubblica slovacca (9 settembre 1993), in Ungheria (4 novembre 1991) ed in Germania dopo l'unificazione (*Verjährungsgesetz* del 26 marzo 1993) [su cui v. S. ZIMMERMANN, *Strafrechtliche*, cit., pp. 94 ss., 122 ss. e 127 ss.].

Pur nella loro brevità, le osservazioni che precedono aiutano a tracciare lo spazio tematico delle pagine che seguiranno. È la dirompente incidenza della prescrizione nella nostra attuale prassi giudiziaria, che suggerisce di tornare a riflettere sulle radici dell'istituto e sul decorso del tempo quale fattore di estinzione della punibilità; senza dimenticare, ovviamente, le prospettive di riforma che, nel caso della prescrizione penale, appaiono un traguardo ineludibile e – si spera – prossimo, specie

se si considera che la disciplina positiva, risalente al 1930, risente anch'essa del tempo trascorso.

2. Tempo e coscienza

Nell'accostarsi al tema della prescrizione, è necessario interrogarsi, preliminarmente, sulla nozione del tempo e sulla funzione che esso svolge nell'ambito del diritto. A questo scopo può assumersi come punto di partenza il concetto di tempo oramai assodato nella filosofia della scienza, la quale ne compendia le note strutturali, descrivendolo come "*ineluttabile e irreversibile successione di fatti*" [G. CAPOZZI, *L'individuo il tempo la storia*, Napoli, 2000, p. 27 ss.].

E invero, che il tempo implichi una *successione*, può apparire addirittura scontato, articolandosi, com'è ovvio, la temporalità nella sequenza di "prima", "adesso" e "dopo". È parimenti intuitivo che tale successione sia *inesorabile e unidirezionale*, nel senso che "prima", "adesso" e "dopo" si alternano necessariamente e in questo preciso ordine, rimanendo, oggi, null'altro che un'ipotesi l'affascinante idea del viaggio nel tempo. Quanto al carattere della *fattualità*, esso riflette la convinzione che sia possibile cogliere la struttura del tempo solo se lo si rapporta ad una qualche forma di realtà. Non è questo, va precisato, un elemento strutturale unanimemente condiviso, non essendo mancati, infatti, i tentativi di interpretare il tempo prescindendo dal suo contenuto fattuale [H. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, 1912, p. 75]. E tuttavia, il concetto di "tempo assoluto", peraltro difficile anche solo da immaginare, risulta scarsamente utile nel campo delle scienze sociali, dove a nulla può giovare una nozione di "temporalità pura" avulsa da ogni fenomenologia e incentrata esclusivamente sull'idea di durata. Da qui la riconfermata necessità del requisito della *fattualità*, senza la quale perderebbe di significato l'idea stessa di *successione*. Specie nelle sue applicazioni giuridiche – lo si vedrà meglio avanti – il tempo mostra dunque la propria funzione unicamente in presenza di fatti posti tra loro in relazione diacronica.

Senonché, la connessione cronologica dei fatti non rileva solo sul piano della nozione di tempo; essa forgia altresì la funzione

“significante” o “coscienziale” che è propria del tempo, consentendo di attribuire valore ai fatti tra cui si istaura la relazione cronologica [nella letteratura moderna v., per tutti, G. CAPOZZI, *L'individuo*, cit., p. 43 ss.]. Si pensi, in proposito, ad una singola nota musicale, il cui suono assume significato nel momento in cui, cessando di essere isolato, si inserisce nel corso del tempo: allorché si collega con ciò che lo precede e lo segue, costituendo quell'insieme temporalmente congiunto che è la musica. Lo stesso vale per le parole di una frase o per i momenti che compongono la vita di ciascun uomo: come la relazione temporale conferisce alle parole il senso di un discorso, così la concatenazione cronologica attribuisce significato ai singoli eventi dell'esistenza. Per questa ragione il tempo è coscienza ed espressività.

Tutto ciò vale *a fortiori* nel mondo del diritto, che può essere visto, empiricamente, come un insieme di fatti cronologicamente connessi [S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in AA.VV., *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, a cura di R. ORECCHIA, Milano, 1982, p. 142 ss. *Amplius* G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 1996, pp. 280 ss., 315 ss., 383 ss.]. La genesi di una norma giuridica, il processo attraverso cui viene applicata, la formazione di un atto negoziale – solo per fare alcuni esempi – sono agglomerati di fatti che assumono un preciso significato giuridico (anche) in ragione della loro successione temporale. Come ogni entità sociale, dunque, anche il diritto è compenetrato nella dimensione coscienziale del tempo.

3. *Il significato del tempo nella prescrizione penale*

Nel mondo del diritto la funzione coscienziale del tempo trova nel meccanismo prescrizionale una delle espressioni più intense e dirette, trattandosi di un istituto congegnato sul semplice decorso di un determinato lasso temporale a cui l'ordinamento attribuisce “valore giuridico”. Per questa ragione, la prescrizione può essere definita come istituto di durata (*Zeitdauerbegriff*), fondato su una relazione temporale (*Zeitrelationsbegriff*), avente la finalità di delimitare effetti giuridici (*Zeitgrenzbegriff*) [K. ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 66 ss.]. In particolare, nel diritto penale, la pre-

scrizione dà rilevanza al trascorrere di un lasso di tempo prestabilito dal momento della commissione del reato, indicando in tal modo il limite oltre il quale viene meno la punibilità.

Le sfaccettature di questa sintetica definizione, da cui già traspare la funzione coscienziale del tempo nella prescrizione penale, meritano di essere analizzate più nel dettaglio.

A) *La prescrizione come istituto di durata.* – Com'è evidente, l'unico elemento costitutivo della prescrizione – se si vuole, il suo stesso meccanismo di funzionamento – è dato dal trascorrere del tempo. Ad esso, e solo ad esso, si riconnettono tutti gli effetti giuridici, senza che si richieda alcun fattore ulteriore, come ad esempio la respiscenza dell'agente, il risarcimento del danno o il perdono della vittima.

Nella prescrizione, di conseguenza, il tempo assume una funzione coscienziale non perché ricongiunge tra loro, con effetto significativo, taluni fatti, ma solo perché trascorrendo, esso separa, fino a impedirne la correlazione, il *tempus commissi delicti* da quello della punizione. Nella sua nudità, il tempo dà rilevanza all'immobilità, all'inerzia, all'assenza di una qualsiasi (e pur possibile) fattualità. Ma il tempo "nudo" non è privo di significato: evidentemente, il suo trascorrere quieto anima e legittima presunzioni giuridiche di marca legislativa, in quanto astratte e ipotizzabili *ex ante*. In ciò, il meccanismo prescrizione si distingue da altri *Zeitdauerbegriffe*, la cui operatività abbisogna invece di apprezzamenti giudiziali (si pensi, per esempio, alla "permanenza" nei reati di durata).

Alla constatazione che è trascorsa la quantità di tempo prevista dalla legge si riconnettono effetti giuridici in linea di principio indisponibili (l'eccezione è costituita dal prevalente interesse dell'imputato a un accertamento di merito, sperabilmente assolutorio), che si coordinano con il carattere invincibile della presunzione legislativa. Un dato, quest'ultimo, che distingue la prescrizione da altre presunzioni temporali, le quali ammettono invece prova contraria (si pensi, per esempio, alla presunzione di imputabilità penale collegata al raggiungimento della maggiore età, *ex artt. 85 c.p. ss.*).

B) *La prescrizione come istituto di relazione temporale.* – La natura relazionale dell'istituto richiama l'attenzione sul partico-

lare tipo di referente temporale della prescrizione, che coincide – nel diritto penale – con la “verificazione storica di un fatto di reato”. Affinché possa capovolgersi la clessidra del tempo prescrizione, non è necessaria infatti l’esistenza di un reato tecnicamente inteso (vale a dire un fatto tipico, antiggiuridico, colpevole), ma soltanto la verificazione di un «reato in senso processuale», ovvero di una situazione oggetto di verifica secondo le forme e i modi previsti dal processo penale [sulla distinzione tra reato in senso stretto e «reato in senso processuale» v., per tutti, A. PAGLIARO, *Presupposti della connessione*, in AA.VV., *Connessione di procedimenti e conflitto di competenza*, Milano, 1976, p. 18]. Per fare un esempio, nel caso di un omicidio colposo, il *dies a quo* della prescrizione coincide con il momento in cui si verifica la morte della vittima, indipendentemente dal fatto che, per ipotesi, il soggetto agente sia o meno colpevole o abbia agito in presenza di una scriminante; tant’è vero che questo omicidio si prescriverebbe – salvo quanto previsto dall’art. 129, comma 2, c.p.p. – anche se non si riuscisse mai ad accertare l’autore materiale della condotta o la dinamica concreta dell’accaduto.

Sebbene la prescrizione possa investire anche un fatto (qualificabile come reato ma) potenzialmente non punibile, non si deve svalutare però la differenza esistente tra “fatto storico qualificabile come reato” e “reato in senso stretto”, che resta di fondamentale importanza per cogliere la funzione coscienziale svolta dal tempo prescrizione. Essa, infatti, sottolineando che il referente temporale della prescrizione è un fatto storico, più che un dato normativo, rende manifesta la dimensione sociale, prim’ancora che giuridica, della prescrizione. Non diversamente da quanto accade per altri *Zeitrelationsbegriffe* – si pensi per esempio alla “maggiore età” di cui all’art. 2 c.c. – la prescrizione dà infatti rilievo giuridico a un fenomeno temporale che già esiste nella realtà prenormativa [*amplius* E. GROPALLO, *Contributi alla teoria generale della prescrizione*, Milano, 1930, p. 29 ss.].

Detto in modo ancora più esplicito: il tempo che scorre nella prescrizione non è un’entità rilevante nel solo mondo del diritto, ma è piuttosto il tempo della storia, ossia lo stesso tempo convenzionale che allontana, in una data società, il presente dal momento in cui si è verificato il fatto qualificabile come reato [sulla distinzione tra tempo storico e tempo giuridico v. M. LEONE, *Il*

tempo nel diritto penale sostantivo e processuale, Napoli, 1974, p. 14 ss.]. Se ne trae la conclusione che la presunzione insita nella prescrizione non dà vita a una *fictio iuris*; più semplicemente essa collega effetti giuridici al significato che il legislatore, in quanto interprete del corpo sociale, attribuisce allo scorrere del tempo storico.

C) *La prescrizione come istituto di delimitazione temporale*. – Come concetto espressivo di una delimitazione temporale dell'intervento punitivo, la prescrizione indica inoltre quale sia il valore giuridico che, nel diritto penale, viene attribuito al tempo. Sotto questo profilo, la prescrizione penale si distingue pertanto dalle presunzioni temporali operanti in altri rami dell'ordinamento, ove allo scorrere del tempo viene riconosciuta una diversa valenza significante. Se è vero, infatti, che il meccanismo prescrizionale è istituto poliedrico e trasversale, utilizzato dall'ordinamento in diversi contesti, non è meno vero che esso non consente una chiave di lettura unitaria, risultando differenti proprio gli effetti giuridici che, nei vari settori dell'ordinamento, il decorso del tempo mira a delimitare.

α) *Tempo e azionabilità del diritto. La prospettiva civilistica*. – Semplificando all'estremo, si può osservare che nel diritto civile, ove la prescrizione introduce un limite temporale all'esercizio di un diritto, la funzione coscienziale del tempo si coglie rispetto al futuro [G. PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1914, spec. p. 21 ss.; ID., *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1921, spec. p. 28 ss.]. La prescrizione civile – detto altrimenti – costituisce nulla più che il tempo del diritto, il confine cronologico oltre il quale cessa la sua esistenza, tant'è che una volta morto, ossia prescritto, il preteso diritto non può esercitarsi, venendo meno quella coercibilità (*rectius* azionabilità) che distingue le posizioni giuridiche da quelle morali [V. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, tr. it., Milano, 1994, p. 18 ss.]; per converso, l'esercizio del diritto ne allunga la vita.

Da questa angolazione, dovrebbero risultare chiari, pertanto, sia il fondamento della prescrizione nel diritto civile, sia la natura sostanziale dell'istituto [*amplius* B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 11 ss.]. La sua *ratio* si coglie, infatti, nella esigenza di non cristallizzare la trama dei di-

ritti: prescrizione, decadenza, usucapione testimoniano, per aspetti diversi ma con sinergia, la necessaria mobilità delle situazioni giuridiche, assicurando un punto di equilibrio tra il dinamismo dei rapporti giuridici e la certezza del diritto, che per questa ragione è tradizionalmente considerata come il fondamento della prescrizione civile [G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 3 ss.]. Del resto, se si considerano le caratteristiche della norma civile, non può meravigliare che, in questo settore, il tempo nella prescrizione svolga un ruolo sostanziale del tutto svincolato dal piano processuale. Nel diritto privato, infatti, la norma non ha bisogno del processo per svolgere le sue funzioni. Semmai il processo interviene per affermare l'applicazione della norma, così come può decretare all'opposto l'avvenuta prescrizione del diritto da essa posto, ossia la cessata funzione della norma in quello specifico caso.

β) *L'angolazione retrospettiva del tempo prescrizione* in *criminalibus*. – Per contro, nel diritto penale, ove il meccanismo prescrizione funge da limite della punibilità, il tempo acquista un significato esattamente opposto rispetto a quello della prescrizione civile, non solo perché l'effetto estintivo può essere riscontrato esclusivamente in ambito processuale, ma ancor prima per la ragione che, *in criminalibus*, il decorso del tempo rileva in un'ottica prettamente retrospettiva. La prescrizione penale, in effetti, guarda al passato, poiché determina la non punibilità di un illecito già accaduto o l'ineseguibilità di una pena già irrogata. Essa non promuove dunque alcun dinamismo sostanziale, ma limita la memoria dell'ordinamento, riducendo gradualmente la quantità di fatti dei quali il sistema penale trattiene temporaneamente il ricordo, in attesa di dimenticarli in modo definitivo.

Peraltro, non è certo la prescrizione l'unico istituto penalistico a svolgere una tale funzione: anche l'amnistia e l'indulto afferiscono *lato sensu* alla memoria dell'ordinamento, coinvolgendo fatti più o meno lontani nel tempo. Senonché amnistia e indulto muovono, com'è noto, da presupposti di eccezionalità: da particolari e straordinarie esigenze di pacificazione sociale che, nel bilanciamento con le istanze repressive, prevalgono su queste ultime. Volendo si può parlare al riguardo di contrazione "deli-

beratamente indotta” della memoria giuridica. Diversamente, la prescrizione incarna la dimenticanza naturale, una condizione di oblio che si desume dal mero decorso del tempo storico.

γ) *La variabilità del tempo prescrizione nel diritto penale.* – In merito alla prescrizione penale quale *Zeitgrenzbegriff*, va osservato, inoltre, che il confine temporale che delimita il prodursi dell’effetto estintivo non è, nei sistemi penali moderni, stabile e uniforme, potendo diversificarsi in forza di vari fattori: primo fra tutti la diversa gravità dell’illecito, che costituisce il riflesso della mutevole rilevanza sociale dei fatti esposti all’influenza estintiva del tempo.

È intuibile, infatti, che quanto più l’episodio storico contrasta con i valori dell’ordinamento, tanto più il legislatore può ritenersi legittimato a presumere che la maturazione sociale della dimenticanza richieda un maggiore intervallo temporale (cfr. l’art. 157 c.p.). A questi fini, sarebbe peraltro preferibile l’ancoraggio della presunzione prescrizione al minimo anziché al massimo edittale della pena così come solitamente stabilito nelle moderne legislazioni (v., per es., il § 78 StGB o l’art. 135 c.p. spagnolo). È nel minimo, infatti, che si coglie quanto può bastare per tradurre il disvalore sociale del fatto, essendo, al contrario, il massimo edittale inevitabilmente appesantito da una spinta retribuzionistica e da una componente di esemplarità, che non si conciliano – come tra breve si chiarirà (v. *infra* § 5) – con la presunzione estintiva connessa al decorso del tempo [sul diverso peso funzionalistico del minimo e del massimo edittale v. per tutti T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.].

D’altra parte, il termine prescrizione, oltre che variabile in dipendenza della gravità del fatto, può non essere fisso nel diritto penale, risultando suscettibile di modificazioni nella misura in cui il decorso della prescrizione interseca il processo (cfr., da noi, gli artt. 159 ss. c.p.). Si tratta – va subito precisato – di una circostanza puramente eventuale, o se si preferisce di un “fatto accidentale”, a cui, conseguentemente, non può attribuirsi un peso decisivo nella spiegazione funzionalistica del meccanismo prescrizione operante nel diritto penale. Lo si desume anche

da un'analisi comparatistica, la quale mette subito in risalto come non manchino, nell'esperienza legislativa dei Paesi europei, discipline prescrizionali del tutto immuni dallo svolgimento del giudizio, e nelle quali la durata dell'intervallo estintivo non viene minimamente alterata dall'intervento di alcuna attività processuale (in tal senso, per es., l'art. 78 c.p. russo o l'art. 70 c.p. svizzero).

Peraltro, la mancanza di un costante rapporto strutturale tra decorso del tempo con effetto estintivo e svolgimento del processo penale si coglie anche nell'estrema varietà di soluzioni adottate dalle discipline codicistiche in cui le attività processuali comportano invece un allungamento dell'intervallo prescrizionale. Si può notare infatti – senza alcuna pretesa di completezza – come esistano ordinamenti in cui le cause di interruzione o sospensione della prescrizione sono tipizzate (v. per es. il § 78c StGB), altre in cui sono atipiche (v. in modo emblematico gli artt. 7 ss. c.p.p. francese), o solo parzialmente tipiche (v. ad es. il § 69 c.p. norvegese). Ma non mancano poi anche i sistemi normativi in cui il corso della prescrizione viene assolutamente congelato in corrispondenza di determinate situazioni processuali (cfr. gli artt. 120 e 121, comma 3, c.p. portoghese), o persino durante tutta la durata del processo rivolto nei confronti del colpevole (così l'art. 132, comma 2, c.p. spagnolo), con la conseguenza che si potrà così verificare anche un *illimitato* slittamento in avanti dell'effetto estintivo connesso al decorso del tempo. Ed ancora – rimanendo al limite massimo di spostamento – vi sono ordinamenti giuridici in cui la posticipazione del termine prescrizionale in seguito alla presenza del processo può non avere alcun limite (v. gli artt. 7 ss. c.p.p. francese; il § 69, comma 3, c.p. norvegese), od essere invece frenato da un tetto massimo, il quale, a sua volta, può variare tra il doppio dell'intervallo estintivo comune (v., per es., il § 78c, comma 3, StGB; art. 20, comma 6, c.p. croato) ed una volta e mezza la durata ordinaria della prescrizione (art. 160, comma 3, c.p. italiano; art. 121, comma 3, c.p. portoghese).

Per non parlare, poi, di alcune cause di allungamento della prescrizione assolutamente eterodosse e stravaganti – tra cui spicca l'interruzione dovuta alla commissione da parte dell'autore di un reato di uguale o maggiore gravità rispetto a quello

che si va estinguendo (artt. 20, comma 4, c.p. croato e 112, comma 4, c.p. sloveno) – le quali comprovano ulteriormente, ed in modo irrefutabile, che esiste un rilevante margine di discrezionalità del legislatore nella gestione del significato coscienziale del tempo prescizionale; un margine talmente rilevante che rischia non di rado di minare la “fisiologica” vocazione funzionalistica della prescrizione, trasformando l’istituto da strumento di restrizione della memoria ordinamentale in un semplice quanto inadatto metronomo della giurisdizione penale.

Sul punto si ritornerà più diffusamente in seguito (v. *infra* § 14). Per il momento preme invece soffermarsi sull’elemento comune, e certamente più caratterizzante, di tutte le discipline della prescrizione penale, ossia il semplice decorso del tempo storico, indagando le ragioni che in base ad esso inducono ogni legislatore a selezionare retrospettivamente i fatti assoggettabili a pena.

4. *Il reato come entità corruttibile: il tramonto di un’allegoria*

Nel tentativo di spiegare l’essenza della prescrizione penale quale strumento di restrizione della memoria ordinamentale, la criminalistica dell’800 invocava spesso la forza corruttiva del tempo, il quale, se può intaccare ogni cosa, non può certo ritenersi impotente di fronte al reato [così E. PESSINA, *Discussioni sul I libro del codice penale*, Roma, 1877, p. 80 ss.; di seguito, v. anche: G. GUADAGNO, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1962, p. 426; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Padova, 1968, p. 204].

Tale rilievo, indubbiamente efficace, contiene un fondo di verità, che tuttavia non va enfatizzato. La suggestiva allegoria della corruttibilità temporale del reato trae origine infatti da una premessa equivoca, dato che il reato non è un’entità corporea, ma un fatto sociale, ossia, dall’angolazione giuridica, un ente concettuale derivante dal contrasto tra l’agire dell’uomo e la norma [per tutti, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, p. 45]. Conseguentemente, la giustificazione razionale della prescrizione penale – la ragione cioè che ha suggerito, sin dai tempi antichi, di limitare retrospettiva-

mente i fatti da assoggettare a pena [v. E. VOLTERRA, *Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano*, Roma, 1929, p. 57 ss.; L. D'ANTONIO, *Prescrizione*, cit., p. 551 ss.] – va ricercata, non tanto nella forzata assimilazione del reato alla realtà corruttibile, quanto nello *status* temporale delle norme penali, le sole in grado di produrre quell'«ente giuridico» su cui incide il meccanismo prescrizionale.

A) *L'incipite dimensionale temporale della norma penale*. – Quest'ultima precisazione, con cui si tende ad ancorare il fondamento della prescrizione allo *status* temporale della norma penale, merita peraltro una particolare attenzione ed un ulteriore chiarimento.

Non può trascurarsi, infatti, che ogni norma penale assume sempre, rispetto al tempo, un'incipite e simultanea angolazione. Più precisamente essa rileva, nei confronti del passato, come criterio di giudizio delle azioni già commesse (si parla al riguardo di *Bewertungsnorm*), e rispetto al futuro, ossia con riguardo alle azioni non ancora intraprese, come regola di comportamento (c.d. *Bestimmungsnorm*). Peraltro, la capacità di una norma penale di servire da strumento di orientamento comportamentale dipende proprio dalla stabilità di questa bivalenza temporale, dato che è soprattutto l'effettiva applicazione di una data norma rispetto alle infrazioni del passato che consente a quella stessa norma di manifestare, per il futuro, la propria funzione di indirizzo comportamentale. Quanto si è detto – s'intende – vale anche per le norme di nuovo conio legislativo, la cui stabilizzazione regolativa necessita un rodaggio interpretativo che trova nella volontà storica del legislatore (testimoniata dai lavori preparatori) un passato indiscutibilmente intriso di volontà normativa.

Certamente, la duplice tensione temporale, di cui si è detto, non è un carattere esclusivo delle norme penali [cfr. A. CATANIA, *Decisione e norma*, 1979, p. 84 ss.]. Non par dubbio, però, che proprio tali norme abbiano una caratteristica temporale aggiuntiva, del tutto particolare, che finisce per accentuare una tale bivalenza. In effetti, la loro duplice e contestuale estensione sia verso il passato, sia verso il futuro, risulta, per ragioni strutturali, particolarmente ampia, se non potenzialmente illimitata. Vediamone le ragioni.

α) *La predisposizione al futuro regolativo.* – Più degli altri rami dell'ordinamento giuridico, il diritto penale si protende verso il futuro, perché mira a consolidare i valori primari di una determinata società. Il principio di *extrema ratio* che governa, almeno ideologicamente, l'esplicazione dello *ius puniendi* spinge infatti in questa direzione, e fa sì che la norma penale, incorporando un giudizio di valore fondamentale per la collettività, venga pensata, fin dal momento della sua posizione, in vista di una duratura applicazione.

Del resto, per confutare una siffatta conclusione, non varrebbe rilevare che il diritto penale stesso provvede a disciplinare i propri mutamenti (cfr. l'art. 2 c.p.); né che esistono norme incriminatrici dotate di una validità temporale limitata (cfr. l'art. 2, comma 4, c.p.), o che in determinati periodi storici le riforme penali risultano molto frequenti. A ben vedere, infatti, nessuno di questi fattori revoca in dubbio che, di regola, la legge penale aspira ad acquisire una certa stabilità normativa, dal momento che le sue variazioni, quando non sono dovute a situazioni eccezionali (nel cui contesto spiccano le svolte istituzionali e sociali epocali, come tali non prevedibili), comportano di rado un ribaltamento assoluto del giudizio di valore sottostante alle norme abrogate. Lo testimonia la scarsità dei casi di *abolitio criminis* "totale", che, determinando la scomparsa di intere figure di reato, smentiscono di volta in volta le scelte effettuate in precedenza [P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, p. 65]. Più di frequente, il sistema penale si restringe attraverso contrazioni parziali delle fattispecie incriminatrici che non contraddicono del tutto i valori e i disvalori espressi dal quadro normativo preesistente. Ne consegue che il fisiologico mutamento delle norme penali non impedisce l'altrettanto naturale inclinazione del diritto penale verso il futuro, al cui compimento esso partecipa nella misura in cui contribuisce a tracciare la rotta di sviluppo di una data società.

β) *Il ruolo del passato normativo.* – Nel diritto penale, passato e futuro sono dimensioni temporali più vicine di quanto non sembri a prima vista. Invero, tanto spiccata risulta la predisposizione al futuro delle norme penali, quanto estesa è la loro dilatazione verso il passato. E ciò, non solo perché una norma che

inclina a durare a lungo è destinata a sedimentare al suo interno il significato esclusivo della sua vigenza storica, ma soprattutto per una qualità temporale ulteriore che è caratteristica del diritto penale. Le norme incriminatrici, infatti, sono le uniche norme giuridiche che per applicarsi “devono possedere un passato”. Se negli altri rami dell’ordinamento questa necessità è meno avvertita, è perché il divieto di retroattività, sancito solo a livello di legge ordinaria come criterio puramente ordinatore (art. 11 disp. prel.), può essere tranquillamente derogato dal legislatore, purché nei limiti della ragionevolezza. Nel diritto penale invece – fatta eccezione per i crimini contro l’umanità, che sotto questo profilo costituiscono un capitolo a sé (v. *infra* § 8, B, β) – ciò non è possibile, in quanto una norma penale può fungere da criterio di giudizio solo se essa è stata, relativamente a quello stesso fatto, anche un criterio di comportamento.

Detto in altri termini, la norma incriminatrice opera non tanto e non solo perché esiste, ma soprattutto perché è esistita: essa si fonda cioè su una doverosa circolarità temporale, che le consente di esprimere i propri effetti nei limiti in cui sia in grado di sfruttare la propria anteriore vigenza. Una tale particolarità, del resto, non riflette soltanto l’esigenza di garanzia di cui è espressione l’art. 25, comma 2, Cost., ma incarna soprattutto una necessità funzionale, dato che la norma penale si può accreditare quale futura costante sociale solo se essa gode di una certa storicità, dalla quale dipende la sua natura di associato referente comportamentale per la comunità cui si riferisce.

B) *La prescrizione come limite alla memoria confermativa del precetto.* – Sulla scorta di quanto si è venuti osservando, risulta parimenti chiaro che ad una così ampia estensione temporale della norma penale corrisponde un ambito di materiale storico altrettanto esteso; talmente esteso da richiedere un intervento di contenimento. E ciò, non solo per ragioni di “economia giuridica”, non potendo il diritto, destinato fisiologicamente ad una saltuaria applicazione, occuparsi di una sterminata mole di dati, ma anche e soprattutto perché, altrimenti, la società del presente, che intendesse servirsi di una data norma penale come strumento di controllo, sarebbe lasciata libera di pescare dal suo passato applicativo un qualunque fatto che, da essa punito, pos-

sa utilizzarsi come strumento di asseverazione del precetto violato. Da qui dunque l'opportunità della prescrizione, la quale impedisce – è questo il suo effetto esteriore – che il tempo (futuro) della pena sia troppo distante dal tempo (passato) dell'infrazione o della condanna. Il meccanismo prescrizione circoscrive così un intervallo massimo consentito, tra il *tempus commissi delicti* e l'irrogazione della pena (oppure, nel caso di prescrizione della pena, tra la condanna e l'effettiva espiazione), che limita la possibilità dell'ordinamento di “servirsi” di un determinato fatto storico per riconfermare la validità del precetto infranto.

Un tale limite temporale – va precisato – non pregiudica comunque la capacità della norma penale di tramandare nel tempo i propri valori. L'esigenza di stabilità assiologica, infatti, non viene perseguita dal diritto conferendo alle norme un'inesauribile potenzialità applicativa rispetto ai fatti da queste disciplinati; bensì tramite un insieme di «tempi circoscritti» che, succedendosi e intersecandosi gli uni agli altri sotto la vigenza della stessa norma, hanno comunque la capacità di preservare il valore giuridicamente tutelato, lasciando al contempo che ogni vicenda umana assuma per l'ordinamento una rilevanza temporalmente limitata [così E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, in AA.VV., *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, Milano, 1982, p. 154 s.]. Un'esigenza, questa, che asseconda l'aspettativa di “definitività” delle valutazioni espresse dal diritto rispetto ai fatti della storia [per quest'ultima imprescindibile esigenza v., per tutti, F. MENCARELLI, *Tempo e processo. Profili sistematici*, in *Giust. pen.*, 1975, III, spec. c. 16 ss.], e che traluce chiaramente proprio nel caso della prescrizione penale, la quale genera un involucro temporale attorno ad ogni fatto potenzialmente qualificabile dalla legge come reato, al di fuori del quale quel singolo fatto, benché conforme al tipo, non può più utilizzarsi in chiave di riconferma del disposto normativo infranto.

C) *Il tempo prescrizione quale estremo confine dell'interpretazione evolutiva.* – L'esistenza di questo involucro temporale, che riveste ogni fatto di reato in corrispondenza della durata della prescrizione, tende inoltre, sia pure indirettamente ed in modo presuntivo, ad assicurare la doverosa coincidenza tra la regola di giudizio alla luce della quale la condanna è pronunciata (c.d.

Bewertungsnorm) e la regola di comportamento che il soggetto agente doveva osservare (*Bestimmungsnorm*).

Nella inderogabilità di una tale coincidenza si coglie – com'è intuibile – l'essenza garantistica del principio di legalità formale, il quale, tuttavia, potrebbe essere minato proprio dalla variazione nel tempo del significato normativo attribuibile all'enunciato precettivo [per tutti A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 118 ss. e *passim*]. I caratteri della generalità ed astrattezza, infatti, se da un lato attribuiscono versatilità alla disposizione, dall'altro lato aprono una breccia in cui s'insinua l'interpretazione evolutiva della norma, in dipendenza della mutevolezza dei costumi e dei valori sociali. Vero è dunque che la stabilità formale del precetto conferisce a quest'ultimo la capacità di trascendere il tempo [G. HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays* (1955), trad. it., Milano, 1998, p. 5 ss.]. È altrettanto vero però che la storia, cui la formulazione del precetto intende sottrarsi, rifluisce fatalmente nell'ordito normativo tramite l'opera dell'interprete [v. ancora, G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, cit., p. 6 ss., nonché K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg, 1963, p. 15 ss., *passim* e soprattutto, da noi, B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, spec. p. 115 ss., *passim*].

L'attività ermeneutica, infatti, non si estrinseca in una sequenza logica rettilinea, di sussunzione diretta tra il fatto e le parole della legge; ma si articola in una relazione dialogica, che vede da una parte il fatto, e dall'altra il significato che la società del presente riconosce a quel determinato linguaggio normativo [da ultimo, nella letteratura penalistica, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.]. Da qui il rischio che un intervallo temporale troppo ampio tra il *tempus commissi delicti* ed il momento della decisione incrina la necessaria corrispondenza tra *Bestimmungsnorm* e *Bewertungsnorm*, esponendo il soggetto agente alle sensibilità e ai valori sociali emersi solo successivamente alla realizzazione del reato. Un inconveniente, questo, che la prescrizione tende, sia pure di fatto ed eventualmente, a fronteggiare, dato che, concludendo la rilevanza penale della fattispecie concreta entro un intervallo massimo, finisce per ancorare pre-

suntivamente l'attività ermeneutica ad un determinato contesto sociale, il più possibile vicino a quello esistente nel *tempus commissi delicti*.

Certamente – occorre aggiungere – la prescrizione non costituisce, sotto questo profilo, un rimedio risolutivo contro l'efficacia retroattiva della nuova interpretazione indotta dal mutamento dei “fattori sociali di contesto”. Nondimeno, preso atto che l'attività ermeneutica non è un'operazione a struttura binaria (tra testo e fatto), ma mette in relazione tre fattori (linguaggio normativo, ambiente sociale e fatto), non può non apprezzarsi l'efficacia quanto meno “stringente” della prescrizione, che ostacola le eccessive fughe in avanti dell'interpretazione evolutiva, impedendo se non altro che il soggetto agente venga esposto ai valori, alle sensibilità, ai costumi di una società troppo distante rispetto a quella in cui il fatto è stato commesso.

5. *La prescrizione nello specchio del diritto penale secolarizzato*

Fin qui, seppure per grandi linee, si è parlato del funzionamento della prescrizione penale e degli obiettivi da essa perseguiti. Ma rilevare i vantaggi di un istituto, le ragioni che ne hanno suggerito l'adozione sin dai tempi antichi, non vale ancora, ovviamente, a spiegarne il fondamento razionale, né tanto meno a legittimare le odierne degenerazioni applicative che hanno trasformato la prescrizione in uno strumento di capziosa elusione processuale (v. *infra* § 14, B).

In effetti, proprio perché il meccanismo prescrizionale delimita il raggio di azione della risposta sanzionatoria, la *ratio* dell'istituto non può che desumersi attraverso un'indagine volta a “rileggere” l'effetto estintivo connesso al decorso del tempo alla luce delle funzioni della sanzione penale. Questa esigenza metodologica, però, non discende unicamente dal rilievo, peraltro noto se non addirittura scontato, che dalle funzioni della pena dipende la fisionomia dell'intervento punitivo nel suo complesso, talché non v'è anamnesi penalistica che ne possa prescindere. Le connessioni tra la teoria della pena e la spiegazione funzionale della prescrizione appaiono ancor più strette, ove si con-

sideri che quest'ultima introduce un limite alla punizione in concreto, ossia alla repressione di singoli fatti storici considerati nella loro unicità e irripetibilità. La prescrizione, dunque, non rientra nel novero degli istituti che, in numero oggi crescente, contribuiscono a delimitare i presupposti sostanziali della punibilità; essa costituisce piuttosto il *negativo stesso della punibilità*, vale a dire la soglia temporale oltre la quale la pena cessa di corrispondere allo scopo per cui era stata pensata [in particolare, sulla prescrizione quale fattore inibente del "dover essere" della pena, E. ANTONINI, *Contributo alla dottrina delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, spec. pp. 133 ss., 142 ss.]. Ecco perché un'analisi della prescrizione offre al contempo una prospettiva particolarmente proficua per una riflessione sugli obiettivi della sanzione penale. In effetti, condotto dall'angolazione della prescrizione, il ripensamento delle funzioni della pena non risulta compromesso da alcun fattore strutturale: la pena si confronta solo con il tempo, consentendo di verificare la dinamica punitiva in una dimensione teorica incontaminata, che ne evidenzia l'ossatura, contenendo oltretutto il rischio di derive metagiuridiche. Non sorprende allora che la prescrizione penale sia da sempre una specie di "cartina di tornasole" per tutte le teorie della pena: un istituto che, come pochi altri, consente di mettere in evidenza i tratti peculiari delle varie impostazioni, reclamando scelte chiare e coerenti.

Vero ciò, si spiega anche la ragione per cui la presenza di meccanismi prescrizionali testimonia il definitivo superamento di quelle concezioni della pena che risultano assolutamente inconciliabili con l'estinzione della punibilità per decorso del tempo [analogamente, V. CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, Napoli, 1955, p. 942; di recente M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, p. 61]. Si allude – com'è intuitivo – sia alla teoria retributiva, intesa nella sua accezione classica, sia alla concezione della pena propugnata dalla Scuola positiva.

A) *Retribuzionismo e imprescrittibilità: il superamento di un binomio.* – Per quanto riguarda la prima impostazione, non sorprende che la prescrizione penale, limitando l'affermazione del «giusto assoluto» cui la pena dovrebbe tendere e dal quale sa-

rebbe ispirata, venisse osteggiata dai retribuzionisti puri, che vedevano in essa la negazione stessa del diritto penale [E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, vol. II, Berlin, 1826, p. 47 ss.; da noi E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 394, nt. 1 ss.]. La prescrizione – da questa angolazione – «ripugn[erebbe] all'essenza e alla natura stessa della pena», perché «alimenta la speranza di impunità», «eccita alla perpetuità dei delitti», «sottrae la vittima alle difese offerte dalla sanzione penale»: è, insomma, il mezzo attraverso cui «la legge penale uccide sé stessa» [E. BIANCHINI, *La prescrizione in diritto penale*, Reggio dell'Emilia, 1881, pp. 10, 21, 24 e *passim*].

Né varrebbe obiettare, con le dottrine storicistiche, che i parametri della giustizia sono relativi e mutevoli nel tempo [C. PERELMAN, *De la justice* (1959), tr. it., Torino, 1959, spec. p. 93; E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, cit., p. 152 s.]. Per il retribuzionismo autentico, infatti, delle due l'una: o il mutamento dei parametri di giustizia ha condotto alla modifica della norma penale, nel qual caso la pena non si dovrebbe applicare perché è venuta meno la norma incriminatrice che si è rivelata ingiusta e non a causa della prescrizione; oppure la modifica dei valori ai quali si ispira il sistema penale non ha comportato una restrizione della fattispecie incriminatrice cui il fatto pregresso va ricondotto, cosicché la prescrizione non avrebbe comunque ragione d'esistere in quanto ostacolerebbe la reazione punitiva ritenuta ancora doverosa secondo l'immutato senso di giustizia [E. BIANCHINI, *La prescrizione*, cit., p. 19 s.]. Una conclusione, questa, che per la sua spiccata forza di suggestione trovava eco anche nel campo del diritto civile e canonico [P. GISMONDI, *La prescrizione estintiva nel diritto canonico*, Roma, 1940, spec. p. 5 ss.], al punto da indurre, in tempi a noi più vicini, a denunciare la sostanziale amoralità dell'istituto [A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 39 ss].

Questo ragionamento ha una sua indubbia linearità. Esso però – ed è questo il punto – muove da un presupposto oggi non più condivisibile. Come noto, infatti, la cultura giuridica moderna respinge l'idea che la sanzione penale possa interpretarsi come espressione di un'idea di giustizia trascendente, astratta e apologetica [J.J. ANOSSOV, *Il «tempo» nel diritto penale. Contribu-*

to alla posizione del problema, in *Giust. pen.*, 1935, I, c. 61 ss.; di recente, v. AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. EUSEBI, Milano, 1989, p. 3 ss.]. La pena è piuttosto uno degli strumenti – il più invasivo e costoso tra quelli a disposizione dell'ordinamento – di cui il legislatore si avvale per assolvere la funzione di controllo sociale. Gli scopi della sanzione penale si possono correttamente comprendere – almeno nell'ambito dei moderni sistemi occidentali – solo se si abbandona la dimensione puramente etica del diritto in favore di una prospettiva essenzialmente utilitaristica: se s'intende cioè il diritto penale come scelta di convenienza razionale e non come mezzo di affermazione di una giustizia immanente o di una qualche ideologia massimalista (marxista, giusnaturalista, ecc.). Ne discende che la prescrizione è uno degli istituti penalistici che meglio riflette la lettura utilitaristica e secolarizzata del diritto penale, testimoniando la sua emancipazione da qualsiasi premessa metagiuridica. I meccanismi prescrizionali stanno infatti a dimostrare che il trascorrere del tempo riduce l'utilità sociale della pena, o meglio, ne relativizza il valore, mettendo in luce che più il fatto di reato si allontana nel tempo, meno la sanzione ad esso applicabile risponde alle finalità per cui è stata prevista [per una spiegazione relativistica del tempo e dei suoi effetti (non solo sul diritto) v. G. CAPOZZI, *L'individuo*, cit., pp. 93 ss. e 219 ss.].

B) *L'imprescrittibilità di ritorno: le deformazioni utilitaristiche della Scuola positiva.* – Ma l'avversione per la prescrizione non è prerogativa esclusiva delle concezioni assolute della pena. L'istituto in esame, infatti, è stato contestato frontalmente anche dalla Scuola positiva [cfr. soprattutto A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale*, Torino, 1893, spec. p. 116 ss.; ID., *La prescrizione penale secondo la scuola classica e la scuola positiva*, in *La scuola positiva*, 1893, p. 369 ss.; già prima, v. V. OLIVIERI, *La prescrizione dell'azione penale*, in AA.VV., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, p. 257 ss., R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Milano, 1891, p. 448 ss.; nonché successivamente da E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, p. 742; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Milano, 1934, p. 428 ss.].

Un simile atteggiamento non può peraltro sorprendere, se si considera che, com'è oltremodo noto, secondo questo indirizzo di pensiero il reato cessa di essere "ente giuridico" per diventare fatto umano sintomatico della pericolosità soggettiva del suo autore, dalla quale la società è legittimata a difendersi ricorrendo a sanzioni penali neutralizzatrici. Da qui l'inammissibilità di ogni meccanismo di carattere presuntivo che ricollega al semplice decorso del tempo il venir meno della pena. Tale automatismo, infatti, altro non sarebbe che «una tenerezza nei confronti dei malfattori», un premio dato all'abilità e alla furberia del delinquente che riesce ad eludere la legge [V. OLIVIERI, *La prescrizione*, cit., p. 258]. La prescrizione – si potrebbe proseguire – irride la società del presente nella misura in cui impedisce che si persegua un soggetto pericoloso – anche se reo confesso – in ragione della circostanza che il fatto sintomatico della sua persistente pericolosità risale a molto tempo addietro [V. OLIVIERI, *La prescrizione*, cit., p. 264].

Nessuna meraviglia, dunque, che la Scuola positiva auspicasse una radicale trasformazione del meccanismo prescrizionale «da presunzione a realtà» [E. FLORIAN, *Trattato*, cit., p. 429]. Un obiettivo, questo, che si proponeva di raggiungere mediante la sostituzione dell'automatico meccanismo estintivo della punibilità, connesso al decorso del tempo, con un "accertamento" caso per caso, che facesse riferimento soprattutto alla personalità del reo, alla cerchia sociale di appartenenza, al genere di reato commesso, ecc., verificando inoltre se nel frattempo fosse venuto meno quello stato di pericolosità sociale al cui contenimento la pena sarebbe destinata [cfr. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 749 s.; A. ZERBOGLIO, *Lo sterminio delle «applicazioni giuridiche»*, in *Scuola positiva*, 1893, II, p. 959 ss.].

Non può sfuggire, del resto, che l'ostilità dimostrata nei confronti della prescrizione s'inquadra nel solco di un più ampio atteggiamento culturale, caratteristico della Scuola positiva, che ha investito tutti gli istituti afferenti al rapporto tra tempo e diritto penale. Da questa angolazione si sosteneva infatti che la pena, servendo a difendere la società del presente, dovesse adattarsi alle valutazioni espresse «nell'ora attuale, nel momento istesso in cui [l'ordinamento] si difende ed applica il mezzo repressivo» [E. FLORIAN, *Trattato*, cit., p. 206 ss.], senza alcun par-

ticolare riguardo allo stato fattuale e normativo esistente in precedenza.

Si comprende dunque la ragione per cui non solo questi autori abbiano avversato l'istituto della prescrizione, ma si siano spinti sino a proporre un ribaltamento integrale dei canoni tradizionali su cui si fondava – e si fonda ancora oggi – la disciplina sulla successione di leggi penali nel tempo. La Scuola positiva suggerì, invero, di sostituire il principio cardine del diritto penale intertemporale (ossia il divieto di retroattività sfavorevole) con il suo esatto opposto, vale a dire con il principio di assoluta retroattività della nuova legge penale, anche se più sfavorevole all'imputato [E. FLORIAN, *La legge penale nel tempo*, in *Scuola positiva*, 1894, p. 492 ss.; nonché adesivamente E. FERRI, *ivi*, p. 148 ss.]. È la società del presente – si sosteneva – forte della sua supremazia storica, che impone le sue regole: cosicché, per difendersi, essa sarebbe libera, sia di sanzionare retroattivamente un fatto che non era considerato illecito ma che, nel presente, è ritenuto sintomatico di una certa pericolosità sociale, sia di trascurare che quel fatto di reato (*rectius*: sintomatico di pericolosità) è stato per lungo tempo ignorato dall'ordinamento.

C) *L'inconsistenza del presente normativo*. – Tanto nitida è la posizione della Scuola positiva in questa materia, quanto incontestabile appare la deduzione che il mantenimento nel nostro sistema penale della vigente disciplina intertemporale e dei tradizionali meccanismi prescrizionali testimoni il rifiuto delle tesi che, specie in passato, hanno giustificato l'intervento punitivo in ragione del mero contenimento della pericolosità individuale. Ancor più, l'esistenza della prescrizione sta a dimostrare che la pena non risponde solo ad esigenze contingenti, avvertite dalla società del presente, ma persegue uno scopo diverso, o quanto meno ulteriore. E precisamente: non potendo servire alla società del passato, che in quanto tale è ovviamente imm modificabile, la pena, da un lato, e la prescrizione, dall'altro, risultano entrambi strumenti intesi a realizzare interessi che si manifesteranno in futuro, ossia nella società a venire.

Del resto, il "presente", che stava tanto a cuore alla Scuola positiva, appare null'altro che un paralogismo, ove si rifletta che esso può essere colto unicamente in termini filosofici come

l'istante in cui la coscienza si ferma a riflettere sul passato e sul futuro [S. AGOSTINO, *Confessioni*, Libro XI, pp. 20 e 26]. Una volta abbandonato il piano filosofico, però, ben presto ci si avvede che le cose stanno diversamente, poiché – in termini fenomenologici e, dunque, anche nel campo della vita sociale – ciò che “adesso è” sarà tra un istante ciò che “è stato”: cosicché le uniche due effettive situazioni temporali in cui la politica, e quindi anche il diritto, possono arrivare sono rappresentate soltanto dal passato, quale oggetto di valutazione, e dal futuro, quale oggetto di condizionamento.

L'inconsistenza del presente, che nell'immediato futuro è già passato, non deve apparire un futile *calembour*; l'affermazione si presta infatti a descrivere l'autentica dinamica temporale del diritto: ovvero il modo in cui diritto realmente opera nella storia [sul tema v. A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, spec. 36 ss.]. Basti pensare che ogni norma accentua le proprie capacità orientative nel momento in cui viene utilizzata come criterio di giudizio dei fatti pregressi; e che ogni asserita funzione della pena (intimidativa, asseveratrice, culturale, ecc.), naturalmente protesa al futuro, trova la sua massima espressione quando viene effettivamente irrogata ai fatti del passato. Ben si comprende, allora, quale sia l'incidenza del diritto penale sulla storia: esso non può fare altro che rivolgersi all'indietro per condizionare il futuro.

Vero ciò, sembra potersi concludere che l'equivoco in cui è incorsa la Scuola positiva, trattando gli istituti concernenti il rapporto tra tempo e diritto, deriva proprio dall'inconsapevolezza di una tale dinamica. I positivisti si illusero, infatti, di congegnare un diritto penale esclusivamente proteso al contingente, auspicando persino forme di prevaricazione del passato (negazione della prescrizione, retroattività sfavorevole) in funzione degli interessi della c.d. “società attuale”. Di questo passo, però, non ci si avvide che il presente in senso stretto è un'utopia, ossia un luogo temporale in cui il legislatore non può arrivare e, comunque, non ha interesse a coltivare. Il diritto penale può solo estroflettersi verso il passato onde preconstituire le garanzie dell'uomo d'oggi, delle quali egli si potrà avvalere non appena “ciò che è” diventerà, a seguito dell'ineluttabile e irreversibile successione di fatti, “ciò che è stato”. È per tale ragione, dunque,

che il sistema penale funziona in modo circolare. Coerentemente, se ne deve trarre la conclusione che anche la *ratio* della prescrizione, pur avendo ad oggetto il tempo passato, non può che essere colta ragionando in termini prospettici.

6. *Prescrizione e concezioni relative della pena. L'approccio specialpreventivo*

I rilievi che precedono lasciano agevolmente comprendere che solo nell'ambito delle concezioni relative della pena, oggi, come noto, unanimemente condivise dalla dottrina internazionale, la prescrizione trova una giustificazione convincente. Del resto, è proprio il superamento delle teorie retributive in favore di quelle preventive ad avere segnato la secolarizzazione del diritto penale e, conseguentemente, il suo passaggio dal mondo dell'essere a quello del divenire. La concezione utilitaristica dell'intervento punitivo, infatti, se, da un lato, ha favorito storicamente l'emancipazione del diritto penale dalle premesse meta-giuridiche di tipo religioso o morale, dall'altro lato, ha calato l'intervento punitivo nel fluire del tempo, collegandolo al contesto storico in cui si trova la comunità cui esso si riferisce. Ne discende che la pena, svincolata da qualsiasi valore assoluto e immutabile, non viene più intesa come un fine in sé, ma assume i contorni di una "scelta", la cui opportunità si presta a una valutazione in termini di costi/benefici.

Esattamente il contrario, dunque, di quella "giustizia infinita" – per rievocare una suggestione che ci viene dalla storia recente – che il governo statunitense scelse inizialmente per designare l'operazione di reazione al terrorismo internazionale [*Corriere della Sera*, 20 settembre 2001, «*Bush lancia l'operazione Giustizia infinita*» (www.corriere.it)]. Una tale mimesi, infatti, mentre ben si adatta alla logica retribuzionista, non risulta proponibile come sintesi dei compiti che le odierne concezioni preventive attribuiscono al diritto penale, perché nel richiamare l'idea della pena come valore assoluto, anziché come strumento di politica sociale, finisce per alludere a una sanzione inesauribile, eterna, fuori dal tempo, laddove l'intervento punitivo si trova inevitabilmente concluso in un quadro storico ben determinato.

In breve: nella prospettiva utilitaristica propria della moderna prevenzione generale dei reati la pena non può che avere una circoscritta dimensione temporale, e dunque una fine, tanto nella sua dimensione concreta (con conseguente scomparsa dell'ergastolo, quale pena perpetua per antonomasia), quanto in quella astratta. Da qui, la necessità logica della prescrizione come risvolto connaturato a un approccio relativistico al diritto penale.

A) *Le "fantasie romantiche" della punishment par la peur*. – Il passaggio dalle teorie assolute a quelle relative, specie nel contesto della spiegazione funzionalistica della prescrizione penale, avvenne in modo tutt'altro che netto. Fu infatti la stessa cultura retribuzionista, nella versione della c.d. *Sühntheorie*, a esprimere i prodromi per la legittimazione teorica di quest'istituto [A. HIRZEL, *Kritische Betrachtung der neuern Doctrin und Gesetzgebung über Verjährung der Strafen*, Zürich, 1860, spec. 35 ss.; per ulteriori indicazioni, R. HEINZE, *Wegfall der Strafe*, in F. VON HOLTZENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen*, vol. II, Berlin, 1871, p. 608, nt. 14]. Da una tale angolazione, non si mancò di sostenere la necessità che il sistema penale si dotasse di meccanismi prescrizionali, senza che ciò equivallesse a rinnegare il carattere ineluttabile della pena.

Il tempo successivo al reato – si argomentava – implica già di per sé una forma di punizione per il suo autore, che deriva dal timore della futura sofferenza, da quell'afflizione psicologica che origina dalla certezza dell'inevitabile, prossima restrizione delle proprie libertà [K. VON BIRKMEYER, *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1901, spec. p. 1086]. «La società – si aggiungeva – se si trova veramente di fronte ad un colpevole, non può non tener conto che la vita di costui, nel più o meno lungo periodo trascorso dal giorno del reato, è stata una vita orribilmente agitata da trepidazioni, da incertezze, da rimorsi, che gli han fatta temere la luce del giorno e la compagnia degli uomini, e gli han turbate nella notte le ore del riposo: sicché egli pel suo reato ha già sofferto tanto, quanto basta a surrogare la pena meritata» [così L. MASUCCI, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto penale*, a cura di E. PESSINA, vol. III, Milano, 1905, p. 316].

Oggi la rilettura della prescrizione come surrogato della pena, in virtù della «*punition par la peur*», assume coloriture nulla

più che romantiche [così R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, vol. II, *Procédure pénale*, Paris, 1979, p. 59; J. PRADEL, *Droit pénal*, vol. II, *Procédure pénale*, Paris, 1993, p. 173 ss.; analogamente già R. LOENING, *Die Verjährung*, in ID., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. I, Berlin, 1908, p. 425]. Nondimeno, nel contesto della teoria dell'emenda, secondo la quale la sanzione opererebbe come antidoto alla persistenza nella colpevolezza e avrebbe quindi la funzione di purificare tramite il dolore, era plausibile che il reo, il quale ha vissuto per lungo tempo nell'inquietata attesa di una futura afflizione, fosse considerato non più bisognoso di un trattamento punitivo in ragione del progresso e già avvenuto patimento. In questa prospettiva, la sofferenza ulteriore che lo Stato imporrebbe con una tardiva pena legale risulta del tutto priva di giustificazione: anzi, essa appare un atto di crudeltà gratuito una volta scollegato dallo scopo che la dottrina dell'emenda riconosceva all'uso legittimo del potere di afflizione [cfr. ancora A. HIRZEL, *Kritische*, cit., p. 42 s.; K. VON BIRKMEYER, *Encyklopädie*, cit., p. 1086].

Senonché, la connessione funzionale tra il decorso del tempo prescrizione e il concomitante processo di espiazione, che i teorici dell'emenda indicavano quale fondamento razionale dell'istituto, non tarda a mostrarsi come uno dei sofismi caratteristici della *Sühntheorie*. L'anzidetta correlazione si basa, invero, su una particolare interpretazione del significato del tempo prescrizione, che si pone in contrasto tanto con il dato reale, quanto con le indicazioni normative. Sotto il primo aspetto sembra infatti assai dubbio che il tempo storico richiesto per la prescrizione venga vissuto dal reo sempre e necessariamente come attesa di una futura sofferenza, nell'inquietudine cioè che si compia il meritato destino punitivo. Quanto al secondo profilo, non è dato riscontrare nella disciplina positiva dell'istituto – tanto meno in quella attualmente vigente nel nostro ordinamento – elementi strutturali che confermino questa supposizione, subordinando l'estinzione della punibilità per decorso del tempo all'accertamento di una tale ipotizzata circostanza. È vero anzi che la prescrizione opera indipendentemente dallo stato spirituale che ha contraddistinto la vita del reo nel periodo che intercorre tra il *tempus commissi delicti* ed il *dies ad quem*: motivo per cui non sembra corretto ravvisare l'*ubi consistam* della pre-

scrizione in una condizione soggettiva non solo eventuale, ma – per quel che più rileva – del tutto assente nell’ordito legislativo.

Non solo: a voler seguire questa tesi fino in fondo, si finirebbe per concludere che la stessa esistenza della prescrizione smentisce la *ratio* dell’istituto, giacché la consapevolezza che il decorso del tempo determinerà certamente l’estinzione della pena rende ancor meno probabile che il reo viva nel timore di una sofferenza che sa non essere ineluttabile, perché ad essa può sottrarsi.

B) *La prescrizione come ratifica del cambiamento individuale?* – Se si prescindere da una flebile eco nella recente letteratura transalpina [cfr. per es. C. PIGACHE, *La prescription pénale. Instrument de politique criminelle*, in *Rev. sc. crim.*, 1983, spec. p. 59], la teoria della prescrizione come riflesso dell’avvenuta emenda del reo può considerarsi oggi del tutto priva di seguito. E tuttavia, non è stato inutile indugiare perché questa pur desueta impostazione presenta un fondamentale tratto in comune con le tesi tuttora avanzate da una larga parte della dottrina. Non è raro, infatti, che nell’individuare il fondamento razionale della prescrizione, si torni ancora oggi ad assumere quella stessa prospettiva di carattere soggettivo che caratterizzò la *Sühnetheorie*, interrogandosi nuovamente sul significato che assume il tempo prescrizione per il reo. Per questa via, pur senza recuperare l’idea della prescrizione come risvolto dell’avvenuta emenda, si finisce per sottolineare che il decorso del tempo non può non avere una funzione estintiva della pena dal momento che incide sulla personalità dell’individuo, trasformandolo in qualcosa di diverso da ciò che egli era nell’istante in cui ha compiuto l’azione illecita: ed è proprio in un tale cambiamento che andrebbe ritrovato, secondo una parte cospicua della letteratura moderna, il fondamento logico-razionale della prescrizione penale [H. LAMMASCH, *Gutachten über die Frage: soll zur Verjährung der Strafverfolgung der bloße Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit seit Verübung der Straftat genügen oder soll diese Verjährung auch noch an andere Bedingungen geknüpft werden?*, in AA.VV., *Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages*, vol. II, Berlin, 1897, spec. p. 112 ss.; S. LOURIE, *Die Kriminalverjährung* (1914), vist. Frankfurt a.M., 1977, p. 46 s. Più di recente v. M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafge-*

setzung, München, Berlin, 1955, p. 56; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, p. 911 ss.]. Si osserva infatti che non solo la natura fisica di una persona, ma anche quella psichica e morale è soggetta ad una continua evoluzione: sicché, ove non esistesse un meccanismo prescrizionale, la pena finirebbe per colpire un individuo che, «nella sua essenza», «è diventato altro da sé» [H. LAMMASCH, *Gutachten*, cit., p. 119; analogamente G. TARDE, *La philosophie pénale*, Lyon, Paris, 1905, p. 131; da noi, L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 661 ss.; Id., in AA.VV., *Prescrizione*, cit., c. 321 s.].

Le radici culturali di questa impostazione affondano chiaramente nella logica della prevenzione speciale: vale a dire in quella «tendenziale finalità rieducativa» che l'art. 27, comma 3, Cost. assegna precipuamente alla pena, e che sarebbe fortemente pregiudicata, se non addirittura compromessa, là dove la risposta sanzionatoria non venisse irrogata con prontezza. In mancanza di un intimo legame tra autore e fatto – legame che «a poco a poco si logora, ed infine si spezza» [così S. LOURIE, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 59] – la pena non riuscirebbe, infatti, ad assolvere la propria funzione, perché il destinatario non ne avvertirebbe la “causale”, e quindi il suo significato positivo, percependo piuttosto l'intempestiva, e per questo sconnessa, sofferenza come una fatalità, una sventura della sorte [S. LOURIE, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 60 s.]. Peraltro, la pena irragionevolmente tardiva non solo finirebbe per colpire un soggetto, come si è detto, sostanzialmente diverso dall'autore, ma rischierebbe di affliggere un individuo che, per ipotesi, può essersi nel frattempo pienamente integrato e fors'anche riappropriato del valore precedentemente offeso: il che produrrebbe un effetto de-socializzante esattamente antitetico rispetto alle finalità cui la sanzione penale dovrebbe tendere per imperativo costituzionale.

C) *La teoria dell'intervallo incolmabile tra agente e fatto.* – È difficile negare che l'impostazione da ultimo ricordata colga un importante aspetto di verità, là dove mette a fuoco gli effetti del tempo sull'individuo. La stessa origine storica della prescrizione, per come viene tradizionalmente tramandata, sembra inoltre confermare tali nessi: è Plinio il giovane a narrare di quando,

proconsole in Asia, avendo trovato in questa provincia molti individui, che seppure condannati da molti anni (ai giochi o ad opere pubbliche), non avevano mai scontato la pena, avesse chiesto all'imperatore come doveva comportarsi, facendogli notare che applicare le pene a vecchi che vivevano onestamente gli sembrava troppo severo oltrech  poco vantaggioso [PLINIO, *Epistolario*, lib. X, epist. 40]. D'altro canto, a partire da Beccaria, non v'  penalista che non riconosca nella prontezza un carattere fondamentale della pena [C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. XIX (1774), Milano, 1997, p. 67] e che non avverta, di conseguenza, nell'eccessiva attesa della risposta sanzionatoria il rischio che il tempo crei «un *intervallo incolmabile* tra l'autore e la propria condotta», un gorgo dove finisce per smarrirsi l'utilit  "personale" della sanzione [S. LOURIE, *Die Kriminalverj hrung*, cit., p. 60]. Sotto questo profilo, dunque,   fuor di dubbio che la prescrizione, fissando la massima distanza temporale tra reato e pena che l'ordinamento tollera, funge anche da rimedio nei confronti di simili inconvenienti. Un tale riconoscimento, per , non equivale a ritenere che una siffatta lettura specialpreventiva colga l'autentica *ratio* normativa della prescrizione. Altro, infatti,   sostenere che il tempo modifica l'uomo, il che pare assolutamente incontestabile; altro   ritenere che la prescrizione sia stata concepita proprio come limite massimo temporale oltre il quale la pena non pu  pi  assolvere la propria funzione specialpreventiva [per una critica al «presunto riadattamento del reo alla vita sociale» quale fondamento della prescrizione v. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. I, Bologna, 1937, p. 625].

Quest'ultima conclusione, infatti, non trova alcuna conferma nella struttura normativa dell'istituto, il quale opera anzi –   questo il fattore pi  intrinsecamente in contrasto con l'impostazione in esame – come *automatico meccanismo presuntivo*, e quindi indipendentemente da una verifica in concreto circa l'utilit  o meno delle potenzialit  risocializzative offerte dalla sanzione penale. In altri termini: il tempo della prescrizione esercita sempre e comunque il suo effetto estintivo, senza essere condizionato da una qualsivoglia forma di accertamento del giudice in merito alla persistenza nel reo di inclinazioni all'illecito. La punibilit    eliminata, infatti, tanto nel caso in cui l'individuo che ne beneficia sia estraneo al reato e accetti l'effetto estintivo

del tempo come antidoto ai rischi (e agli oneri) insiti nella prosecuzione del processo; quanto nel caso in cui, all'inverso, egli non solo sia colpevole, ma anche recidivo, delinquente abituale, professionale o per tendenza, e persino ove, per ipotesi, nel giorno che precede l'estinzione, egli abbia commesso un reato della stessa indole, testimoniando così un'immutata esigenza di risocializzazione.

D'altra parte, anche la disciplina positiva che attribuisce al tempo un effetto estintivo sulla pena già irrogata risulta spesso immune da condizionamenti specialpreventivi. Basti pensare, ad esempio, che qui il meccanismo prescrizionale dispiega la propria efficacia anche se il reo si è sottratto volontariamente all'esecuzione, sfruttando così la propria latitanza, eventualmente guadagnata con un atto di evasione (v. art. 172, comma 4, c.p.), per maturare una posizione giuridica di favore che il decorso del tempo semplicemente gli assicura. Una situazione, questa, che mise a dura prova le convinzioni di Francesco Carrara, giustamente considerato uno dei più fervidi difensori della prescrizione [*Programma*, cit., p. 503], il quale ebbe comunque modo di superare ogni riserva con una famosa arringa pronunciata a difesa di un condannato che, per l'appunto, aveva guadagnato con un evasione il tempo necessario all'estinzione [cfr. *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883, p. 433 ss.].

Le perplessità che suscita questa impostazione vanno però anche oltre il piano strettamente giuspositivistico. E precisamente: se per giustificare la prescrizione si valorizza in chiave specialpreventiva la coincidenza storica tra autore del fatto e soggetto punito, è giocoforza chiedersi quanto pronta deve essere la pena per permettere ad una tale funzione specialpreventiva di potersi correttamente esplicare. A voler essere conseguenti fino in fondo, anche il processo, con il suo ineliminabile ingombro temporale, rischierebbe a questo punto di ostacolare la piena realizzazione delle finalità cui la sanzione tende [cfr. R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione*, Milano, 1998, p. 40]. Inoltre, è fin troppo chiaro che ipotizzando una fungibilità automatica tra la pena e il tempo, in considerazione del fatto che quest'ultimo comporta una modifica dell'uomo, si finisce per imboccare una strada che conduce, paradossalmente, a negare l'utilità stessa

della pena, specie se detentiva, quale sanzione di durata. In effetti, se per giustificare la prescrizione si riconoscono al tempo le stesse potenzialità specialpreventive che sono proprie della pena, ed a cui anche quest'ultima tende, che senso mai avrebbe punire? Perché infliggere una sofferenza in maniera tempestiva? Non sarebbe sufficiente, e più umano, attendere che il tempo eserciti la propria azione benefica, e che la risocializzazione avvenga non in conseguenza di una forzata segregazione, ma a seguito di una vita normale?

Infine, muovendo da questa angolazione, una distorsione non meno dirimente si produce anche sulla spiegazione funzionale dei casi di imprescrittibilità assoluta (v. *infra* § 8, B). E invero, ove si pretendesse di giustificare la prescrizione in base a una “presunzione di risocializzazione per decorso del tempo”, non si potrebbe sfuggire alla conclusione che l'imprescrittibilità corrisponde ad una presunzione inversa di non-ravvedibilità, ad un giudizio legislativo, cioè, concernente l'impossibilità che l'agente si risocializzi. Peraltro, un tale esito sarebbe coerente solo con un diritto penale d'autore che, collegando al tipo di reato commesso figure di *Tätertyp* su cui il tempo non può apportare alcun beneficio, induce a ritenere che la pena applicata ad un reato imprescrittibile sia priva proprio di quella vocazione specialpreventiva che la Costituzione le riconosce. In effetti, una volta ammesso che l'imprescrittibilità equivale ad un'inefficacia specialpreventiva del tempo, sarebbe difficilmente sostenibile che la sanzione applicata per un reato imprescrittibile sia in grado di riuscire là dove il tempo ha fallito, offrendo al reo una concreta occasione di ravvedimento.

7. I nessi tra prescrizione e prevenzione generale

Verificate le insufficienze esplicative delle dottrine retributive e specialpreventive della pena, il novero delle possibili giustificazioni della prescrizione penale tende ovviamente a restringersi, convergendo sulle elaborazioni teoriche che spiegano l'istituto nella prospettiva della prevenzione generale [cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, p. 337, nonché, con particolare riferimento alla prescrizione della pena, P. NUVOLONE, *Il sistema*

del diritto penale, Padova, 1982, p. 559]. Una siffatta impostazione – va sottolineato – comporta un’importante svolta metodologica, dato che impone il rifiuto di una lettura della prescrizione in chiave “individualistica”, a favore di un’interpretazione dell’operatività di un tale istituto che ne metta in luce i prevalenti profili sociali. Ne deriva, dunque, una visione della prescrizione esogena rispetto alla singola vicenda penale, attenta più alle esigenze della collettività verso cui la pena si dirige, che non a quelle dei soggetti direttamente coinvolti nella vicenda costituente reato.

Questo spiega la svalutazione del punto di vista della vittima nella spiegazione del meccanismo prescrizionale, dato che l’istanza punitiva dell’offeso entra verosimilmente in tensione con la logica utilitaristica sottesa all’estinzione del potere punitivo per decorso del tempo [da ultimo v. G. CONSO, *Non dimenticarsi delle vittime specie di fronte alla prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 269 ss.]. Parimenti, ma sul versante soggettivo opposto – che è quello del reo – l’approccio generalpreventivo spinge verso il rifiuto di una lettura funzionalistica della prescrizione desunta dal significato coscienziale che il tempo assume per il soggetto agente. Si pensi, per esempio, al “possesso d’impunità”, alla già ricordata “*punition par la peur*”, ovvero alla “presunzione di ravvedimento e di risocializzazione” proposta dalle elaborazioni di marca specialpreventiva. Tutte «formule vuote» – direbbe Carrara [*Programma*, loc. cit.] – «allucinazioni empiriche», ispirate dalla sopravvalutazione di isolate vicende individuali, che non si possono generalizzare senza tradire un’arbitraria omologazione, tanto più fallace quanto più nutrito è l’elenco di coloro, in attesa della meritata sanzione, sui quali il tempo non esercita affatto un’azione benefica, né incute alcun timore.

Per converso, la preferenza per la logica generalpreventiva prelude ad una spiegazione prevalentemente oggettiva e sovraindividuale del meccanismo prescrizionale. S’impone, cioè, un’interpretazione del significato coscienziale del tempo (v. *supra* § 2), nel cui contesto quest’ultimo non rileva come elemento del “rapporto tra il reo e la sua precedente azione illecita”, ma quale fattore del “rapporto tra il fatto pregresso e la collettività del presente”. Detto altrimenti: secondo la prospettiva dischiusa dalla prevenzione generale dei reati, lo scorrere del tempo estin-

guerebbe la punibilità, non per il significato che l'impunità riveste per i protagonisti della singola vicenda penale, nell'ambito della quale ricadrà comunque l'effetto estintivo, ma per il significato che l'abdicazione alla pena assume agli occhi della società che si relaziona a quel fatto [così G. PENSO, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nuovo dig. it.*, vol. X, 1939, spec. p. 261 s.; nonché, seppure in una diversa prospettiva, G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, spec. p. 902]. Volendo, si potrebbe affermare che la prescrizione sottende ancora un'interpretazione del tempo in chiave psicologica, a condizione però che non ci si riferisca alla psiche dei singoli, bensì alla c.d. "coscienza collettiva" animata da quelle dinamiche di gruppo bene approfondite dalla moderna sociologia del diritto, indotta per questo a trasferire la razionalità che governa il diritto dal singolo individuo al sistema sociale [v., in generale, N. LUHMANN, *Coercizione giuridica e potere politico*, in *Id.*, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, p. 147 ss.].

Del resto, solo considerando la prescrizione quale espressione di un'esigenza sovraindividuale, si può spiegare la specifica rilevanza normativa che assume il trascorre del tempo nel diritto penale d'oggi (v. *supra* § 3). Si comprende, ad esempio, perché il decorso del tempo espliciti una funzione estintiva della punibilità indipendentemente dalla vicenda umana che costituisce reato: ossia a prescindere dalla constatazione che, per ipotesi, il reo abbia risarcito il danno, si sia effettivamente ravveduto, abbia accettato i valori offesi con il reato o viva perfettamente integrato nel contesto sociale. Inoltre, l'approccio generalpreventivo chiarisce la ragione per cui il meccanismo prescrizionale richiede semplicemente l'esistenza di un «fatto storico qualificabile come reato», operando dunque come se, in concreto, mancassero un reo, in senso stretto, e una vittima. La prescrizione, infatti, si relaziona all'accaduto inteso nella sua "apparente" dimensione sociale, senza legare la propria sorte all'esatta, ma particolare, consistenza giuridica del fatto. Tant'è vero che il beneficiario, per riaffermare il proprio individuale interesse ad una più ampia soluzione liberatoria, è tenuto appunto a disinnescare, *uti singulus*, il meccanismo prescrizionale; il quale, altrimenti, definirebbe in modo irrevocabile il significato del fatto concreto per l'ordinamento.

Ma non è tutto: la prospettiva generalpreventiva contribuisce altresì a chiarire perché il tempo della prescrizione esprima un significato senza che null'altro accada, conferendo un senso, non solo all'inerzia dell'ordinamento, ma anche al semplice corso della storia. La stasi di cui si parla, infatti, non è immobilità dei singoli – la quale può avere un significato per il diritto solo se la legge eccezionalmente glielo conferisce (si pensi, ad esempio, all'art. 124 c.p.) – ma riflette il disinteresse della società nei confronti dell'episodio qualificabile come reato perché dimenticato dalla collettività anche a causa, tra l'altro, dell'eventuale inerzia del sistema giudiziario che ha tardato ad attivare l'apparato repressivo.

A) *Le insufficienze della prevenzione generale negativa.* – Ciò detto, va immediatamente precisato, però, che non tutte le impostazioni di matrice generalpreventiva dimostrano una così nitida e penetrante capacità esplicativa del fenomeno prescrizione. Invero, limitando l'indagine alle due principali chiavi di lettura della prevenzione generale, non può sottacersi che il decorso del tempo con funzione estintiva dello *ius puniendi* risulta difficilmente spiegabile nell'ottica classica della prevenzione-intimidazione. E non è difficile comprenderne la ragione.

Se infatti – come si ritiene da più parti – la pena opera come contro-stimolo all'azione, in quanto la minaccia di una sofferenza può dissuadere la generalità dei consociati dal compimento del comportamento vietato, ne discende che la prescrizione risulta del tutto “disfunzionale” alla dinamica della pena, dato che, al pari delle condizioni di procedibilità (ma il discorso potrebbe allargarsi a tutti gli istituti che consentono la non punibilità del reo, *in primis* la sospensione condizionale), l'estinzione della punibilità per decorso del tempo finisce per attenuare l'efficacia preventiva della comminatoria edittale, alimentando una speranza di impunità che rende meno seria, o meglio meno persuasiva, la pena comminata.

Senonché, gli odierni sostenitori della prevenzione generale negativa si guardano bene dal proporre l'espunzione dal diritto penale degli istituti che interferiscono sull'automaticità e sull'indefettibilità della pena, ivi inclusi i meccanismi prescrizionali. Ciò dipende da due specifiche ragioni. Vuoi perché si finisce per ripiegare, in chiave sincretistica, su una concezione plurifunzio-

nale della pena che tutto sa spiegare, perché tutto comprende (specialprevenzione, prevenzione generale positiva e finanche retribuzione là dove si parla di pena “giusta” e “proporzionata”); vuoi perché si valorizzano taluni importanti punti di contatto tra la logica della deterrenza e la funzione dei singoli istituti produttivi della non punibilità, sì da conciliare la prevenzione generale negativa con le varie abdicazioni dalla pena stabilite, da tempo e in misura sempre crescente, nei moderni sistemi penali.

α) *La prescrizione come simmetrico negativo della tempestività della pena?* – Scendendo più nel dettaglio, con riferimento specifico alla prescrizione, si riconosce da più parti che il lungo decorso del tempo può giustificare la non punibilità dell'autore, nella misura in cui determina una condizione di oblio nei confronti del fatto commesso tale da lasciare ragionevolmente supporre che la mancata punizione del reato non intacchi la forza intimidativa della comminatoria edittale rispetto al resto dei consociati [tra gli altri, S. RANIERI, *Manuale*, cit., p. 204; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337]. In questa prospettiva, si osserva, anzi, che la prescrizione funge presuntivamente da limite interno della stessa prevenzione generale negativa, dato che, fissando le relative interconnessioni temporali tra le tipologie di reati (o la pena irrogata) e l'effettiva punizione, valorizza la tempestività della risposta come un requisito indispensabile affinché la minaccia sanzionatoria possa assolvere il proprio effetto di deterrenza [in modo esemplare v. R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1967, p. 970; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 402].

Senonché, simili tentativi, volti ad omologare la prescrizione ai postulati della prevenzione generale negativa, non spiegano ancora la ragione sostanziale dell'istituto, limitandosi semmai a individuare i casi in cui l'operatività del meccanismo prescrizionale può risultare disfunzionale. Con altre parole: alla domanda “perché dimenticare?”, la prevenzione generale negativa risponde indicando “quando si può dimenticare” senza pregiudizio per la tenuta del sistema repressivo. Ancora eluso rimane il cuore del problema.

Ma non solo: la stessa premessa da cui muove questa impo-

stazione, ossia che la prescrizione costituisca il limite intrinseco dell'intimidazione, sembra tutt'altro che indiscutibile. Infatti, se può ragionevolmente supporre che la rapidità della risposta sanzionatoria assicura all'intervento punitivo una maggiore potenzialità deterrente, non è affatto scontato che la pena intempestivamente irrogata non abbia proprio alcun effetto intimidativo verso il resto dei consociati. Da qui la conclusione – maggiormente plausibile – che l'operatività della prescrizione comporta comunque un cedimento del supposto effetto di prevenzione generale negativa comunemente riconosciuto alla comminatoria edittale.

β) *Un ripiego esplicativo: l'istanza di certezza delle situazioni giuridiche.* – Nel tentativo di conciliare l'esistenza della prescrizione con la prevenzione generale negativa, altri autori invocano invece l'irrinunciabile esigenza di certezza delle situazioni giuridiche [con varietà d'accenti, v.: G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, 1949, Padova, p. 359; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 769; M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, 1994, p. 366; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, 1996, p. 546]. Una tale impostazione – diffusa e accreditata soprattutto nel diritto civile – si può avvalere peraltro nel diritto penale di un ulteriore e importante dato processuale, derivante dal fatto che il decorso del tempo svaluta l'attendibilità del materiale probatorio, aumentando simmetricamente le possibilità che il destinatario di un'accusa infondata rimanga vittima di un errore giudiziario. Non sorprende, dunque, che molte delle pagine dedicate alla prescrizione penale s'incentrino proprio su quest'ultimo profilo. Lo scorrere del tempo – si osserva – incrementa la forza del calunniatore rispetto a colui che è ingiustamente incolpato [G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Parigi, 1853, p. 124 ss.], annebbia la memoria dei testimoni e, più in generale, si accompagna alla dispersione o alterazione delle materiale probatorio [fra gli altri F.M. PAGANO, *Principj del Codice penale e Logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei giudizj criminali*, Napoli, 1815, p. 37]. Al fondo, vi è comunque l'idea che la prescrizione si presti a preservare l'imputato innocente dal pericolo di condanne ingiuste [spec. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, p. 823].

Senonché, nemmeno questa impostazione è in grado, da sola, di spiegare la ragion d'essere della prescrizione, sia perché l'ordinamento dispone anche di altri rimedi per ovviare all'insufficienza del materiale probatorio [M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 61], sia perché ogni sistema penale conosce reati imprescrittibili in considerazione della loro gravità, sicché non si comprenderebbe la ragione per cui, dove il rischio sanzionatorio risulta più elevato, il potenziale innocente venga meno garantito [così P. PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 80; concordemente, G. SANTANIELLO, L. MARUOTTI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1990, p. 909]. Senza dimenticare, infine, che non sempre il tempo intacca il materiale probatorio (si pensi alle prove contenute in documenti, filmati, ecc. o alla stessa confessione del reo): sicché, in questi casi, l'impunità per decorso del tempo risulterebbe destituita di fondamento qualora la si basasse solo su esigenze di certezza [*amplius* A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 1968, p. 683; nonché da ultimo E. FASSONE, *La prescrizione del reato*, in *Quest. giust.*, 2001, spec. p. 36].

B) *La prevenzione generale positiva o integratrice: verso un ripensamento del ruolo della prescrizione.* – La seconda chiave di lettura della prevenzione generale, quella che si suole definire *positiva* (ponendo l'accento sul valore che viene ribadito dalla pena) o *integratrice* (valorizzando le dinamiche sociali che fanno da sfondo a una tale asseverazione) offre un contributo decisivo alla messa a fuoco della *ratio* sottostante ai meccanismi prescizionali nel diritto penale. Le premesse sociologiche poste alla base di questa dibattuta teoria funzionalistica sono oltremodo note [fra gli altri, v. W. HASSEMER, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, W. NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg, 1983, p. 39 ss.]. Esse vengono ravvisate ora nelle esigenze di pacificazione che la sanzione criminale asseconda [C. ROXIN, *Strafrecht*, München, 1997, pp. 17 e 54 ss.], ora nel bisogno di pena che sarebbe appagato dal diritto penale [*in primis* G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 7 ss.]. Parimenti note sono del resto le critiche avanzate nei confronti dell'impostazione in esame, la quale, per la sua capacità di

descrivere con estremo disincanto il modo di operare della macchina repressiva, rischia di assopire lo spirito critico del giurista nei confronti della dimensione assiologica del diritto penale. Ciò non autorizza, tuttavia, a disconoscere i meriti dell'impostazione, soprattutto là dove essa sottolinea come l'effetto generalpreventivo si colleghi, più che alla fase dell'astratta minaccia di pena, a quella in cui la sanzione concreta, o *altri istituti* del diritto sostanziale e di quello processuale, trovano applicazione, riconfermando la tenuta sociale della norma infranta e rassicurando i consociati sulla persistente validità del precetto.

Il riconoscimento – cui si è fatto cenno – che la funzione reintegratrice possa essere svolta anche da istituti diversi dalla sanzione punitiva non deve peraltro sorprendere, dato che tra i meriti dell'impostazione in parola vi è, per l'appunto, quello di attribuire un significato positivo proprio alla “mancata applicazione o espiazione della pena concreta”, conferendo alla categoria della “non punibilità” un'autonoma e importante valenza politico-criminale. E invero, nell'ottica della prevenzione-integrazione, l'assenza di afflizione, pur di fronte all'autore di un fatto tipico, anti-giuridico, colpevole, cessa di essere considerata un'eccezione al principio della inderogabilità della pena, da giustificare in ragione di altre esigenze confliggenti e ritenute prevalenti, ma diviene un epilogo possibile, persino auspicabile in un diritto penale funzionalistico e, nondimeno, dal volto umano. In questa prospettiva la “non punibilità” rappresenta, infatti, la *zona dell'inutilità funzionale della pena*: l'ambito cioè in cui l'afflizione del colpevole si rivelerebbe controproducente o anche solo superflua in termini oggettivi (si pensi all'irrelevanza del fatto o, come si vedrà tra breve, ai casi di prescrizione) o da un punto di vista soggettivo (il riferimento è, per esempio, all'istituto della sospensione condizionale). Si può dire, anzi, che la prevenzione generale integratrice trova una delle sue più significative e genuine espressioni là dove si fa “ragione dell'assenza di pena”: ogni qual volta cioè riesce a spiegare la mancata applicazione della sanzione nei riguardi di un fatto che, per quanto penalmente illecito, non intacca la stabilità sociale della norma infranta.

Benché possa sembrare paradossale, la dottrina della prevenzione-integrazione, spesso accusata di inclinazioni autoritarie,

offre viceversa un ambiente teorico congeniale per giustificare e finanche favorire la ricomposizione del conflitto sociale innescato dal reato sulla base di strumenti alternativi alla sofferenza individuale del reo. L'irrilevanza del fatto e l'abdicazione alla pena a seguito del risarcimento del danno, solo per rimanere nel campo delle recenti novità introdotte nell'ambito della giurisdizione di pace (artt. 34 e 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), sono altrettante manifestazioni di questa seconda anima del diritto penale, il quale, essendo votato alla riconferma sociale della norma trasgredita, può rinunciare all'afflizione minacciata, ogni qual volta la frattura intersoggettiva generata dal reato trova altri e meno traumatici strumenti di conciliazione. Non va dimenticato infatti che per le teoriche dell'integrazione sociale la selezione dei fatti da punire in concreto è una necessità implicita nel concetto stesso di prevenzione: una tale prospettiva teleologica finisce invero per penetrare all'interno della tipicità e scardinare la meccanica consequenzialità tra reato e pena, sottolineando l'esistenza di un'area, pur legalmente punibile, in cui l'irrogazione della sanzione risulterebbe disfunzionale, vuoi per la particolarità della fattispecie concreta, vuoi per la personalità dell'autore, vuoi ancora – ed è il tema precipuo di questa indagine – per il decorso di un ampio lasso di tempo proporzionato al disvalore dell'illecito.

E difatti, la pena tardivamente irrogata o espiata in modo intempestivo, perdendo di attualità confermativa, non può che smarrire le proprie potenzialità di rassicurazione. Ha senso imporre un'applicazione della pena troppo posticipata rispetto al fatto? Una risposta affermativa può discendere da premesse di tipo retributivo; o, tutt'al più, può conciliarsi con l'esigenza di irrobustire le potenzialità intimidative della comminatoria edittale. In ogni caso, la risposta punitiva troppo tardiva non mira certo a reintegrare il rapporto di fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento. Non può trascurarsi, infatti, che la società che ha assistito al fatto di reato è nel frattempo mutata, e con essa è sfumata la percezione di quel lontano avvenimento, superato da altri episodi illeciti della stessa indole connotati da una maggiore attualità rappresentativa, la cui repressione può produrre, con maggiore incisività, la necessaria rassicurazione dei consociati circa la persistente validità del precetto infranto [in

questo senso, R. LOENING, *Die Verjährung*, cit., p. 458 s., con cui concordavano F. VON LISZT, E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, Leipzig, 1932, p. 451].

È questa dunque la funzione coscienziale che il tempo assume nella prescrizione penale: la memoria dell'ordinamento si restringe come riflesso della perdita di interesse sociale alla punizione del fatto. Il sistema repressivo tiene presente solo provvisoriamente un determinato illecito, perché più passa il tempo più la sua punizione perde di efficacia rappresentativa, fino al momento in cui il corso della storia esclude che la (pur sempre possibile) punizione abbia potenzialità confermativa del precetto violato [R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 180 ss., spec. 186 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, New York, 1991, p. 345].

A ben vedere, è questo, in fondo, ciò che intendeva la dottrina tradizionale quando giustificava la prescrizione riferendosi al c.d. «danno politico» cagionato dal reato, che è destinato ad attenuarsi nel tempo, fino a scomparire [si rinvia a L. MASUCCI, *Prescrizione*, cit., p. 318; L. D'ANTONIO, *Prescrizione*, cit., p. 543]. Con tale espressione, infatti, non ci si riferiva soltanto alla lesione del bene giuridico inteso in senso impersonale, che dopo tutto non perde nel tempo d'importanza, ma soprattutto all'instabilità sociale della norma provocata dall'illecito, la quale può essere rimediata solo tempestivamente dalla pena, per poi cedere il passo alle proprietà lenitive del tempo indotte dall'oblio sociale di quel fatto.

8. *Il fondamento costituzionale del diritto alla dimenticanza: il principio personalistico*

Se la logica della prevenzione generale integratrice offre una convincente spiegazione dei meccanismi prescrizionali nel diritto penale, ciò non significa però che la prescrizione perda, per questa ragione, il carattere di garanzia individuale che discende dal modo in cui essa opera in concreto. A ben vedere, infatti, questa forma di presunzione temporale, fissando la distanza massima consentita tra il tempo del reato e l'assoggettamento a

pena del colpevole, assolve anche un'imprescindibile esigenza di garanzia di chiara impronta personalistica: il reo – se ne desume – va sì sottoposto alle restrizioni stabilite dalla legge, alla condizione però che un tale stato di potenziale soggezione non sia incessante, potendo viceversa gravare su una parte soltanto della sua esistenza. Sotto questo profilo, dunque, l'operatività della prescrizione riflette la stessa logica di quell'orientamento di pensiero che conclude per l'inammissibilità delle pene perpetue, le quali, là dove previste, disconoscono il fondamentale diritto di ciascuno a vivere da uomo libero; diritto che, se per un verso può essere compresso dall'ordinamento in funzione di interessi collettivi, non può invece essere annientato senza ridurre l'individuo ad un mero strumento per l'appagamento di esigenze collettive [sul tema, per tutti, L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Delitti e pene*, 1992, p. 79 ss.].

A) *I riflessi del principio personalistico sulla temporaneità dello ius puniendi: prescrizione e ragionevole durata del processo.* – Com'è intuibile, ove non si riconoscesse al tempo una qualche funzione estintiva dello *ius puniendi*, ogni autore di reato, in perdurante attesa della pena, si troverebbe privato della possibilità di prevenire la propria esistenza, la propria attività lavorativa, finanche di coltivare normalmente i propri affetti. Esercitabile in eterno, qualunque sia la distanza temporale che separa il fatto dalla pena, il legittimo diritto di punire finirebbe così per espropriare *ab imis* i suoi destinatari della possibilità di effettuare le più comuni scelte esistenziali, come sanzione ulteriore, e magari più invasiva, di quella prevista per lo specifico reato commesso.

Così ragionando – si badi – non si intende certo elevare le scelte esistenziali di ciascuno a diritto incondizionato e incondizionabile, come tale espressione di una concezione della libertà assoluta e utopistica. Non par dubbio, però, che anche il tempo che precede l'espiazione può essere connotato da un'elevata valenza afflittiva, come confermano le critiche che si muovono alla lunga attesa dei condannati alla pena capitale nei bracci della morte, la cui disumanità è pari a quella della morte come pena. Qualora, dunque, non esistesse alcun limite temporale dell'intervento punitivo, non è azzardato ipotizzare che anche l'attesa diventerebbe

essa stessa una sanzione di durata e, nei casi estremi, una pena perpetua: una *capitis deminutio* determinata dalla costante posticipazione del giudizio e dell'esecuzione. L'autore di un reato verrebbe così a trovarsi costantemente "sotto scacco", vale a dire in una condizione esistenziale in cui ogni progettazione del futuro risulta fatalmente condizionata, in senso restrittivo, dal potenziale sopraggiungere della pena. Non è un caso, perciò, che una tale esigenza di contenimento temporale dello *ius puniendi* abbia trovato riscontro, tanto nell'art. 14, comma 3, lett. c) del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (l. 25 ottobre 1997, n. 881), che attribuisce ad ogni individuo il «diritto di essere giudicato senza ingiustificato ritardo», quanto negli artt. 6 C.E.D.U. e 111 Cost., che riguardano, più direttamente, la ragionevole durata del processo [v. M. CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, spec. p. 206 ss.].

Chiarito questo, ben si comprende allora come, in un ordinamento a carattere «personalistico», qual è il nostro [per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 37 ss.; Id., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 28 ss.], in cui la persona umana viene elevata a bene primario, e i suoi diritti fondamentali sottratti alla disponibilità del legislatore, l'esistenza della prescrizione, lungi dal costituire una mera prassi normativa [così invece J. GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?*, in *Schweiz. Zeit. für Straf.*, 1965, spec. p. 113], trovi un naturale fondamento costituzionale [L. STORTONI, *Prescrizione*, cit., c. 321. Diversamente, V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività della processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, spec. pp. 190, 202]. E non solo, com'è ovvio, in virtù dell'art. 2 Cost., che assicura – anche al reo – la tutela dei «diritti inviolabili dell'uomo», tra i quali va annoverato, innanzi tutto, il *diritto alla vita* (cfr. l'art. 6 del Patto internazionale dei diritti civili e politici), che viene appunto salvaguardato dalla delimitazione temporale del potere punitivo. Ma anche in forza di quel reticolo di norme costituzionali che impongono allo Stato (il quale

per questa ragione viene definito *sociale*) compiti positivi, volti cioè a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), soprattutto in materia di lavoro (artt. 4, 35, 37 Cost.), di tutela della famiglia (art. 29 Cost.), di salute (art. 32 Cost.), di assistenza sociale (art. 38 Cost.), di attività economica (art. 41 Cost.). Non v'è ragione di ritenere, infatti, che un tale coacervo di "diritti sociali" non riguardi anche il soggetto potenzialmente punibile, verso il quale la Costituzione ammette sì l'eventuale uso della forza (cfr. il combinato disposto tra gli artt. 13 e 25 Cost.), ma non certo la permanente menomazione delle proprie prerogative fondamentali, che discenderebbe, viceversa, dalla persistente prospettiva di una sanzione da scontare.

Da un'angolazione più strettamente penalistica, poi, l'imprescindibile necessità di un contenimento temporale dello *ius puniendi*, che sta alla base del fondamento costituzionale della prescrizione, può desumersi – oltreché dall'art. 111 Cost. che, consacrando il principio alla durata ragionevole del processo, è esso stesso espressione del diritto all'oblio quale garanzia della persona [M.G. AIMONETTO, *La durata ragionevole del processo penale*, Torino, 1997, p. 1] – anche dal disposto dell'art. 27, comma 3, Cost. Vuoi perché una pena imprescrittibile lascerebbe il reo che attende l'espiazione in una condizione «contraria al senso di umanità»: uno stato di precarietà perpetua, di semi-vita dagli effetti tanto più alienanti, quanto più elevato è l'eventuale debito punitivo da estinguere. Vuoi perché l'imprescrittibilità mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, nella misura in cui si riconosca ad un tale principio una incidenza sulle astratte tipologie punitive, oltreché sulla pena in concreto. Se, infatti, l'espiazione può giovare di una qualche forma di "trattamento" nel tentativo – per la verità quasi sempre "inidoneo", visto le condizioni del nostro sistema carcerario – di offrire al reo un'occasione di ravvedimento, la perdurante attesa della pena non sembra invece possedere alcuna valenza positiva, riducendosi nulla più che alla restrizione, in ipotesi anche perpetua, delle potenzialità di vita del soggetto virtualmente punibile.

B) *Il divieto di strumentalizzazione dell'individuo*. – Il riconoscimento di una rilevanza costituzionale del diritto all'oblio qua-

le fondamento della prescrizione non è priva di conseguenze. Vero è, infatti, che in questa materia la logica utilitaristica, che induce a rinunciare alla pena eccessivamente tardiva in considerazione della sua inutilità confermativa, anziché collidere, entra in sinergia con il divieto di strumentalizzazione della persona, convergendo sull'importanza della prescrizione. Non par dubbio, però, che in particolari contesti l'anzidetta armonia tra logica utilitaristica e principio personalistico può cedere il passo al più "tradizionale" rapporto di antagonismo che solitamente s'instaura tra istanze solidaristiche e garanzie individuali.

Per rendersene conto, si ipotizzi ad esempio che, a seguito del riacutizzarsi di determinate forme di criminalità e al fine di rinviare i valori così offesi, l'ordinamento allunghi i termini di prescrizione previsti per alcuni reati, riaprendo di fatto un determinato capitolo della propria storia che il comune sentire sociale avvertiva come superato. Più concretamente: si immagini che la malaugurata e diffusa riemersione nel nostro paese di una forma di terrorismo politico, contiguo per tipologia ed ideologia a quello degli anni '70, inducesse il legislatore ad allungare il termine di prescrizione relativo agli omologhi fatti di reato commessi nel passato, onde corroborare con maggiore incisività la tenuta sociale del modello comportamentale disatteso. Ebbene, a prescindere dall'eventuale violazione del divieto di retroattività stabilito dall'art. 25, comma 2, Cost., di cui si dirà tra breve (v. *infra* §§ 12 e 13), una siffatta opzione politico-criminale non potrebbe ritenersi legittima proprio per il prevalente carattere personalistico del nostro ordinamento. Conseguentemente, affermando il fondamento costituzionale del diritto alla dimenticanza, s'intende precludere, sul piano formale, quelle tentazioni repressive, intese a piegare l'istituto della prescrizione a istanze funzionalistiche, magari ispirate alla logica dell'emergenza, ma certamente illiberali.

C) *La dialettica tra prescrittibilità e imprescrittibilità nel diritto penale.* – Un discorso a parte merita il regime di imprescrittibilità stabilito pressoché in ogni sistema penale per reati particolarmente gravi [nel nostro ordinamento quelli puniti con l'ergastolo: *amplius* S. RIONDATO, *La seconda decisione di merito sulla vicenda giudiziaria Priebke*, in *Dir. proc. pen.*, 1997, p. 1511] nonché per le pene più elevate. In questo contesto, infatti, il contra-

sto tra utilitarismo sociale e la supposta priorità costituzionale della persona umana, altrove sopito nella disciplina della prescrizione, tende drammaticamente a riemergere. E invero, a fronte delle aspettative della società che chiede all'ordinamento giuridico di non dimenticare mai taluni episodi criminosi, riversando nel sistema un implacabile bisogno di pena, si contrappongono le prerogative personali dell'individuo che si è macchiato di questi crimini, il quale, per tale ragione, viene esposto a quella condizione di perpetua afflizione che ha, solitamente, come probabile epilogo la pena capitale (da noi l'ergastolo) e per prologo l'imprescrittibilità.

α) La disciplina dei reati caratterizzati da una circoscritta valenza storica. – Al riguardo sembra comunque opportuno distinguere due situazioni: il regime della prescrizione relativo ai fatti di reato connotati da una circoscritta valenza storico-sociale, vale a dire tipologie d'illecito di rilevanza prettamente interna all'ordinamento; e il regime della prescrizione afferente ai crimini contro l'umanità, che, in quanto tali, travalicano la storia, offendendo direttamente il bene-uomo più che singoli diritti socialmente circoscritti.

Ebbene, nei confronti del primo tipo di reati, non può non ribadirsi la priorità del principio personalistico e l'insopprimibile valore della persona umana, che trova la propria icona anche nel più misero criminale. L'architettura costituzionale spinge dunque, in questi casi, a considerare comunque illegittimo il regime di imprescrittibilità, in quanto sintomatico di un eccesso funzionalistico. Da questa angolazione, ad esempio, risulta certamente censurabile quel relitto storico della nostra legislazione che è l'art. 107 della l. 19 gennaio 1939, n. 340 (Norme relative all'organizzazione della leva aeronautica), il quale stabilisce l'imprescrittibilità per il reato di renitenza e per quello di omissione o cancellazione dolosa dalle note preparatorie o dalle liste di leva.

Inoltre, più di una perplessità d'ordine costituzionale pone il regime d'imprescrittibilità della pena attualmente collegato dall'art. 172, comma 7, c.p. all'esistenza di determinate condizioni soggettive (recidiva, delinquenza abituale, ecc.). È questa infatti una disciplina in forza della quale il debito punitivo consacrato

in sentenza finisce per gravare in perpetuo sul condannato sottrattosi all'esecuzione, ingenerando così una condizione soggettiva non solo in contrasto con il fondamento costituzionale del diritto alla dimenticanza, ma anche abnorme ove si consideri il carattere spesso lieve degli illeciti cui eventualmente si riferisce la pena imprescrittibile. Per di più, il regime della prescrizione delineato dall'art. 172, comma 7, c.p. appare del tutto disfunzionale qualora si convenga sulla spiegazione dell'effetto estintivo connesso al decorso del tempo offerto dalla prevenzione generale integratrice. Basta pensare, infatti, che l'utilità di reintegrazione sociale della pena eccessivamente tardiva può essere in questi casi smentita proprio dallo stesso gruppo sociale, che non di rado si attiva per richiederne la neutralizzazione, invocando l'adozione di eccezionali strumenti di clemenza (ad esempio la grazia) quale correttivo di un'imprescrittibilità intollerabile. Emblematica è in tal senso la vicenda del giornalista Stefano Surace, la cui tardiva carcerazione, intervenuta a distanza di trent'anni dal passaggio in giudicato di talune condanne per diffamazione a mezzo stampa, ha suscitato notevole scalpore, inducendo di conseguenza una larga parte dell'opinione pubblica ad invocare un "riparatorio" atto di clemenza [cfr. "*Grazia per Surace. Castelli: valuteremo prima possibile*", in *Corriere della Sera*, 10 agosto 2002].

β) *L'eccezione dei crimini contro l'umanità*. – Quanto ai *crimina iuris gentium*, invece, l'imprescrittibilità non solo pare giustificata, ma rappresenta la logica conseguenza della diversa funzione assolta in questo contesto dalla pena, che trova la propria spiegazione nella sostanziale estraneità di tali crimini rispetto al raggio d'intervento del diritto penale funzionalmente orientato alla conservazione e al rafforzamento sociale della norma. Nel caso dei crimini contro l'umanità, infatti, l'intervento punitivo, lungi dal perseguire un effetto di reintegrazione, si presta ad assecondare un'istanza retributiva di stampo classico, rendendosi interprete di una giustizia universalmente riconosciuta. Di fronte a tali attività criminose, è dunque logico, oltreché inevitabile, che le garanzie tradizionalmente operanti nel diritto penale finiscano per subire delle flessioni. Altro è, invero, l'esigenza di contenimento della pena quando essa opera quale strumento di coe-

sione sociale; altro è l'operatività della pena che si rende interprete di una giustizia universale e che, per questa ragione, pare connotata da una pervicacia particolarmente spiccata, tesa a porre l'autore del reato di fronte alle proprie responsabilità. Non si tratta più, infatti, di difendere il potenziale reo dalle aspettative di rivalsa del gruppo, ma di riaffermare i «valori extra- o meta- o pre-giuridici fondanti il sistema» contro cui si è posto l'autore del reato [così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 894].

Vero ciò, ben si spiega nei *crimina iuris gentium*, la rinuncia al divieto di retroattività sfavorevole (cfr. l'art. 7, comma 2, C.E.D.U.) [su cui v., per tutti, A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7 C.E.D.U.)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., spec. p. 297 ss.]; l'attenuarsi in genere dei corollari della legalità formale (*in primis* la determinatezza), che avrebbe in questo contesto una funzione *ad probationem* anziché *ad substantiam*; l'assottigliarsi del principio di colpevolezza, nonché l'irrilevanza estintiva del tempo, il cui scorrere non può certo far dimenticare proprio coloro che hanno tragicamente segnato il corso della storia.

Questi rilievi trovano peraltro conferma, oltreché in molte legislazioni straniere che dichiarano espressamente l'imprescrittibilità dei reati "contro la pace e la sicurezza dell'umanità" (così l'art. 78, comma 5, c.p. russo, ma sulla stessa linea v., ad es., gli artt. 24 c.p. croato; 213-5 c.p. francese; 116 c.p. sloveno; 131, comma 4, e 133, comma 2, c.p. spagnolo; 75-*bis* c.p. svizzero; § 78, comma 2, StGB), nella Convenzione di New York del 26 novembre 1968 e nella Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1974, con cui si cercò di affermare, a livello internazionale, il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità [cfr. P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'ONU*, in AA.VV., *Le procès de Nurembreg. Conséquences et actualisation*, Bruxelles, 1988, p. 82 ss; nonché S. RIONDATO, *Fosse Ardeatine: solo l'ergastolo rende imprescrittibili i crimini di guerra?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, spec. p. 605 ss.]. Un obiettivo questo che, sebbene sia stato mancato dalle anzidette Convenzioni, stante l'assenza del numero di ratifiche o conversioni necessarie, è stato di recente raggiunto con l'art. 29 della

legge 12 luglio 1999 n. 232, almeno per i crimini sui quali è oggi competente la Corte penale internazionale.

D'altro canto, particolare importanza riveste, sempre a questo proposito, il pronunciamento della Corte costituzionale slovacca, che ha ritenuto legittima la legge n. 198 del 9 luglio 1993, con la quale, per perseguire gli atti criminali realizzati dal previgente regime comunista, si è imposto di non considerare nel computo della prescrizione il periodo intercorrente tra il 25 febbraio 1948 e il 29 dicembre 1989, qualora, nel caso specifico, il giudizio non si sia svolto o abbia portato all'assoluzione dell'imputato per ragioni politiche incompatibili con i principi dell'ordinamento e degli Stati democratici [v. S. ZIMMERMANN, *Strafrechtliche*, cit., p. 124 ss.]. Di diverso avviso si è mostrata invece la Corte costituzionale ungherese, pronunciata nel senso dell'illegittimità della legge del 4 novembre 1991, con cui era stata introdotta un'analogia irrilevanza temporale nel computo della prescrizione relativamente a taluni reati (omicidio doloso, lesioni personali che avevano condotto alla morte, ecc.) verso i quali non si era proceduto per ragioni politiche [cfr. ancora S. ZIMMERMANN, *Strafrechtliche*, cit., p. 127 ss.].

9. *Il fatto prescritto nel contesto della non-punibilità*

Lo sviluppo dell'indagine impone adesso di verificare quale assetto normativo consenta di attuare al meglio l'ineluttabile effetto estintivo della punibilità che è connesso al decorso del tempo. Il problema – va da sé – non si pone certo per la prescrizione della pena irrogata con sentenza definitiva. In un tale contesto, infatti, il meccanismo prescrizionale può assumere soltanto la natura di causa di estinzione della pena, essendo destinato ad entrare in azione quando tutta la vicenda giudiziaria si è esaurita.

La questione mostra invece tutta la sua complessità quando l'effetto estintivo connesso all'eccessivo decorso del tempo si verifica prima della sentenza definitiva. In questi casi, infatti, ove ci si limitasse ad osservare che la prescrizione travolge la punibilità in astratto, si finirebbe per offrire una spiegazione certamente corretta, ma ancora ambigua, dato che la categoria della

(non) “punibilità” si presta a ricomprendere larga parte della meccanica del diritto penale sostanziale, ivi inclusi taluni istituti del diritto processuale. La mancata irrogazione di una pena può costituire infatti il risultato della realizzazione di un fatto atipico, o giustificato, o non colpevole; ma è anche l’effetto di una causa di non punibilità, o di un’amnistia, oppure dell’assenza di una condizione di procedibilità; così come “non punibile”, in senso lato, è in fondo anche il reato non adeguatamente provato, benché l’imputato sia il vero responsabile dell’accaduto. Detto altrimenti: tanto la categoria della non punibilità in concreto risulta circoscritta, perché in grado di rappresentare i due estremi della relazione (la pena irrogata quale punto di partenza e il venir meno dell’esecuzione quale punto di arrivo), quanto la categoria della (non) punibilità in astratto si traduce in una formula vuota, giacché, incentrandosi esclusivamente sulla (non) applicazione di una pena, non chiarisce quale sia la causa tecnica di questo epilogo.

Vero ciò, occorre soffermarsi brevemente sulle “variazioni” della punibilità in astratto, tenendo conto che, tramontate le concezioni retributive assolute, la pena non segue il reato inseparabile come un’ombra: la logica di *extrema ratio*, che permea il diritto penale orientato in senso utilitaristico, non può infatti non condizionare anche la connessione tra reato e pena, consentendo che si rinunci alla meritata sanzione ogni qual volta lo richieda la convergenza di interessi stimati come prevalenti sull’istanza di asseverazione della norma infranta. In quest’ottica, la “meritevolezza di pena” insita nella tipicità del fatto viene dunque sottoposta – specie nella prospettiva della prevenzione generale integratrice (v. *supra* § 7, B) – a una nuova verifica, da compiersi dopo l’accertamento della corrispondenza del fatto storico alla fattispecie incriminatrice astratta. Si profila così la necessità di una valutazione aggiuntiva sulla “necessità della pena” – da qui il luogo dogmatico solitamente definito come «bisogno di pena» [per tutti: M. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.] – volta a stabilire se il giudizio di valore, di cui l’effettiva esecuzione della sanzione è espressione, debba cedere il passo a istanze diverse e ulteriori rispetto a quelle che hanno ispirato la norma incriminatrice.

Orbene, è proprio nell'ambito di questa valutazione, vale a dire nel passaggio dalla «meritevolezza» al «bisogno» di pena, che si colloca l'operatività della prescrizione del reato. Quest'ultimo istituto tende infatti ad evidenziare la superfluità della pena in ragione di valutazioni generalpreventive sopraggiunte e diverse da quelle esistenti al momento della commissione del reato, le quali consentono per l'appunto di conciliare la non punibilità del fatto concreto con la tenuta preventiva del divieto infranto.

Senonché, anche la categoria sostanziale del "bisogno di pena" risulta, com'è noto, tutt'altro che definita e omogenea. Da un lato, infatti, ne sono incerti i confini, tanto verso la tipicità (si pensi alla dibattuta collocazione sistematica della desistenza volontaria), quanto verso il diritto processuale (significativo è il dibattito sulla qualificazione della querela). Dall'altro lato, in essa confluiscono opzioni politico-criminali assai varie [L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.], e come tali difficilmente riducibili a sistema.

Ciò nonostante, per cogliere le peculiarità della prescrizione si può prescindere in questa sede dall'inquadrare il meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo all'interno delle varie articolazioni in cui viene atomizzata la dinamica punitiva [v. di recente, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 221 ss.]. Né pare indispensabile occuparsi della collocazione della "punibilità" nella sistematica del reato [v. al riguardo G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 651 ss.], malgrado che ad una tale questione sia spesso tributato un peso decisivo nel dibattito sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione penale [v. A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 680, n. 5]. Qui l'obiettivo è assai più circoscritto, trattandosi, per un verso, di procedere ad un *esame analogico* delle note che distinguono la prescrizione dagli altri istituti che si ispirano alla "non necessità della pena", per l'altro di individuare la fase della "punibilità in astratto" in cui ricondurre l'effetto estintivo connesso al decorso del tempo.

A) *L'indifferenza della prescrizione alle ragioni della illiceità.* – Dato per scontato che la prescrizione non incide sull'esistenza o

meno dell'illiceità – se non altro perché può operare anche a prescindere dalla reale esistenza di un reato – è parimenti da escludersi un'analogia funzionale tra il meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo e la logica sottesa alle condizioni di punibilità e alle (pur diverse ed eterogenee) cause di non punibilità presenti nel sistema, siano esse concomitanti o susseguenti al reato. Ciascuno degli istituti da ultimo evocati si fonda, invero, su valutazioni che attengono pur sempre al piano del «fatto di reato», secondo una logica che procede dal *genus* alla *differentia specifica*. Più precisamente, la delimitazione, in positivo o in negativo, della punibilità tende, in questi casi, a puntualizzare lo stesso conflitto di interessi che è preso in considerazione dalla norma incriminatrice (cfr., per tutti, gli artt. 376 e 649 c.p.), stabilendo che una determinata pena, benché meritata secondo il giudizio di disvalore insito nella tipicità del fatto, non è necessaria per la prevalenza di interessi (ulteriori sì, ma) di analoga natura rispetto a quelli sottesi all'incriminazione.

Una tale specificazione valutativa non si verifica invece nel caso della prescrizione penale, la cui operatività – si è visto – dipende da un interesse oggettivo del tutto indipendente da quello che ha guidato la formulazione della fattispecie incriminatrice. Ai fini della prescrizione, infatti, l'identità tipologica del reato ed il conflitto di interessi considerato dalla norma la cui punibilità viene isolatamente estinta non rilevano in alcun modo. Il meccanismo prescrizione si disinteressa, anzi, delle “sembranze normative” del fatto non punibile, tenendo conto solo del suo livello di gravità desumibile dal massimo edittale della pena. Sicché, quelle volte che la disciplina della prescrizione dà rilevanza alla natura dell'illecito, come ad esempio nel caso di *crimina iuris gentium*, è da ritenersi che non ci si trovi in presenza di un'eccezione: semmai – come già si è visto – è il tipo di violazione che finisce, in questi casi, per alterare la funzione della pena (v. *supra* § 8), con la conseguenza che non può non risentirne anche la disciplina estintiva connessa al decorso del tempo.

B) *La radicalità dell'effetto estintivo nella prescrizione.* – Analogamente, ma per ragioni diverse, la prescrizione non può associarsi a quel nutrito gruppo di istituti che comportano solo un

mutamento di afflittività della risposta ordinamentale al reato. Quand'anche, infatti, questi istituti implicassero il venir meno della punibilità penale (è il caso dell'oblazione), prevale in essi l'esistenza di un residuo sanzionatorio (tale è, *in primis*, il pagamento di una somma di denaro), che imprime alla logica di *extrema ratio* un andamento scalare che procede da un *maior* a un *minor*. L'avvenuta prescrizione segna invece un passaggio netto dallo stato di punibilità potenziale all'assenza di ogni conseguenza sanzionatoria, operando come "limite assoluto" nei confronti di qualunque opzione punitiva.

C) *L'irrelevanza della meritevolezza soggettiva*. – Rimangono ancora da considerare le analogie funzionali tra la prescrizione ed i meccanismi sostanziali e processuali, variamente qualificati come cause di estinzione, condizioni di procedibilità, ecc., che fondano la non punibilità su valutazioni che attengono alla persona (*rectius*: alla personalità) dell'autore del reato.

Al riguardo torna comunque utile l'analisi già condotta sui rapporti tra prescrizione e funzioni della pena. È evidente infatti che se, a proposito del significato coscienziale del tempo, si fosse accolta la soluzione offerta dalla *Sühntheorie*, secondo cui la giustificazione razionale dei meccanismi prescrizionali si fonderebbe sulla «*punition par la peur*», si potrebbe ora associare l'effetto estintivo del tempo a quello derivante, ad esempio, dalla "rinuncia alla pena" prevista dal § 60 StGB [su questo istituto, v. G. CASAROLI, *Novità e realtà di un originale istituto: l'astensione dalla pena nelle attuali linee di tendenza della codificazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di P. Bellini*, Catanzaro, 1998, p. 124 ss.]. Tanto l'*Absehen von Strafe*, infatti, quanto la prescrizione, fonderebbero la propria logica estintiva sull'esistenza di una *poena naturalis*, che renderebbe superflua l'irrogazione della sanzione giuridica come strumento di asseverazione della norma violata.

Una volta escluso, però, che la *Sühntheorie* abbia una qualche attitudine esplicativa del meccanismo prescrizionale, cade conseguentemente la possibilità di accostare la prescrizione al funzionamento della rinuncia alla pena e, più in generale, ad ogni altro meccanismo estintivo che si fonda su istanze special-preventive. Si pensi – ad esempio – alle differenze che intercor-

rono tra il decorso del tempo con effetti estintivi e la sospensione condizionale della pena: mentre negli istituti sospensivi l'estinzione della punibilità si fonda sulla prevalente esigenza di un recupero del colpevole, nel caso della prescrizione – si è visto – sono del tutto irrilevanti le potenzialità criminogene del reo, basandosi l'effetto estintivo unicamente sull'oblio sociale dell'illecito.

D) *Le differenze dalle "cause di clemenza"*. – Indubbiamente la prescrizione presenta maggiori affinità con le c.d. «cause di clemenza» e, in particolare con l'amnistia, essendo scontato che essa si discosta dalla grazia e dall'indulto, il cui effetto estintivo concerne unicamente la pena irrogata. L'amnistia, infatti, non diversamente dalla prescrizione, incide in senso restrittivo sulla capacità di memoria dell'ordinamento, e può operare, non diversamente dai meccanismi prescrizionali, sia prima che dopo la condanna definitiva.

Senonché, l'accostamento del meccanismo prescrizionale all'amnistia non va sopravvalutato, risultando d'ostacolo l'intrinseca eccezionalità e specificità dell'istituto di clemenza, cui si contrappone l'automaticità della prescrizione e il suo ambito operativo generalizzato. Non può trascurarsi inoltre che, a differenza del meccanismo prescrizionale, l'amnistia non presenta un'univoca dimensione funzionalistica, prestandosi ad assecondare i più vari interessi di volta in volta perseguiti dal legislatore: da quelli politico-criminali (si pensi alle esigenze di pacificazione sociale nonché di deflazione giudiziaria e carceraria) sino agli intenti celebrativi (il riferimento è alla richiesta di amnistia avanzata in occasione dell'ultimo Giubileo). Al di sotto dell'amnistia v'è, dunque, un vuoto funzionale da riempire all'occorrenza, che finisce per attribuire a questa causa di clemenza un effetto di rapsodica delimitazione dell'intervento punitivo, laddove la prescrizione produce lo stesso effetto in modo automatico e costante.

E) *L'analogia funzionale con le condizioni di procedibilità*. – Il cerchio della ricerca di un possibile "doppio" della prescrizione si è venuto così stringendo intorno alle condizioni di (non) procedibilità, che presentano indubbi punti di contatto con l'istituto ora in esame.

Il primo degli anzidetti aspetti comuni è costituito dalla funzione di “filtro” svolta tanto dal meccanismo prescrizione, quanto dalle condizioni di procedibilità e, in quest’ambito, segnatamente dalla querela. Entrambi questi istituti trovano infatti la propria ragion d’essere nell’esigenza di scrematura dell’intervento punitivo cui ciascuno di essi provvede nella fase di passaggio dalla virtualità astratta della norma incriminatrice al riconoscimento delle situazioni assoggettabili a pena. Certamente, le istanze politico-criminali cui risponde una tale opera di selezione sono molteplici e per nulla uniformi [cfr. R. ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, spec. p. 46 ss.; con riferimento alla querela, F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell’uso della querela*, Milano, 1993, p. 37 ss.]. Ciò nondimeno, dal punto di vista funzionale, tali dispositivi si possono ricomprendere in un’unica categoria, in quanto – è questo il secondo aspetto in comune – essi tendono a veicolare, nella progressione che va dall’astratta meritevolezza di pena del fatto tipico al bisogno di pena del fatto storico conforme al tipo, esigenze senz’altro di interesse generale, ma indipendenti da quelle che hanno trovato spazio nell’enucleazione legislativa della figura di reato cui si riferiscono. Il bilanciamento degli interessi sottostanti alla norma incriminatrice non viene dunque assolutamente intaccato, ristretto o corretto; né si tende a valorizzare una determinata relazione tra reato e autore. Tali dispositivi si limitano infatti a mettere in bilanciamento, nell’ambito del giudizio concernente l’opportunità di punire, l’utilità sociale della (possibile) pena con altre esigenze rilevanti sul piano politico-criminale.

Ma vi è un ulteriore e importante aspetto che avvicina la prescrizione alle cause di procedibilità: entrambi questi istituti non richiedono, per operare, un reato, essendo sufficiente – come già è stato rilevato per la prescrizione (v. *supra* § 3, B) – l’esistenza di un fatto che corrisponda, solo in ipotesi, alla norma incriminatrice. Essi mirano dunque a inibire, prim’ancora che la sanzione, lo stesso processo di accertamento: da qui le ricorrenti e mai sopite incertezze in ordine alla loro qualificazione come istituti sostanziali o processuali.

10. *Il problema delle garanzie costituzionali degli istituti da cui dipende "l'essere o il non essere condannati"*

Più di altri istituti che afferiscono all'area della non punibilità, la prescrizione del reato può associarsi alla querela anche sotto il profilo delle controversie che sono sorte in merito alle garanzie che devono accompagnarne l'operatività. Nell'ambito di questo dibattito – vale ricordarlo – non si pone certamente in dubbio che entrambi gli istituti possano essere disciplinati soltanto da fonti primarie, e dunque unicamente dalla legge [sull'incidenza del principio di legalità nel diritto penale processuale, M. CHIAVARIO, *Norma (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, p. 445 ss.; A. CRISTIANI, *Legge processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, spec. p. 3 ss.]. Ciò che rimane controversa è, però, la soggezione di tali dispositivi al divieto di retroattività sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Una tale questione – va da sé – riveste un'importanza cruciale in questa sede, dipendendo dalla sua soluzione l'individuazione dei margini di manovra concessi al legislatore penale in sede di modifica della disciplina prescrizionale. Da qui la necessità di occuparsi, preliminarmente, del rapporto tra la prescrizione penale e le garanzie desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost., muovendo anzitutto dall'esame della tesi – sostenuta peraltro da autorevoli voci della dottrina [F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 362; M. NOBILI, *Prescrizione*, cit., spec. c. 319] – che mira ad estendere tale garanzia anche alle norme penali processuali o, comunque, a tutti gli istituti da cui dipende «l'essere o il non essere condannati» [analogamente tra i penalisti, ma con riferimento esclusivo alle condizioni di procedibilità, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 94; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 133; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 59]. È fin troppo chiaro infatti che, ove quest'ultimo orientamento risultasse condivisibile, non vi sarebbe ragione alcuna per procedere ad una qualificazione (sostanziale o processuale) della prescrizione, risultando già di per sé decisivo, per l'assoggettamento della disciplina prescrizionale al divieto di retroattività sfavorevole, l'incidenza di una tale causa estintiva sull'*an* della punibilità.

A) *L'equivocità delle referenze testuali offerte dall'art. 25, comma 2, Cost.* – Nel verificare la fondatezza di una tale impostazione e, conseguentemente, la reale portata applicativa dell'art. 25, comma 2, Cost. occorre anzitutto sgombrare il campo dall'illusione di poter sciogliere un tale nodo problematico avvalendosi semplicemente di un'interpretazione letterale del dettato costituzionale. La formula dell'art. 25, comma 2, Cost. è caratterizzata infatti da un'irriducibile polisemia, di fronte alla quale non sarebbe di aiuto neppure il richiamo ai lavori preparatori alla Costituzione, dai quali può desumersi, semmai, una certa indifferenza dei costituenti per l'estensione che sarebbe da riconoscere alla nozione di legge penale [M. CHIAVARIO, *Norma*, cit., p. 481, nt. 231].

È ben vero, dunque, che l'art. 25, comma 2, Cost., a differenza dell'art. 2, comma 1, c.p., dispone che «nessuno può essere punito se non *in forza* di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», potendo così dare l'impressione di voler ricomprendere (con l'espressione «in forza») anche le norme che disciplinano la modalità con cui è esercitato il potere punitivo [M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, spec. p. 215 s.; analogamente, fra gli altri, M. LEONE, *Il diritto penale nel tempo*, vol. I, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività*, Napoli, 1980, p. 94]. È altrettanto vero però che una tale formulazione può essere legittimamente interpretata anche in modo restrittivo, così da attrarre nel divieto di retroattività sfavorevole unicamente le modifiche del materiale giuridico in grado di creare nuove fattispecie di reato o di introdurre un trattamento punitivo sfavorevole. A ben vedere, anzi, sembra proprio questa l'interpretazione più calzante, dato che è solo in “forza” della previsione dei reati e del loro regime sanzionatorio che si manifesta il potere di punire [cfr. C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 91 s.; analogamente, A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, p. 1067 s.; ID., *Legge penale*, ivi, p. 1041 s.].

B) *La valorizzazione delle istanze di garanzia in relazione alla*

valenza punitiva insita nel processo penale. – Se l'approccio testuale pare dunque tutt'altro che decisivo, certamente più solido risulta invece l'ancoraggio dell'interpretazione estensiva dell'art. 25, comma 2, Cost. alle esigenze di garanzia inequivocabilmente sottese al principio di legalità. Non vi può essere alcun dubbio, infatti, che queste ultime rischiano di essere frustrate, tanto da una modifica della legge penale sostanziale, quanto da variazioni retroattive della disciplina attualmente ricompresa nel codice di rito [così, M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, p. 49 s. e 118; *amplius* M. LEONE, *Il diritto*, cit., p. 89 ss.].

In particolare, una tale preoccupazione emerge in modo evidente soprattutto nel caso delle misure cautelari, che sempre più spesso fungono da autentica anticipazione della pena [da ultimo F. CORBI, *Il processo come pena*, in *Not. pen.*, 2001, spec. p. 18 ss.], intesa a compensare, attraverso una perversa razionalizzazione delle disfunzioni che affliggono il sistema repressivo, la nota ineffettività della risposta sanzionatoria finale [R. ORLANDI, *Effettività*, cit., spec. p. 46 s.]. Destinate ad operare informalmente come pene endoprocessuali, le misure cautelari vengono di fatto utilizzate per placare l'allarme sociale, neutralizzare la pericolosità individuale nonché rafforzare il senso di fiducia dei cittadini e risolvere il conflitto sociale, accentrando così i principali connotati funzionali della sanzione penale [F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 272 s.]. Ancora più marcata appare, del resto, una tale propensione surrogatoria nel caso delle misure cautelari personali, il cui grado di afflittività può raggiungere livelli del tutto identici, se non addirittura più elevati, di quelli della pena *tout court*. Ben si comprende, pertanto, che ove non si ostacolasse in alcun modo l'allungamento retroattivo della custodia cautelare, si potrebbe giungere, paradossalmente, a introdurre un regime di segregazione anche superiore rispetto al massimo edittale della pena prevista nel *tempus commissi delicti*.

Il fenomeno segnalato si inserisce, d'altra parte, nel più generale quadro degli odierni e vieppiù problematici rapporti tra il diritto penale sostanziale, sempre meno effettivo, e il processo, sempre più simile a una pena [R. ORLANDI, *Effettività*, cit., p. 44

ss.; F. CORBI, *Il processo*, cit., p. 13 ss.]. Va tenuto presente infatti che, nello scenario dell'odierno postmodernismo penalistico, l'esercizio della giurisdizione penale si è progressivamente emancipato dal suo originario ruolo ancillare del diritto penale, per divenire esso stesso un efficace strumento di politica criminale [amplius M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 309 s.; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.]. Da qui l'esistenza di un'inevitabile osmosi funzionalistica tra questi due rami dell'ordinamento, che trova peraltro riscontro nella fisiologia della relazione tra diritto penale e il processo, le cui connessioni risultano talmente strette, da imporre di guardare in modo unitario tanto al fenomeno punitivo nel suo complesso, quanto alle garanzie che devono accompagnarne il dispiegarsi.

C) *Le incertezze concernenti l'individuazione della legge processuale favorevole.* – Senonché, da queste pur condivisibili premesse non pare possibile desumere, come conseguenza ineluttabile, l'estensione di tutti i corollari del principio di legalità sfavorevole al diritto penale processuale. Stante la loro diversa incidenza sui diritti di libertà del cittadino, non tutti gli istituti del codice di rito reclamano, infatti, con la stessa intensità la copertura garantistica dell'art. 25, comma 2, Cost. e segnatamente quella del principio di irretroattività. È chiaro, anzi, che, trasponendo indiscriminatamente il divieto di retroattività in sede processuale, si finirebbe per appiattare sulla medesima disciplina intertemporale figure giuridiche del tutto eterogenee, con il rischio, tutt'altro che remoto, di avvantaggiare irragionevolmente l'imputato a scapito delle altre parti [per un tale rilievo M. CHIAVARIO, *Norma*, cit., p. 478 ss.; da ultimo O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 200 s.].

Ma non è tutto. L'interpretazione estensiva dell'art. 25, comma 2, Cost., volta ad irrigidire verso il passato la disciplina intertemporale del processo, si infrange su una difficoltà ulteriore, che non va sottovalutata. Si tratta, più precisamente, di una difficoltà tecnica, connessa alla disagiata individuazione, nel diritto processuale, della normativa più favorevole tra quelle suc-

cedutesi nel tempo. In effetti, le norme di rito, diversamente da quelle sostanziali, che sono caratterizzate da una connaturale alternanza tra afflizione e libertà, tendono a calibrare reciprocamente doveri e facoltà delle parti, nonché i poteri del giudice, con la conseguenza che il mutamento delle regole relative al loro esercizio potrebbe risultare vantaggioso a certi fini e sfavorevole per altri [v. O. MAZZA, *La norma*, cit., p. 201]. Si comprende dunque che nell'impossibilità di congegnare complicatissime commistioni tra le due normative processuali succedutesi nel tempo, la dottrina assolutamente prevalente affidi il governo intertemporale di questa materia al criterio *tempus regit actum*.

Si badi, però: negando l'estensione dell'art. 25, comma 2, Cost. al diritto penale processuale, non s'intende per questo sottrarre dal raggio d'intervento di questa norma la modifica degli istituti regolati dal codice di rito che incidono direttamente su beni e diritti sacrificati dalla pena, come ad esempio le misure cautelari personali. In tal caso, infatti, può senza dubbio convenirsi sulla conclusione che l'art. 25, comma 2, Cost. debba svolgere anche qui il suo effetto preclusivo [in tale direzione, M. NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2134 ss.]. E tuttavia – come si vedrà tra breve (cfr. § 12, B, α) – una tale conclusione non dipende dalla circostanza che l'art. 25, comma 2, Cost. dispieghi i propri effetti su tutta la materia processuale, ma discende dal doveroso inquadramento di tali misure tra le sanzioni penali sostanziali [in tal senso è peraltro orientata anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: *amplius* A. BERNARDI, *Nessuna pena*, cit., p. 271 ss.; G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 197 ss.].

11. *Il dibattito sulla natura giuridica della prescrizione penale*

Dalle precisazioni svolte sulla reale portata dell'art. 25, comma 2, Cost. ben si dovrebbe comprendere, ora, come l'individuazione della natura giuridica della prescrizione operante prima della sentenza definitiva costituisca un passaggio indispensabile

di questa analisi. Malgrado lo scetticismo di una parte della dottrina [G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 328], sembra questa la via obbligata per giungere a stabilire quale disciplina intertemporale governi la modifica del regime prescrizione [per questo tradizionale rilievo v., per tutti, S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, p. 660].

Ciò nondimeno, si tratta di un percorso impervio, la cui tortuosità è peraltro testimoniata da un panorama teorico segnato da forti oscillazioni, a fronte delle quali solo un aspetto metodologico sembra pacifico. Il riferimento è al carattere non decisivo che va riconosciuto alla collocazione legislativa delle norme che disciplinano la prescrizione, a cui non può attribuirsi un valore vincolante per il semplice fatto che, altrimenti, si farebbe dipendere l'operatività dei principi che governano l'intervento del legislatore penale dalla preferenza da questi accordata ad una particolare opzione sistematica [v., fra gli altri, A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 680; in precedenza B. ALIMENA, *Principii di procedura penale*, vol. I, Napoli, 1914, p. 59.]. Senonché, per quanto in premessa si osservi spesso di voler prescindere dalla *sedes materiae* della prescrizione per stabilire la natura giuridica dell'istituto, è innegabile che la dottrina non sia mai rimasta del tutto insensibile ad un tale fattore, se è vero che durante la vigenza del codice Zanardelli – che qualificava la prescrizione come causa di estinzione dell'azione penale (art. 91) – dominava la tesi processualistica [per tutti M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. II, Torino, 1864-1872, p. 11 ss.; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1905, p. 100 ss.], mentre oggi, nel contesto di un diverso assetto normativo che annovera la prescrizione tra le cause di estinzione del reato (art. 157 c.p.), prevale quasi incontrastata la teoria sostanziale [per tutti e con ulteriori richiami P. PISA, *Prescrizione*, cit., p. 79].

Questo dato – va da sé – non vuole assumere un significato puramente statistico, ma porre in luce sin da subito il reale tenore del dibattito teorico sulla natura giuridica della prescrizione, il quale a ben vedere non si è mai emancipato del tutto dalle suggestioni della «terminologia legale» [per un tale giudizio v., seppure in un contesto più ampio, A. PAGLIARO, *Profili dogmatici*

delle c.d. cause di estinzione del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, spec. p. 473].

A) *La tesi sostanziale*. – E invero, se si prescinde da alcune prese di posizioni abbastanza apodittiche [v. ad es. P. BARTOLO, *Prescrizione del reato*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1991, p. 1, secondo cui «nessun dubbio può più sussistere sulla natura sostanziale della prescrizione»], l'argomento più ricorrente nella dottrina italiana che si schiera a favore della concezione sostanziale della prescrizione penale è ancora strettamente legato al diritto positivo e quindi alla qualificazione dell'istituto che ne ha fatto il legislatore. Si sostiene infatti, a questo proposito, che sarebbe proprio l'art. 129, comma 2, c.p.p. (un tempo l'art. 152 c.p.p.) ad imporre una tale conclusione, dato che ammettendo l'accertamento negativo del reato prescritto, questa norma starebbe a dimostrare che il decorso del tempo interrompe la connessione tra reato e pena, senza però precludere la prosecuzione del processo, a cui è comunque consentito di accertare l'insussistenza del fatto [così F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 672; nonché adesivamente, fra gli altri, A. MOLARI, *Prescrizione*, cit., p. 680 s.; P. PISA, *Prescrizione*, cit., p. 79; S. PANAGIA, *Prescrizione*, cit., p. 661].

Un tale rilievo, tuttavia, benché frequentemente utilizzato a favore della natura sostanziale degli istituti previsti dagli artt. 150 ss. c.p. [per una critica v. A. PAGLIARO, *Profili*, cit., spec. p. 481 ss.], risulta assai poco stringente proprio nel caso della prescrizione. Basti pensare che – essendo rinunciabile da parte del beneficiario l'effetto estintivo derivante dal decorso del tempo – nulla impedisce che il soggetto agente possa essere punito anche dopo lo scadere del termine prescrizionale. Un'eventualità, questa, che si può tuttavia spiegare solo se si prescinde dall'attribuire al meccanismo prescrizionale un'incidenza (di diritto sostanziale) sulla connessione tra l'illecito e la pena: ché altrimenti non si riuscirebbe a comprendere su quali basi poggia la sanzione irrogata successivamente al termine prescrizionale. Vero ciò, non sorprende che alcuni autori auspichino, *de iure condendo*, proprio la soppressione del potere di rinuncia alla prescrizione [cfr. M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1994, p. 366], dato che una tale modifica costituisce una con-

dizione essenziale per l'inquadramento del meccanismo prescrizione tra gli istituti di diritto sostanziale.

Comunque sia, quand'anche il soggetto agente intenda giovare dell'effetto estintivo connesso al decorso del tempo, non sembra proprio potersi sostenere che la prescrizione operi sul piano sostanziale, eliminando il disvalore d'illecito [R. BLOY, *Die dogmatische*, cit., p. 203 ss.], o, secondo altri, l'antigiuridicità del fatto [M. LORENZ, *Die Verjährung*, cit., p. 56, che intende con *Rechtswidrigkeit*, non il luogo dogmatico in cui collocare le cause di giustificazione, bensì, in senso lato, la «contrarietà all'ordinamento»]. È ben vero anzi il contrario, dato che in ogni ordinamento sopravvivono, malgrado il decorso della prescrizione, diversi strascichi dell'illiceità penale originaria, che da noi vanno dall'obbligo di risarcire il danno morale (art. 198 c.p.), alla possibilità di disporre la confisca (art. 236 c.p.), ed altri effetti ancora [in relazione ai quali v., *amplius*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 755; A. PAGLIARO, *Profili*, cit., spec. p. 474 ss.]. Ciò testimonia, in modo inequivocabile, che l'efficacia preclusiva connessa al decorso del tempo è del tutto indifferente alle ragioni sostanziali dell'illiceità, dato che, prescindendo da questa, tali misure risulterebbero a dir poco abnormi.

D'altro canto, non sembra neppure possibile suffragare la natura sostanziale della prescrizione avvalendosi della teoria della *potestà punitiva*, la quale nondimeno rivendica il merito di aver saputo attrarre verso il diritto penale sostanziale tutti gli istituti che afferiscono alla non punibilità [in tal senso, per tutti, G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, spec. p. 806 ss.]. Una tale impostazione, che attribuisce alla prescrizione, così come ad ogni altro meccanismo estintivo, il carattere di "limite interno dello *ius puniendi*" [G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, cap. IV] non sembra infatti potersi sottrarre dalla seguente alternativa: negare al tempo ogni potenzialità estintiva, ovvero ricondurre il meccanismo prescrizione al diritto sostanziale in virtù di meri artifici dogmatici.

E difatti, ove si assuma la "potestà punitiva" nella sua versione più ortodossa, che la considera una derivazione diretta della sovranità popolare, il diritto di punire dovrebbe essere assolutamente indisponibile da parte dello Stato: il che significa "intransmissibile", "irrinunciabile" e, ciò che più rileva ai nostri fini,

“*imprescrittibile*” [così per l'appunto l'ideatore della tesi: S. ROMANO, *Poteri, Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1951, spec. p. 196 ss.]. Qualora invece ci si sforzi di conciliare la pretesa punitiva dello Stato, che si vuole mantenere indisponibile, con l'inevitabile propensione utilitaristica dei sistemi penali, nei quali non possono mancare le misure clemenziali, sospensive o comunque limitative della punibilità, non rimane allora che considerare il meccanismo prescrizione come un'ipotesi di “decadenza” [G. VASSALLI, *La potestà*, cit., p. 143 ss., spec. p. 152]. Ma è questo – come si è anticipato – solo un espediente teorico, che nasconde, in realtà, una «contraddizione in termini» tra la supposta indisponibilità della potere punitivo, da un lato, e la sua rinunciabilità, dall'altro [così R.G. DE FRANCO, *Potestà punitiva*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 1968, p. 507]. Una contraddizione – si è osservato – da cui non sembra possibile uscire se non disancorando completamente la prescrizione dal piano sostanziale, per inquadrare un tale meccanismo tra i «limiti di competenza» dello Stato, vale a dire tra gli istituti congegnati per delimitare, non tanto lo *ius puniendi*, quanto il procedimento di applicazione di una tale pretesa punitiva [R.G. DE FRANCO, *Potestà*, cit., p. 507].

Per la verità, in un'ultima variante della potestà punitiva proposta dalla letteratura tedesca, la prescrizione torna ad essere annoverata tra gli istituti di diritto sostanziale, in considerazione del fatto che dovrebbe attribuirsi un tale carattere a tutte le misure estintive la cui operatività può prescindere dall'instaurazione o dall'esistenza del processo [così HILDE KAUFMANN, *Strafan-spruch, Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968, pp. 133, 171, *passim*]. A tacer d'altro, tuttavia, un siffatto criterio discrezionale, evidentemente congegnato per esigenze ordinatorie proprie del sistema tedesco, rivela *ictu oculi* tutti i suoi limiti non appena si provi ad avvalersene per stabilire la natura giuridica delle misure estintive previste in altri ordinamenti giuridici. Con riferimento al sistema penale italiano, ad esempio, una tale impostazione porterebbe alla conclusione – del tutto antitetica rispetto alle sensibilità usualmente mostrate dalla nostra dottrina – di considerare come sostanziale la querela, dato che la sua operatività può prescindere dal processo, ma non la sospensione condizionale della pena, l'oblazione o il per-

dono giudiziale, in quanto la dinamica applicativa di tali istituti presuppone necessariamente l'intervento del giudice.

B) *La teoria della doppia natura.* – È opportuno spostare adesso l'attenzione sulle teorie che hanno interpretato l'istituto come un ibrido giuridico, giungendo così ad attribuire al meccanismo prescrizione, sul piano degli effetti, il ruolo di condizione di procedibilità, e su quello formale la natura di causa di estinzione del reato [così L. D'ANTONIO, *Prescrizione*, cit., p. 551; M. PAWLOWSKI, *Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, in *NJW*, 1969, p. 594; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 345; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 911 ss.]. A ben vedere, infatti, l'opportunità di un tale ordine espositivo discende dal fatto che questa tesi non origina da un tentativo di sintesi, dalla volontà cioè di mediare tra due contrapposte impostazioni, ma rappresenta semmai una fase di passaggio o, per meglio dire, il sintomo di un allontanamento ancora incerto dalle teorie sostanziali e, al contempo, un indizio dell'invariato disconoscimento della soluzione opposta.

Non sorprende, pertanto, che queste letture intermedie siano state un facile bersaglio della critica, quasi fossero portatrici di un'ignavia dogmatica ben più pericolosa dell'antitesi alle proprie convinzioni [v. M. LORENZ, *Die Verjährung*, cit., p. 58, nonché H. KAUFMANN, *Strafanspruch*, cit., pp. 120 ss., 142 ss.]. E difatti, il limite più evidente delle letture che attribuiscono alla prescrizione tanto una natura sostanziale quanto un'indole processuale si coglie nella loro inutilità esplicativa rispetto all'interrogativo che dovrebbe governare l'inquadramento giuridico di un istituto [per un tale rilievo F. GRISPIGNI, *Diritto penale processuale*, Roma, 1945, p. 127, nonché nella giurisprudenza più recente Cass. IV, 12.10.2000, Viggiani, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 752]. A questa stregua, invero, non si riesce a comprendere se la prescrizione, qualificata in modo ibrido, debba sottostare ai principi della legalità penale sostanziale, ovvero sia soggetta alla più flessibile gestione degli istituti processuali.

D'altro canto, però, non vanno sottovalutati anche i meriti di queste impostazioni intermedie, ove si specchia quell'osmosi funzionalistica tra diritto penale sostanziale e processo su cui già in precedenza si è soffermata l'attenzione (v. *supra* § 10, A, β).

Nell'affermazione della doppia natura del meccanismo prescrizione, così come di altri istituti in cui si manifesta trasversalmente la non-punibilità (v. di recente gli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274 del 2000 sulla competenza penale del giudice di pace), si annida infatti la consapevolezza della non necessaria corrispondenza tra l'istanza sostanziale cui obbediscono tali misure estintive – la quale diviene comprensibile solo muovendo da un'analisi sulle funzioni della pena – e l'ambito processuale ove esse sono destinate ad operare. Ciò detto, rimane tuttavia il carattere sincretistico che inficia in modo esiziale tali costruzioni, più simili ad una comoda via d'uscita dalle difficoltà sistematiche, che non ad una vera e propria soluzione dei problemi che si riconnettono alla qualificazione giuridica di un istituto.

C) *La tesi processuale.* – Sarebbe difficile negare che il meccanismo prescrizione è venuto alla luce e si è sviluppato nel corso della storia del diritto punitivo come un istituto essenzialmente processuale [E. PESSINA, *Elementi*, cit., p. 396 ss.; L. D'ANTONIO, *Prescrizione*, cit., p. 552 ss.]. Lo testimonia la sua frequente collocazione nel codice di procedura penale [v., ad esempio, già gli artt. 613 ss. c.p.p. del Regno delle Due Sicilie del 1819, o gli artt. 607 ss. c.p.crim. di Parma del 1820; mantiene oggi una tale collocazione il legislatore francese: v. gli artt. 7 ss. c.p.p.], nonché l'usuale terminologia legale che attribuiva alla prescrizione, quand'anche disciplinata dal diritto sostanziale, effetti estintivi sull'esercizio dell'azione penale [v. gli artt. 40 ss. c.p. dello Stato pontificio del 1832; 89 ss. c.p. toscano del 1853; 88 ss. c.p. estense del 1855; 137 ss. c.p. sardo del 1859, e infine 91 ss. del codice penale Zanardelli, per il cui commento v. L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890, p. 290 ss.; M. LONGO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1911, p. 355 ss.].

Assai radicata è sempre stata dunque la convinzione che il meccanismo prescrizione serva soprattutto a delimitare l'arco d'intervento temporale della giurisdizione penale, nella premessa che la dimensione sostanziale dell'illecito non possa essere scalfita dal decorso del tempo [sulle radici teoriche delle interpretazioni processuali della prescrizione e, più in generale, delle varie cause di estinzione v. A. PECORARO-ALBANI, *L'estinzione delle situa-*

zioni soggettive penali, Napoli, 1967, p. 225 ss.]. Una convinzione, questa, che ha continuato a riscuotere un certo credito anche nella contemporanea letteratura di lingua tedesca [fra gli altri G. BEMMANN, *Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung*, in *JuS*, 1965, p. 333 ss.; F. CALVELLI-ADORNO, *Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind*, in *NJW*, 1965, p. 273 ss.; K. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht*, Ebel-sbach, 1978, spec. p. 226], ove si osserva spesso che la presunzione temporale sottesa alla prescrizione, lungi dall'intaccare il fondamento della punibilità [G. BEMMANN, *Zur Frage*, cit., p. 338], servirebbe in realtà solo a delimitare l'attuazione della competenza punitiva dello Stato, impedendo, per così dire, la realizzazione delle finalità a cui (non tanto la pena quanto) il processo è destinato [C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 914].

Per contro, nella nostra letteratura contemporanea, il *revirement* terminologico operato dal vigente codice penale italiano – che annovera la prescrizione operante prima della condanna fra le cause di estinzione del reato (art. 157) – ha coinciso con il tendenziale tramonto di questa impostazione. Ne rimane traccia, infatti, solo in talune ed isolate letture della potestà punitiva [R.G. DE FRANCO, *Potestà*, cit., p. 507], e in alcune interpretazioni panprocessualistiche del diritto penale [F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 161 ss.] che, pur muovendo dalla corretta considerazione della pena quale epilogo del processo, finiscono per identificare la non punibilità con l'improcedibilità [F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pp. 20 ss. e 52; nonché più specificamente Id., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 211 ss.]. Ma il riferimento è anche all'orientamento che configura tutte le cause di estinzione del reato come fattori di «improcedibilità sopravvenuta», attribuendo di conseguenza un tale carattere anche al meccanismo prescrizionale operante prima della sentenza di condanna [A. PAGLIARO, *Profili*, cit., p. 488 ss.].

Orbene, per quanto tali impostazioni contengano indubbi profili di verità, v'è da ritenere che nessuna di esse possa essere qui condivisa in modo incondizionato. In particolare, non può condividersi l'idea che si possa prescindere dal riconoscimento

del carattere (sostanziale o processuale) delle norme che disciplinano tali istituti estintivi al fine di distinguere la natura giuridica di questi ultimi, tentando viceversa di risolvere la questione sulla scorta di analisi prettamente dogmatiche [R.G. DE FRANCO, *Potestà*, cit., p. 507; F. CARNELUTTI, *Estinzione*, cit., p. 211 ss.] o di un esame degli effetti attribuiti dal legislatore all'operatività della misura di volta in volta presa in considerazione [per quest'ultimo tipo d'indagine v., specialmente, A. PAGLIARO, *Profili*, cit., p. 488]. Non che si voglia prescindere – sia chiaro – dalla configurazione dell'istituto prescrizione operata dal diritto positivo; sta di fatto però, che dopo avere messo in risalto come una determinata opzione classificatoria non riesca di per sé a scongiurare antitetiche interpretazioni, pare necessario accantonare, almeno temporaneamente, l'analisi degli effetti che attualmente si riconnettono alla prescrizione, per verificare, secondo un approccio più generale, quale tipo di norma giuridica (sostanziale o processuale) risulti meglio in grado di raccogliere ed esprimere l'effetto estintivo che ogni sistema penale utilitaristicamente orientato riconosce al decorso del tempo successivo al reato.

12. *La natura non penale della disciplina prescrizione*

La distinzione della “legge penale” dalle altre norme dell'ordinamento giuridico presenta, com'è noto, due diversi profili problematici: uno per così dire *positivo* e l'altro *negativo*. Da un lato, infatti, occorre individuare il “limite esterno” della materia penale, verificando cioè se la copertura garantistica dell'art. 25, comma 2, Cost. vada estesa solo alle norme la cui violazione determina l'applicazione di una pena, oppure interessi anche le altre misure dell'ordinamento che incidono, non diversamente dalla sanzione penale, sulle libertà personali (misure di sicurezza, misure di prevenzione, istituti dell'esecuzione penale, sanzioni amministrative, ecc.) [*amplius*, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 190 ss.]. Dall'altro lato, è necessario stabilire quale sia il “confine interno” del diritto penale, proponendosi così di determinare se e in quale misura i principi di cui all'art. 25, comma 2, Cost. operino nei confronti delle norme che diminuiscono, estinguono o inibi-

scono la punibilità del fatto di reato [sul punto v. F.C. PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 248 ss.; nonché, a titolo esemplificativo, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1983, spec. 1228 s., il quale, come noto, nega il carattere penale delle norme scriminanti].

Il primo aspetto del problema è certamente quello su cui la dottrina ha mostrato maggiore sensibilità [per una panoramica della varie posizioni, v. L. PICOTTI, *La legge penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, p. 7 ss.], giungendo infine – e non senza eccezioni – a far dipendere l'individuazione in positivo della materia penale dall'utilizzo di due diversi indici, destinati solo in parte ad intersecarsi. Un indice nominalistico o formale, in base al quale si assumono come penali le sanzioni così definite dal legislatore e, conseguentemente, le norme strumentali alla loro applicazione [fra gli altri G. DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 1095]; e un indice funzionale, che fa dipendere la qualificazione della materia penale dal *quantum* di afflittività e dal grado di «personalizzazione» intrinseci ad una determinata misura restrittiva [v. al riguardo F. BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Sc pos.*, 1963, spec. p. 650 ss., nonché *amplius* F.C. PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 211 ss.]. È questo, com'è intuibile, un criterio correttivo, e perciò soggetto ad un inevitabile bilanciamento di interessi, il cui utilizzo nondimeno s'impone per evitare che il solo parametro formale, imposto da esigenze di certezza, consenta al legislatore un facile aggiramento delle fondamentali istanze di garanzia sottese all'affermazione storica del *nullum crimen nulla poena sine lege* [sulla incidenza nella prassi di questa interpretazione correttiva v. ancora L. PICOTTI, *La legge penale*, cit., spec. p. 9 ss.].

Il versante che più interessa l'oggetto della presente indagine è comunque quello interno, sul cui crinale si collocano un coacervo di istituti dagli effetti favorevoli al reo (cause di giustificazione, scusanti, meccanismi estintivi della punibilità, meccanismi di attenuazione della punibilità connessi a taluni riti alternativi, ecc.), tra i quali può essere certamente annoverata anche la prescrizione. È questa – in senso atecnico – l'“area della non punibilità”, intendendo con tale espressione una zona d'intervento politico criminale che tende inevitabilmente ad infittirsi in

seguito alla spinta utilitaristica dei moderni sistemi penali (v. da ultimo nel nostro ordinamento l'introduzione degli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274 del 2000), e nella quale, d'altro canto, finiscono naturalmente per flettersi le esigenze garantistiche tradizionalmente sottese alla legalità penale. Da qui la controversia teorica – che da tempo impegna la dottrina [cfr. al riguardo M. TRAPANI, *Legge penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, p. 6] – circa la dipendenza o meno di tutte le varie “norme antagonistiche” dello *ius puniendi* dai principi desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost.

Per la verità, nell'ambito di questo dibattito, l'attenzione della dottrina si è concentrata prevalentemente sulla disciplina delle scriminanti [v. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 228 ss.], finendo così per lasciare nell'ombra altri fenomeni erosivi della punibilità, non meno pericolosi per la tenuta di un sistema a legalità formale [basti pensare, ad esempio, all'incidenza sostanzialmente abrogativa che la giurisprudenza non di rado ha attribuito a semplici *circolari interpretative* che restringono la portata applicativa di un precetto penale: per tutte Trib. Trapani, 25.7.1984, Donadoni, in *Giur. merito*, 1986, p. 406; Trib. Roma, 28.1.1985, Conte, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 634]. In particolare, fra le tematiche che reclamano una rinnovata attenzione, v'è il problema della distinzione tra l'area di non punibilità soggetta al principio e ai corollari della legalità penale in quanto disciplinata dal diritto sostanziale, e l'ambito della non punibilità riservata alla disciplina del processo, la quale – come già in precedenza si è chiarito (v. *supra* § 10, A) – si sottrae ai rigori dell'art. 25, comma 2, Cost.

A) *L'incerto confine tra norme penali sostanziali e norme processuali*. – Ora, che esista un'area, in senso ampio, di non punibilità connessa alla disciplina del processo, ossia strumentale agli interessi che danno forma al rapporto processuale penale, è un fatto difficilmente contestabile. Basterebbe pensare, in tal senso, alla normativa sulle prove [per tutti E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, Varese, 1961, p. 18 ss.], che nella materia penale – a differenza di quanto accade nel diritto civile – viene tradizionalmente considerata come uno dei cardini del diritto processuale [G. GUARNERI, *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, spec. p. 1115], sebbene essa assuma un'evidente e

diretta incidenza sull'*an* della punibilità, non mancando così di richiamare, sia pure sotto altri profili, anche il comprensibile interesse della dottrina penalistica [sulla materia dell'accertamento del reato v. per tutti, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 334 ss., 357 ss., *passim*]. Imprescindibile risulta dunque l'identificazione della precisa linea di confine tra queste due diverse discipline della "non punibilità", onde stabilire con esattezza quali norme siano sottoposte ai vincoli dell'art. 25, comma 2, Cost., e quali altre se ne sottraggano.

Senonché, malgrado una tale rilevanza pratica, è un fatto che l'individuazione di questo sottile discrimine sia stato col tempo abbandonato ai tradizionali ed anche un po' obsoleti criteri identificativi del diritto penale processuale [v. da ultimo P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2001, p. 3 s.]; i quali, però, si rivelano assolutamente inutili, specie nelle ipotesi più controverse, per riconoscere la natura giuridica di un istituto. Ritenere ad esempio – alla stregua della teoria generale del processo [per tutti, E. FAZZALARI, *I processi nell'ordinamento italiano*, Padova, 1973, spec. p. 38] – che le norme sostanziali siano "primarie", perché mirano a realizzare un primo assetto di una società, mentre tutte le norme processuali sarebbero "secondarie", in quanto poste in previsione della possibile violazione delle prime, è un concetto su cui può certo concordarsi: e nondimeno pare assai improbabile che un tale paradigma teorico possa essere di qualche aiuto nel riconoscere la natura giuridica (sostanziale o processuale) di un istituto. Né d'altro canto sortiscono un miglior effetto le indagini che mettono in luce i fattori tendenzialmente più caratterizzanti delle norme penali sostanziali rispetto a quelle processuali. Ponendo infatti l'accento sul diverso tipo di sanzione che ne presidia il rispetto [M. CHIAVARIO, *Norma*, cit., p. 442 s.] oppure sui diversi destinatari cui si rivolgono queste due tipologie di norme [G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, p. 41 ss.], non si offre un criterio diagnostico decisivo al fine di determinare la natura giuridica di un istituto, ma ci si limita soltanto ad individuare le note strutturali più salienti dei due complessi normativi, che non sono peraltro immuni da significative eccezioni [ad esempio, pone opportunamente in luce il carattere non esaustivo del criterio concernente i destinatari P. TONINI, *Manuale*, cit., p. 4].

Ancor meno risolutivi risultano poi i tradizionali approcci discretivi di carattere più dogmatico, in base ai quali le norme che “hanno oggetto” la potestà punitiva sarebbero di carattere sostanziale, mentre quelle che ne “regolano l’accertamento in concreto” avrebbero natura processuale [così, per tutti, F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., spec. p. 127 s.; nonché analogamente G. GUARNERI, *Diritto*, cit., p. 1114 s.]. A tacer d’altro, infatti, simili distinzioni si scontrano con la bivalenza funzionale di quasi tutti gli istituti “di confine”, che, se assunti “in potenza”, sembrano determinare una restrizione in astratto del potere di punire, lasciando invece emergere, nella fase applicativa, una stretta attinenza con la singola vicenda penale. Non è un caso dunque che proprio tali istituti e, soprattutto la prescrizione, vengano indicati da questa stessa dottrina come altrettanti punti critici [per un tale riconoscimento F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 127 s.], che non sarebbe possibile risolvere se non ponendo mente alla volontà legislativa in merito all’inquadramento giuridico di un istituto. Senonché, è fin troppo chiaro che, di questo passo, anziché risolversi il problema viene nuovamente riaperto, essendo tutt’altro che agevole desumere un’univoca volontà legislativa ove si consideri che la distinzione tra legge penale sostanziale e legge processuale è stata operata, proprio dal legislatore, sulla scorta di un parametro ambiguo e indivisibile [per una critica della Relazione al Progetto definitivo dell’attuale codice penale, in cui si sostiene che tutti gli “istituti” appartenerebbero al diritto sostanziale, mentre il diritto processuale s’interesserebbe solo delle “forme” e delle “modalità” dell’atto, v. per l’appunto F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 128]. Da qui il tono nulla più che apodittico delle varie partizioni sortite in dottrina dall’esame di una tale volontà normativa [v. ad esempio G. GUARNERI, *Diritto*, cit., p. 1114 s.].

B) *Il fondamento contrattualistico del principio di legalità nel diritto penale sostanziale.* – Nel tentativo di individuare il limite interno del diritto penale, sul quale estendere le garanzie dell’art. 25, comma 2, Cost., non rimane allora che ritornare a riflettere sul fondamento logico di questa norma, ponendo particolare attenzione alla *ratio* del divieto di retroattività sfavorevole. Non è quest’ultima, si badi, un’accentuazione arbitraria, dato che – come dimostrano le diverse Carte costituzionali degli Sta-

ti – ogni enunciazione della legalità penale è «immancabilmente incentrata proprio sul divieto di applicazione retroattiva della legge penale incriminatrice» [F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., p. 286]. Una tale constatazione non vale certo a pregiudicare la distinta valenza e operatività di questi due principi nel diritto penale [G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 9 ss.], ma intende più semplicemente porre in luce l'inscindibile connessione logica che esiste tra legalità formale e irretroattività sfavorevole [così G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 286].

Senonché, soffermandosi a considerare la *ratio* dell'art. 25, comma 2, Cost., non può mancarsi di rilevare come le varie giustificazioni comunemente addotte a sostegno di questa norma, pur cogliendo spesso un importante aspetto di verità, finiscano per offrire una spiegazione soltanto parziale e, dunque, non del tutto appagante. A tal proposito, è agevole constatare, per esempio, come non possano essere solo esigenze di certezza o di tutela dell'affidamento del cittadino a fondare il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole [così, invece, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 37; V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin, New York, 1983, p. 132], dato che, imponendosi tali esigenze in ogni ramo dell'ordinamento, non si spiegherebbe la ragione per cui solo nel diritto penale queste istanze dovrebbero elevarsi a limite per il legislatore, impedendogli di disciplinare i fatti precedenti al proprio intervento [per una più ampia confutazione di questa tesi: G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 9 ss., spec. p. 44 ss.]. D'altra parte, l'art. 25, comma 2, Cost. non sembra neppure dipendere dalla supposta inclinazione del sistema penale verso la prevenzione generale negativa, la quale, concependo la pena come strumento di deterrenza, sembrerebbe imporne la previa intimazione [in tal senso, ad esempio, B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, New York, 1978, p. 24 s.]. A tutto concedere, infatti, contro questa impostazione può osservarsi che una maggiore dissuasione sarebbe all'inverso raggiungibile proprio con l'applicazione retroattiva della nuova leg-

ge più severa [F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., p. 291 s.], senza contare poi che l'effetto di orientamento può ben essere svolto anche da strumenti di indirizzo comportamentale preesistenti al precetto penale: quali la morale, il costume o antecedenti illeciti amministrativi aventi ad oggetto lo stesso comportamento successivamente incriminato [per un tale rilievo v. già C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, Torino, 1884, p. 316]. Infine – limitando così l'attenzione alle sole impostazioni più comuni – non risulta convincente neppure la spiegazione dell'art. 25, comma 2, Cost. che vede nella previa indicazione del precetto penale un'indispensabile condizione di operatività del principio di colpevolezza [fra gli altri: W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in AA.VV., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. III, parte II, Berlin, 1959, p. 997 ss.; G. DÜRIG, *Sub Art. 103*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1969, p. 35.]. In effetti, una volta ammesso che il giudizio di rimprovero per la violazione di una norma già esistente si può basare anche su «una conoscenza laica del disvalore del fatto» [per tutti D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 182 ss.], sarebbe contraddittorio che, solo per le nuove incriminazioni, il legislatore non si potesse avvalere dell'intrinseco contenuto offensivo di talune tipologie di condotta, al fine di ritenere colpevole il soggetto agente secondo la successiva legge che le incrimina [per analoghe argomentazioni v., fra gli altri, H.L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976, p. 209 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, cit., p. 15; V. KREY, *Keine Strafe*, cit., p. 133].

L'apparente ineffabilità del principio di irretroattività sfavorevole non deve però sorprendere. Anzi, una tale difficoltà esplicativa rappresenta il logico preludio della corretta interpretazione funzionalistica dell'art. 25, comma 2, Cost.: il quale – a ben riflettere – non detta *uno* dei principi che compongono il sistema penale, ma *il* principio da cui prende forma un sistema penale a legalità formale. È proprio da questo canone, infatti, che discende la stessa conformazione della meccanica punitiva, la quale viene così irrigidita nella ferrea sequenza temporale tra «norma-fatto-pena», comportando conseguentemente il rifiuto di un'al-

tra meccanica sanzionatoria, incentrata sulla sequenza «fatto-norma-pena», che esporrebbe gli individui al rischio di una sofferenza imposta dall'ordinamento per la violazione in una regola metagiuridica [per un'analogia schematizzazione cfr. B. PIETH, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin, 1981, p. 162 s.]. Vero ciò ben si spiega la ragione per cui non può ricavarsi per deduzione il fondamento dell'art. 25, comma 2, Cost., quasi che esso fosse il portato di qualcos'altro, dato che il canone della legalità formale, anziché discendere da alcunché, è all'inverso la fonte germinale di tutta l'istanza garantistica che poi s'irradia nel sistema.

Occorre pertanto concludere che il principio di irretroattività della legge penale null'altro sottende se non un'*opzione politica*, che dipende, in ultima analisi, dal modo in cui si percepisce in termini di garanzia il rapporto tra lo Stato e l'individuo rispetto all'utilizzo dello strumento più invasivo (la pena) di cui l'ordinamento dispone. Ne è testimonianza il fatto che là dove la collettività risulta coesa attorno a un identico nucleo culturale, di carattere, per esempio, religioso – come accade negli Stati islamici – non vi sarebbero ostacoli di sorta nell'ammettere l'applicazione retroattiva di una nuova norma sanzionatoria, perché quest'ultima sarebbe in fondo espressione di quei valori che, anche prima della sua emanazione, pressoché la totalità degli individui riconosceva come propri. In un tale contesto, quindi, potrebbe non giustificarsi che il ritardato intervento del soggetto normatore pregiudichi il perseguimento del senso di giustizia da tutti condiviso, giacché un simile costo di effettività non sarebbe bilanciato da una consistente aspettativa individuale. All'opposto, negli ordinamenti giuridici come il nostro, fondati sul principio del *pluralismo etico*, intesi cioè a garantire, prima di tutto, il diritto di ciascuno ad orientare la propria esistenza ai più diversi valori, il ricorso allo strumento punitivo potrà giustificarsi solo nei limiti in cui faccia salva l'inviolabilità personale per i fatti precedenti all'indicazione dei nuovi vincoli comportamentali. È, dunque, esclusivamente nel tipo di «contratto sociale» che l'irretroattività trova la propria ragion d'essere [analogamente R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, p. 57 ss.], quale corollario di un determinato mo-

dello di Stato e di sistema penale, congegnati da individui che antepongono, per lo meno in materia di diritto punitivo, la libertà di scelta dei singoli rispetto ai bisogni della collettività. Eloquenti, in questo senso, sono del resto talune affermazioni della Corte costituzionale contenute nella decisione che ha “riscritto” l’art. 5 c.p., allorché si afferma – per definire i risvolti penalistici del contratto sociale – che «in cambio dell’obbligatorietà della legge penale», lo Stato moderno «assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o condannato» [C. cost., 24.3.1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss. spec. c. 1405 s.].

α) *La fattispecie penale di garanzia.* – L’interpretazione dell’art. 25, comma 2, Cost. in termini sinallagmatici, lungi dal volersi accreditare quale spiegazione del percorso storico che ha condotto alla creazione dei moderni sistemi a legalità formale, intende più semplicemente offrire uno schema logico per decifrare il rapporto giuridico di diritto penale che si crea in seguito all’atto di volontà di una soltanto delle parti (il legislatore). In particolare, una tale metafora esplicativa ben si presta a riconoscere quali norme si debbano assoggettare al principio e ai corollari della legalità penale in ragione della loro incidenza sullo *status* giuridico del cittadino quale “contraente debole” del rapporto punitivo.

E difatti, muovendo dalla premessa che le garanzie di cui all’art. 25, comma 2, Cost. si giustificano in considerazione dell’estrema gravità delle conseguenze previste in caso di trasgressione [F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., p. 26 ss. e *passim*, che riconnette alle caratteristiche della pena tutti i principi che governano il diritto penale], non può che giungersi alla conclusione che l’ambito di operatività dell’art. 25, comma 2, Cost. include ogni norma che assume un carattere strumentale rispetto all’applicazione della pena. Si tratta – è chiaro – di una lettura squisitamente funzionalistica del concetto di norma penale, che va oltre la qualificazione formale operata dal diritto positivo, ricomprendendo tutte le regole di diritto che contribuiscono a *fondare* e a *modellare* l’afflizione punitiva. Non solo, dunque, la disposizione che commina la sanzione, ma l’«intero complesso normativo» (*gesamter Rechtszustand*) che, nel delineare il messaggio

comportamentale rivolto ai destinatari, funge da criterio per il giudizio di tipicità [in tal senso, fra gli altri, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, spec. 472; e da noi, per tutti, F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 340 s.]. Da qui l'enucleazione di una «fattispecie penale di garanzia» («*gesamter Garantietatbestand*») assistita dai corollari della legalità penale, che va oltre la singola disposizione incriminatrice, abbracciando, per esempio, anche le c.d. informazioni giuridiche richiamate dal precetto sanzionatorio, indipendentemente dal modo in cui sia operato il rinvio [di diverso avviso, nella nostra dottrina, A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 433 ss].

Inoltre, seguendo una tale impostazione, ben si comprende come non possa che ricondursi nello spettro di garanzia delineato dall'art. 25, comma 2, Cost. ogni norma che dà forma all'afflizione punitiva, ovvero che incide restrittivamente sui diritti di libertà del potenziale reo o del soggetto condannato, a prescindere dalla qualifica formale operata dal legislatore di una tale misura afflittiva (sulla assimilazione alla pena delle misure cautelari personali v. *supra* § 10, C). Di conseguenza, ed esemplificando, va considerato senza dubbio penale l'art. 41-*bis* ord. pen., in quanto incrementa sensibilmente il coefficiente custodialistico del carcere [v. però C. cost., 26.11.1997, n. 376, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3623 ss.]; mentre lo stesso non si può dire per l'art. 42 ord. pen. che disciplina il trasferimento dei detenuti. Invero, benché il trasferimento possa risultare sgradito (anche se non necessariamente) al singolo detenuto, esso non altera i coefficienti di afflizione che sono tipici della pena detentiva, talché non può farsi rientrare nell'oggetto del rapporto sinallagmatico presidiato dall'art. 25, comma 2, Cost.

β) *L'impunità per carenza del "bisogno di pena": diritti, aspettative e speranze.* – Non meno proficua si rivela inoltre l'interpretazione contrattualistica dell'art. 25, comma 2, Cost. rispetto all'inquadramento delle numerose (e variamente qualificate) norme antagonistiche dello *ius puniendi*. Ammettendo, infatti, che il principio di legalità penale ed i suoi corollari si ergono a difesa del "diritto di non essere puniti" che verrebbe leso dall'applicazione retroattiva di una nuova norma incriminatrice, se ne

deve trarre la conclusione che l'art. 25, comma 2, Cost. – ed in particolare il divieto di retroattività sfavorevole – interessa tutte le norme che delimitano in negativo l'area d'intervento della pena nella misura in cui esse conferiscono alla parte debole del rapporto punitivo un analogo "diritto di impunità". All'opposto, vanno sottratte dallo spettro di garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost. tutte le norme che si limitano ad attribuire al reo un beneficio nei confronti del quale la parte debole del rapporto può vantare una semplice "aspettativa", che in quanto tale esula dall'oggetto del sinallagma penale costituzionalmente tutelato.

Ovviamente, la distinzione tra "diritto all'impunità", rilevante ai fini dell'operatività dell'art. 25, comma 2, Cost., e la semplice "aspettativa d'impunità", di per sé inidonea a qualificare come penale la norma che la realizza o l'infrange, non può certo farsi dipendere dallo stato d'animo del colpevole. Occorre guardare, piuttosto, alla struttura dell'istituto, o meglio alla sua fisionomia secondo il diritto vigente al momento della realizzazione del fatto, ponendo in particolare l'accento sul carattere automatico o semplicemente eventuale dell'effetto favorevole alla parte privata. Ne consegue – per fare un esempio – che un istituto a base non discrezionale, come l'oblazione c.d. obbligatoria (art. 162 c.p.), attribuendo al (potenziale) reo un vero e proprio potere estintivo personale, in quanto subordinato solo alla sua preferenza per il pagamento di una determinata somma di denaro, non può che essere considerato di natura penale [da ultimo, in tal senso L. MAZZA, *Oblazione volontaria*, in *Enc. dir. – Agg.*, vol. II, 1998, spec. p. 629 ss.]. Negare una tale conclusione e, conseguentemente, ammettere la retroattività di una modificazione peggiorativa delle norme sull'oblazione equivarrebbe pertanto a violare la *ratio* del principio di legalità, ovvero a ledere quel "diritto di non essere puniti" per la tutela del quale l'art. 25, comma 2, Cost. è stato previsto.

Analogamente deve dirsi in relazione a quegli istituti a base sì discrezionale, nei quali, però, a causa dell'ampiezza del potere discrezionale conferito al giudice, ovvero in ragione della funzione esclusivamente ostativa ad esso assegnato, l'effetto estintivo è pressoché scontato stando alla prassi giudiziaria. Il riferimento è, ad esempio, all'oblazione discrezionale (art. 162-*bis* c.p.), in cui il presupposto negativo, consistente nella gravità del fatto, ne

rende davvero eccezionale il diniego; oppure alla sospensione condizionale della pena (art. 163 ss. c.p.) che la giurisprudenza, nei limiti legislativi previsti per la sua concedibilità (e talvolta anche al di fuori di essi), non nega a nessuno. Sono questi, infatti, tutti istituti la cui operatività è interpretata nella prassi applicativa – che costituisce com'è noto uno dei “formanti” del sistema [per tutti F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 30 ss.] – in senso spiccatamente concessivo, se non addirittura automatico. Da qui l'enucleazione in capo al reo di un vero e proprio “diritto soggettivo all'esenzione dalla pena” che non può essere successivamente frustrato da un'eventuale modifica retroattiva di segno sfavorevole. Ma nell'area del diritto all'impunità si possono ricondurre anche l'irrelevanza penale del fatto e l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274 del 2000), la cui funzione si spiega con la volontà legislativa di considerare fisiologica la conclusione del giudizio penale senza che venga irrogata una pena [cfr. per tutti T. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. GIOSTRA E G. ILLUMINATI, Torino, 2001, p. XIV s.].

Ad una diversa conclusione deve giungersi, invece, con riguardo a quelle norme che, sebbene possano restringere il raggio d'intervento della risposta penale, alimentano una semplice speranza d'impunità. Una circostanza, questa, che si verifica ogni qual volta ci si trovi in presenza di istituti la cui operatività non è fondatamente preventivabile dal soggetto agente al momento della condotta illecita: il che significa che il potenziale effetto favorevole non rientra, nemmeno di fatto, nell'oggetto dell'accordo tra l'ordinamento e l'individuo su cui si estendono le garanzie costituzionali. In particolare, il carattere della “non preventivabilità” – che, in questa prospettiva, accomuna tutte le norme che non si possono considerare di diritto sostanziale, nonostante che esse incidano sull'*an* della risposta punitiva – può avere diverse cause. E segnatamente, un tale carattere può dipendere dal fatto che gli istituti antagonistici rispetto allo *ius puniendi* hanno alla base una valutazione politica che matura prima o comunque al di fuori del vicenda penale (si pensi ai c.d. istituti di clemenza, oltre che alla richiesta del Guardasigilli); ma può derivare anche dalla circostanza che

l'operatività dei meccanismi che frenano l'intervento punitivo è il frutto di valutazioni indipendenti dalla volontà del reo (si pensi all'istanza, all'esercizio del diritto di querela o alla remissione della stessa). E infine, l'imponderabilità dell'effetto favorevole al reo può essere il riflesso della crescente complessità della dialettica processuale, ossia di una pluralità di fattori tra loro indipendenti, la cui esistenza non può essere preventivamente calcolata dal soggetto agente nel *tempus commissi delicti*. È questo, in particolare, l'ambito in cui si collocano i vari istituti del diritto processuale, che pur condizionando l'*an* della risposta punitiva (si pensi sempre, in termini esemplificativi, alla disciplina delle prove), non si possono ricondurre – come già si è chiarito (v. supra § 10, C) – sotto l'egida garantistica dell'art. 25, comma 2, Cost.

C) *L'estinzione per decorso del tempo come mera aspettativa.* – Trasponendo il metodo diagnostico ora tratteggiato nel campo della disciplina prescrizione, si può notare come, rispetto a quest'ultima, il potenziale beneficiario risulti titolare di due diverse posizioni soggettive, facilmente distinguibili in termini cronologici. E invero, una volta spirato il termine prescrizione, il potenziale autore del reato vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'impunità; diritto, che non può essere dunque menomato da un allungamento retroattivo del termine richiesto per l'estinzione, giacché una tale modifica si porrebbe certamente in contrasto con il fondamento garantistico dell'art. 25, comma 2, Cost. Fintanto che la prescrizione non sia compiuta, invece, al potenziale beneficiario può riconoscersi tutt'al più un'aspettativa al mantenimento della disciplina prescrizione esistente al momento del *tempus commissi delicti*. In particolare, egli è legittimato a fare affidamento sul fatto che il tempo concesso dall'ordinamento alla macchina repressiva per pervenire all'accertamento del reato e alla punizione del colpevole venga impiegato nei modi stabiliti dalla normativa vigente, e che la durata della prescrizione non venga allungata successivamente alla realizzazione del reato. Si tratta, pertanto, di una duplice aspettativa (all'*impiego* e alla *durata* del tempo prescrizione nei termini fissati dal diritto esistente nel *tempus commissi delicti*), che può essere di conseguenza "rivalutata" – entro i limiti che subito si

chiariranno – dallo *ius superveniens*, senza per questo violare l'istanza garantistica sottesa all'art. 25, comma 2, Cost.

Peraltro, per confutare quest'ultima conclusione, non varrebbe obiettare che la quantità di tempo richiesta per la maturazione dell'effetto estintivo può essere "calcolata" dal soggetto agente anche prima del suo effettivo decorso (cfr. da noi l'art. 160, comma 3, c.p.). In effetti, la misurabilità *ex ante* di un tale intervallo temporale non equivale assolutamente ad una preventivabilità del beneficio, per il semplice fatto che l'effetto estintivo resta comunque un'eventualità, o – se si vuole – una mera ipotesi, in quanto subordinata all'assenza di un processo tempestivo. Vero ciò, più che di un "termine prescrizionale", sarebbe dunque corretto parlare di una "condizione estintiva connessa al decorso del tempo": ossia di un beneficio futuro ed incerto rispetto al quale – come si è precisato – il potenziale beneficiario non può pertanto vantare nulla di più che un'"aspettativa di diritto" [per una tale conclusione, P. RESCIGNO, *Condizione*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, p. 797; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, vol. I, 1987, p. 468].

Occorre subito aggiungere, tuttavia, che di questo passo non s'intende comunque avallare la legittimità di ogni allungamento retroattivo del termine richiesto per la maturazione della prescrizione penale [ammette questa possibilità C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 121 s.]. Se è vero, infatti, che l'effetto estintivo connesso al decorso del tempo costituisce prima della sua maturazione una semplice aspettativa del beneficiario, sicché l'allungamento retroattivo della durata della prescrizione non rappresenta un tabù inviolabile per il legislatore, va nondimeno sottolineato che non v'è spazio per una "riforma di sistema" che sfrutti una tale possibilità onde assicurare all'ordinamento un maggiore lasso di tempo per lo svolgimento dei processi che si stanno forzatamente estinguendo in forza del superamento del termine massimo consentito (v. *supra* § 8, B). E invero, lo spostamento in avanti del confine prescrizionale può ritenersi legittimo solo nella misura in cui dipenda da situazioni eccezionali che il legislatore è chiamato a fronteggiare (si pensi ad eventi naturali che impediscano per un determinato periodo il regolare svolgimento dei processi), o comunque dalla necessità di soddisfare interessi esogeni rispetto al processo e soprattutto diversi da quelli che già costitui-

scono oggetto di bilanciamento ai sensi della vigente disciplina prescrizione. Si pensi – per esempio – ad una legge che, riformando un dato settore del diritto penale, sia accompagnata, oltreché da una lunga *vacatio legis* durante la quale i processi penali rimangono sospesi, da una disposizione che rende assolutamente influente un tale periodo di sospensione nel computo della prescrizione [per una vicenda dagli effetti analoghi v. Cass. III, 18.11.1992, Creazzi, in *Foro it.*, 1993, II, c. 420].

Al di là di queste ipotesi, invece, un allungamento retroattivo ed indiscriminato della prescrizione, dovuto dall'incapacità dell'ordinamento di svolgere nei tempi preventivati i giudizi in corso, risulterebbe certamente illegittimo: ma, si badi, non perché contrasti con il divieto di retroattività sfavorevole enunciato dall'art. 25, comma 2, Cost. – che come si è chiarito non ha in questo settore ragione di operare – bensì per la ragione che una tale riforma violerebbe il coacervo di vincoli costituzionali, tra cui spicca il principio personalistico, che fa da sfondo alla rilevanza costituzionale della prescrizione penale (v. *supra* § 8), e che non possono non limitare la derogabilità del criterio *tempus regit actum* nei settori del diritto punitivo ove non opera l'art. 25, comma 2, Cost.

Il punto, stante la sua cruciale importanza, merita tuttavia di essere approfondito, anche in considerazione del fatto che la conclusione cui si è pervenuti si discosta da talune convinzioni teoriche assai radicate in una parte della dottrina.

13. La prescrizione e il principio *tempus regit actum* costituzionalmente temperato

Il riconoscimento che la prescrizione operante prima della sentenza definitiva è disciplinata da norme “non penali” (il che significa sottratte al raggio d'intervento dell'art. 25, comma 2, Cost.) finisce non di rado per suscitare un moto di reazione, venendo associato all'idea che, di questo passo, ogni nuova normativa prescrizione, anche se più sfavorevole, potrebbe applicarsi, indiscriminatamente, in modo retroattivo. Senonché, una tale congettura, per quanto alimentata da alcune prese di posizione in tal senso [cfr. ad es. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 121],

non può essere condivisa, rivelando un particolare atteggiamento culturale molto diffuso nella letteratura sul diritto penale intertemporale. E precisamente: al momento di tracciare la portata applicativa del divieto di retroattività penale sfavorevole, la dottrina è stata così fortemente condizionata dalla pervadente carica ideologica di questo principio, che ha finito per disinteressarsi di ogni alternativa opzione intertemporale, come se tutto quanto cade oltre il muro di cinta dell'art. 25, comma 2, Cost. comporti un'irreparabile perdita di garanzia. Da qui la pregiudiziale avversione per il criterio *tempus regit actum*, la quale si fonda tuttavia su alcuni luoghi comuni in merito alla portata di un tale canone intertemporale, di cui è necessario liberarsi.

A) *La distinzione tra tempus regit actum e retroattività.* – Un primo malinteso che bisogna evitare è quello di confondere il principio *tempus regit actum* con la retroattività *tout court*. La prima regola intertemporale sta infatti ad indicare che una determinata situazione giuridicamente rilevante deve essere disciplinata dalle norme esistenti nel momento in cui questa si è perfezionata. La retroattività implica invece una “rivalutazione” di un fatto già esaurito, che viene disciplinato da una normativa posteriore rispetto a quella esistente nel momento in cui si è perfezionato [per una tale precisazione v. R. TARCHI, *Le leggi*, cit., pp. 198 ss., 215 s. e *passim*]. Non è corretto ritenere, dunque, che le norme sottratte al raggio d'intervento dell'art 25, comma 2, Cost. siano per ciò solo retroattive, dato che, là dove non opera il divieto di retroattività, l'effetto retroattivo può essere raggiunto solo in virtù di una norma transitoria *ad hoc*, che disponga in tal senso.

Ora, che una tale precisazione non sia affatto superflua, lo dimostrano quegli orientamenti dottrinali che – lo si è già visto (v. *supra* § 10) – sostengono l'estensione dell'art. 25, comma 2, Cost. al diritto penale processuale sulla base del rilievo che, se così non fosse, le garanzie individuali, per la tutela delle quali l'irretroattività sfavorevole è stata posta, ne uscirebbero fatalmente compromesse. A questa stregua si osserva, per esempio, che se il divieto di retroattività sfavorevole non riguardasse anche le condizioni di procedibilità, la trasformazione per legge della procedibilità a querela in procedibilità d'ufficio lascerebbe la possibi-

lità di agire, tardivamente, anche nei confronti di quei reati per cui è già scaduto il termine fissato dall'art. 124 c.p. Senonché, una volta chiarito, in premessa, che il principio *tempus regit actum* non equivale a retroattività, dovrebbe essere chiaro che il pericolo così evocato non ha ragion d'essere.

E difatti, qualora il legislatore preveda per un dato reato il passaggio dalla procedibilità a querela a quella d'ufficio, senza introdurre una disciplina transitoria *ad hoc*, la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* porterebbe a delineare due distinte situazioni, in nessuna delle quali può essere intravista una forma di retroattività [analogamente O. MAZZA, *La norma*, cit., p. 187 ss.]. Ove infatti il termine di presentazione della querela sia già scaduto o sia già stata presentata querela (prima ipotesi), la nuova disciplina non si potrà mai applicare: cosicché, se la querela non è stata presentata, il processo non potrà più essere avviato, mentre se il giudizio è già promosso con querela, esso rimarrà incardinato con questa disciplina, consentendo eventualmente anche l'operatività della causa di estinzione del reato per remissione (art. 152 c.p.). Se invece non è ancora scaduto il termine di cui all'art. 124 c.p. e non è già stata presentata la querela (seconda ipotesi), sarà certamente possibile ricorrere alla nuova disciplina, la quale però, anche in questo caso, non potrebbe dirsi applicata in modo retroattivo, dato che, inserendosi prima che si sia consolidata la fattispecie delineata dall'art. 124 c.p., non vi sarebbe alcuna "diversa considerazione di una situazione giuridica pregressa" che costituisce il *proprium* della retroattività.

B) *Il principio tempus regit actum come asserita arbitrarietà della disciplina intertemporale: un pregiudizio da superare.* – Senonché, quand'anche si riconosca che il principio *tempus regit actum* non equivale *ipso facto* a retroattività, permane in dottrina un ulteriore pregiudizio, che discende dalla enunciazione di un tale canone temporale da parte di una semplice legge ordinaria (art. 11 disp. prel.), come tale derogabile dal legislatore. Da qui la convinzione – assai diffusa nella letteratura penalistica – che là dove non operi l'art. 25, comma 2, Cost. possa trovare libero sfogo l'arbitrio del legislatore: quasi che il principio *tempus regit actum* riguardi settori normativi ove si è liberi di modulare a piacere la validità nel tempo delle norme.

Ovviamente non è così. E ne è prova il fatto che anche la dottrina che si oppone all'estensione dell'art. 25, comma 2, Cost. al diritto penale processuale non abbandona certo questo settore del diritto punitivo allo strapotere del legislatore [cfr. soprattutto M. CHIAVARIO, *Norma*, cit., p. 478 ss.; sulla stessa linea, v. anche O. MAZZA, *La norma*, cit., p. 233 ss.]. Si delineano, anzi, una serie di principi costituzionali, più elastici rispetto divieto di retroattività sfavorevole, ma non meno vincolanti, che non possono non condizionare la libertà di manovra del legislatore nei settori il cui diritto intertemporale è retto dal *tempus regit actum*. Il riferimento è, per esempio, al principio di uguaglianza *sub specie* di ragionevolezza [F. PALAZZO, *Introduzione*, cit., p. 301; nonché più in generale E. FAZZALARI, *Efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, spec. p. 893], al principio di affidamento [M. CHIAVARIO, *Norma*, cit., p. 482 ss.; O. MAZZA, *La norma*, cit., spec. p. 237 s.; A PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni*, Torino, 2002, p. 243 ss.] e, più di recente, al c.d. principio del giusto processo [V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 423 ss., spec. p. 434 ss.], che contribuiscono tutti a comporre un "parametro d'insieme" alla luce del quale deve essere valutata la legittimità della soluzione intertemporale adottata nei settori del diritto punitivo ove non opera l'art. 25, comma 2, Cost.

Una conferma di quanto si osserva può peraltro rinvenirsi in una recente sentenza della Corte costituzionale, che sgombra ogni eventuale dubbio circa l'esistenza e la coercitività dei suddetti limiti costituzionali [C. cost., 25.7.2002, n. 394, in *Guida dir.*, 2002, n. 36, p. 68 ss.]. Nell'occasione, la Corte è stata chiamata infatti a valutare la legittimità della norma transitoria di cui all'art. 10, comma 1, l. 27 marzo 2001, n. 97, che, derogando al principio *tempus regit actum* stabilito dall'art. 11 disp. prel., ha riconosciuto retroattivamente carattere vincolante, nel giudizio disciplinare promosso a carico del dipendente pubblico, a tutte le sentenze di condanna, anche se di patteggiamento, per quanto riguarda l'accertamento del fatto e la responsabilità dell'autore. Ebbene, com'è evidente, le norme che disciplinano

gli effetti della sentenza penale sul giudizio disciplinare non possono considerarsi di diritto penale sostanziale, sicché – nella prospettiva in precedenza tratteggiata e seguita anche dalla Corte costituzionale – esse non rientrano nell’ambito di operatività dell’art. 25, comma 2, Cost., dovendo la loro successione nel tempo essere disciplinata dal principio *tempus regit actum*. Eppure, ciò non ha impedito alla Corte costituzionale di rilevare, in questo caso, l’illegittimità della norma transitoria che estendeva la nuova disciplina sfavorevole anche alle sentenze di patteggiamento emesse prima dell’introduzione della nuova legge, dato che un tale regime transitorio comportava un irragionevole sacrificio dell’affidamento di coloro che, prima di una tale modifica, erano pervenuti ad una “composizione pattizia” della vicenda penale, sul presupposto che ciò non avrebbe compromesso la loro posizione in sede di giudizio disciplinare. Da qui il contrasto, registrato dai giudici della Consulta, tra la norma derogatoria del *tempus regit actum* con i principi di ragionevolezza e di affidamento, ai quali – come si è affermato in precedenza – il legislatore non può mai sottrarsi quand’anche agisca in un settore del diritto punitivo ove non opera l’art. 25, comma 2, Cost.

C) *Il regime intertemporale della prescrizione.* – Anche alla luce di quest’ultima pronuncia, deve prendersi atto allora che, nell’ambito del diritto punitivo, esistono in realtà due diverse aree di diritto intertemporale. La prima delimitata dal cono d’ombra dell’art. 25, comma 2, Cost., che include tutte le norme qualificabili come penali alla stregua del criterio precedentemente tratteggiato (v. *supra* § 12, B, α). La seconda governata dal principio *tempus regit actum*, in cui l’efficacia retroattiva della modifica, che può raggiungersi solo con una norma transitoria *ad hoc*, è subordinata al rispetto di quel coacervo di principi (ragionevolezza, affidamento, giusto processo, principio personalistico, ecc.) che limitano la possibilità del legislatore di mutare la valutazione normativa dei fatti pregressi.

Se ne desume, parimenti, l’esistenza di due diversi gradi di vincolatività del diritto previgente rispetto alle future scelte legislative; due diversi gradi che corrispondono alla differente posizione soggettiva, di diritto o di aspettativa, che le norme modificate costituivano in capo al destinatario. E difatti, in presenza di

un diritto soggettivo – qual è, per esempio, quello del soggetto nei cui confronti è già spirato il termine prescrizione – s’impone una rigidità assoluta, che non può essere in alcun modo scalata dal legislatore con una norma successiva. Viceversa, nell’ipotesi di un’aspettativa – che si rinviene in capo al potenziale beneficiario della prescrizione prima che sia scaduto il termine estintivo – è tollerato un maggior margine di manovra intertemporale. Anche in questo caso – lo si ribadisce – non vi può essere certo spazio per una retroattività *ad libitum*, ma solo la possibilità di un’estensione dello *ius novum* ai fatti pregressi che non sia irragionevole, discriminatoria, ovvero in contrasto con i principi costituzionali che arginano la discrezionalità intertemporale del legislatore. Un’eventualità questa – lo si anticipa – che si può comunque scongiurare procedendo ad una “commutazione delle garanzie”, ossia compensando il sacrificio individuale correlato all’eliminazione retroattiva di un beneficio con altri strumenti di tutela volti a soddisfare lo stesso interesse protetto dalla disciplina abrogata.

Tutto ciò premesso, e tornando alla proposta di modificare la disciplina della prescrizione in modo da consentire all’ordinamento di non perdere quei giudizi che si stanno estinguendo per decorso del tempo [si richiama G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria*, cit.], ci si deve chiedere se ciò sia possibile senza violare il fondamento personalistico dell’istituto, e senza che l’eventuale applicazione retroattiva della modifica si ponga in contrasto con il reticolo di principi costituzionali (di uguaglianza, di affidamento, ecc.) che temperano la derogabilità del *tempus regit actum* nei settori del diritto punitivo sottratti all’art. 25, comma 2, Cost.

14. *Le reciproche interferenze disfunzionali tra prescrizione e processo*

Per rispondere in modo appropriato a quest’ultimo interrogativo, pare inevitabile muovere da un’analisi delle carenze evidenziate dall’attuale disciplina prescrizione, avendo subito cura di precisare che esse si manifestano specialmente, e in forma eclatante, quando il decorso della prescrizione s’interseca con il

processo. Com'è noto, infatti, in mancanza di un tale intreccio, la vigente disciplina della prescrizione non presenta inconvenienti esiziali. Tutt'al più si renderebbe opportuno, *de iure condendo*, un riequilibrio degli intervalli estintivi attualmente fissati dall'art. 157 c.p., i quali dovrebbero essere adeguati alle sensibilità e ai valori della società moderna, che dimostra per esempio una maggiore predisposizione mnemonica verso le contravvenzioni di recente conio (si pensi alle "nuove" false comunicazioni sociali *ex* art. 2621 c.c.), o per quelle preservate dai vari provvedimenti di depenalizzazione (cfr. da ultimo l'art. 1 d.lgs. n. 507 del 1999), che non per taluni delitti configurati dal legislatore del '30.

Ben più gravi sono invece le carenze evidenziate dall'attuale disciplina prescrizionale nei suoi punti di intersezione con il processo. Invero, come accade in molte legislazioni straniere, così anche il nostro codice ha adottato un modello di temperamento tra le opposte esigenze in gioco incentrato su due punti essenziali: da un lato, l'allungamento del termine prescrizionale in presenza di determinate attività processuali, alle quali viene pertanto riconosciuto un effetto sospensivo o interruttivo (artt. 159 s. c.p.); dall'altro lato, la fissazione di un tetto massimo, che corrisponde al prolungamento della metà del termine ordinario (art. 160, comma 3, c.p.), oltre il quale il prodursi dell'effetto estintivo non può essere dilazionato, talché con il suo superamento anche il "processo si estingue per prescrizione" [per una tale espressione v. V. GREVI, *La prescrizione*, cit., p. 191, *passim*, nonché, in senso tecnico, l'art. 121, comma 3, c.p. portoghese].

Un tale espediente, pur non essendo tecnicamente irreprensibile – non foss'altro perché lo stesso atto interruttivo o sospensivo sviluppa una diversa efficacia dilatoria a seconda che si verifichi all'inizio o verso la fine dell'intervallo prescrizionale – ha comunque garantito, in passato, una certa funzionalità del sistema, rendendo tutto sommato sporadica l'interruzione del processo penale per superamento del tetto prescrizionale. Questo esito veniva infatti consentito, oltre che dall'assenza dell'attuale sovraccarico giudiziario, dall'adozione di un modello processuale di stampo inquisitorio, che imprimeva un ritmo ben più celere rispetto alla tempistica del vigente processo accusatorio [sul

punto F. MENCARELLI, *Tempo e processo*, cit., c. 13 ss.]. Per di più, anche le impugnazioni, che oggi costituiscono il fattore di maggiore aggravio temporale, potevano considerarsi, in precedenza, come appendici del giudizio del tutto eccezionali. Non a caso il legislatore del '30 avvertì l'esigenza di includere tra le cause d'interruzione della prescrizione (art. 160 c.p.) solo atti precedenti alla conclusione del giudizio di primo grado [per un tale rilievo E. FASSONE, *La prescrizione*, cit., p. 35].

Il sistema è divenuto tuttavia instabile con le successive evoluzioni del diritto penale sostanziale e processuale, nell'ambito delle quali si possono segnalare due principali fattori di crisi del regime prescrizioneale. Il sussulto iniziale è venuto dalla riforma in senso accusatorio del processo penale, la quale, se da un lato ha assicurato migliori standard di garanzia, dall'altro lato ha inevitabilmente comportato un rallentamento del ritmo processuale dovuto all'ingombro temporale che ogni strumento di difesa inevitabilmente comporta [V. GREVI, *La prescrizione*, cit., p. 192 s.]. Ma di non minore importanza, è stata poi la revisione costituzionale dell'art. 79 Cost., che ha elevato a due terzi il *quorum* richiesto per la deliberazione di una legge d'amnistia, sì da renderla eccezionale, secondo gli auspici della dottrina. In questo modo, il peso dell'arretrato penale è venuto quindi a gravare interamente sull'istituto della prescrizione, il quale, quand'era supportato in un tale compito dall'amnistia, poteva operare in modo saltuario e tutto sommato fisiologico, mentre ora si trova a sopportare per intero, e da solo, un carico che eccede le sue potenzialità, stante l'ipertrofia del diritto penale, cui non corrisponde un allentamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Va inoltre aggiunto che la riforma dell'art. 79 Cost. non ha comportato solo un mutamento tecnico nella gestione dell'arretrato penale, ma ha segnato una vera e propria svolta istituzionale. A seguito di una tale modifica, infatti, la gestione dell'arretrato penale si è trasformata da problema prettamente politico, in quanto affidato alla discrezionalità del legislatore nell'adottare i provvedimenti di amnistia, a questione di esclusiva pertinenza del potere giudiziario. Un'alterazione, questa, tutt'altro che irrilevante, potendo anzi essere additata come il principale fattore di crisi del meccanismo prescrizioneale. Invero, proprio la rinuncia del legislatore ad affrontare il tema dell'efficienza del

sistema penale – intesa quanto meno come adeguatezza della capacità di smaltimento della macchina processuale rispetto alla domanda di giustizia – ha finito per intasare il “filtro prescrizione”. Quest’ultimo, a sua volta, trovandosi nell’impossibilità di sgravare adeguatamente il carico della giustizia, equilibrandolo alle reali forze disponibili, ha lasciato che tutto il peso della questione si scaricasse direttamente nel giudizio penale, ove ha fatalmente provocato un’alterazione della dinamica processuale.

A) *La prescrizione come fattore di erosione dell’obbligatorietà dell’azione penale.* – Il primo effetto distorto causato nel processo dall’attuale disciplina prescrizione si coglie nell’erosione del principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost). È chiaro, infatti, che il problema del sovraccarico giudiziario, stante i suoi intrinseci risvolti politici, non può che risolversi nella discrezionalità del pubblico ministero, sotto forma di opzione tecnica. Si spiega così, dunque, la predeterminazione nella prassi giudiziaria dei criteri di priorità per l’esercizio dell’azione penale [ne riconosce l’esistenza C.S.M., Sez. disc., 20.6.1997, Vannucci, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1877 ss.; ma v. anche al riguardo gli artt. 226 e 227 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51], nell’ambito dei quali non può non svolgere un ruolo decisivo proprio il fattore temporale. È ovvio, infatti, che quanto più ritardata (e quindi prossima al termine prescrizione) è la conoscenza della *notitia criminis*, tanto meno sarà conveniente investire energie giudiziarie nel suo accertamento.

B) *La prescrizione come causa di allungamento del processo.* – La seconda distorsione processuale prodotta dall’attuale regime della prescrizione dipende dalla previsione nel nostro ordinamento di un “tetto prescrizione” (art. 160, comma 3, c.p.), raggiunto il quale anche il giudizio si deve arrestare, sebbene sia prossimo alla conclusione. E difatti, benché un tale termine sia stato congegnato come garanzia contro una dilatazione illimitata dell’intervallo estintivo in forza del processo, esso ha finito per determinare – complice il frequente uso distorto del diritto di difesa – un notevole allungamento dei tempi della giustizia penale, tanto da indurre alcuni autori ad intravedere in questa disciplina una vera e propria «eterogenesi dei fini» [E. FASSONE, *La prescrizione*, cit., p. 33 s.].

A dire il vero, questo epilogo non sorprende affatto, dato che l'esistenza di un termine perentorio può fungere da sprone solo se quest'ultimo si correla strettamente alla posizione di una singola parte processuale. Qualora invece sullo stesso termine confluiscono interessi di due parti contrapposte, diventa fisiologico che il suo raggiungimento risulti appetibile ad una di esse, sino al punto di indurla a porre in essere determinate attività, non tanto in virtù della loro utilità funzionale, quanto per sfruttare l'ingombro temporale che esse assicurano. Non è un caso, dunque, che l'esistenza di un tetto prescrizionale abbia finito per trasformare il processo penale in una "rincorsa" all'estinzione dello *ius puniendi* per superamento del tempo massimo consentito. Un esito, questo, per raggiungere il quale la difesa spesso non lesina un uso emulativo e puramente dilatorio delle garanzie processuali, nell'intento così di difendersi – secondo un'espressione oggi di moda – più "dal processo" che non "nel processo". Un esempio emblematico, in tal senso, è rappresentato dalle c.d. "impugnazioni pretestuose", presentate cioè al solo fine di guadagnare il termine di prescrizione, e non per correggere un asserito errore dell'atto impugnato [V. GREVI, *Prescrizione*, cit., p. 214 ss.]. Si tratta, com'è noto, di un espediente a dir poco diffuso [cfr. F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Assemblea generale della Corte suprema di cassazione. Discorso di apertura*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 19, spec. p. 27], cui solo di recente è stato posto un freno, seppure parziale, dalle Sezioni Unite. Invero, la Suprema Corte, dopo un acceso contrasto giurisprudenziale, ha dichiarato inammissibile per lo meno il ricorso pretestuosamente presentato per Cassazione nell'intento di raggiungere il termine estintivo, non ancora spirato dopo la sentenza d'appello, ma presumibilmente scaduto quando il procedimento giungerà al giudice di legittimità [Cass. S.U., 27.6.2001, Cavalera, in *Cass. pen.*, 2002, p. 81 ss.; ma v. anche Cass. S.U., 22.11.2000, De Luca, in *Foro it.*, 2001, II, c. 341 ss.].

Comunque sia, al di là delle isolate reazioni della giurisprudenza contro l'utilizzo delle garanzie difensive per fini dilatori [cfr. da ultimo anche Cass. S.U., 28.11.2001, Cremonese, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1308 ss.], è chiaro che una tale distorsione non potrà essere interamente arginata in via interpretativa, esistendo

un'intrinseca e incorreggibile antinomia tra l'attuale disciplina della prescrizione e l'esigenza di una ragionevole durata del processo penale [così, fra gli altri, V. GREVI, *Prescrizione*, cit., p. 217]. Un tale riscontro – si badi – non si presta solo a supportare l'ormai indifferibile riforma della vigente disciplina prescrizionale, ma potrebbe già preludere ad una dichiarazione di incostituzionalità di questa normativa ove s'intendesse seguire una particolare interpretazione dell'art. 111, comma 2, Cost. E invero, se non par dubbio che il principio, ivi sancito, della ragionevole durata del processo imprime un vincolo programmatico al legislatore [sul punto P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, spec. p. 52], v'è chi ritiene che la trasposizione nel diritto interno di questo canone, precedentemente affermatosi a livello internazionale (cfr. l'art. 6, comma 1, C.E.D.U.), abbia segnato l'introduzione di un nuovo parametro oggettivo di costituzionalità [E. MARZADURI, *Commento a l. Cost. 23, comma 11, 1999, n. 2* («giusto processo»), in *Leg. pen.*, 2000, p. 771], alla luce del quale potrebbe dunque già rilevarsi l'illegittimità delle norme attualmente vigenti per via dell'irragionevole ritardo che esse determinano sul corso del giudizio [così A. NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, spec. p. 1543 ss., il quale cita l'esempio dell'art. 525, comma 2, c.p.p., da cui si desume la necessità di una rinnovazione del dibattimento in seguito al mutamento del giudice]. Vero ciò, non è azzardato ipotizzare che anche la normativa sulla prescrizione, producendo le stesse perverse ricadute, potrebbe essere additata, da questa angolazione, tra quelle su cui per lo meno pende un tale dubbio d'illegittimità.

C) *Lo snaturamento della presunzione sottesa al tempo prescrizionale: il paradosso dell'oblio sciente.* – La scelta attuata dal legislatore del '30, di intrecciare tra loro prescrizione e processo, non produce solo un'interferenza disfunzionale del primo istituto sul secondo, ma influisce negativamente anche in senso inverso, sino al punto di alterare l'ordinario significato del tempo prescrizionale. Ben si può notare, infatti, che allorquando la prescrizione determina l'interruzione del processo, essa non esprime necessariamente il disinteresse sociale alla repressione che si trova a fondamento dell'efficacia estintiva connes-

sa al decorso del tempo (v. *supra* § 7, B). In questi casi, la prescrizione opera piuttosto come “perimetro temporale del processo”, decretando la non punibilità del reato quale sanzione per l’inceppamento della macchina processuale. Una nuova ed eterodossa funzione, quindi, della cui esistenza si trova peraltro conferma anche nella giurisprudenza, la quale, di fronte all’indeterminatezza del concetto di “durata ragionevole del processo”, da tempo ritiene che il *délai raisonnable* coinciderebbe proprio con la massima estensione dell’intervallo prescrizioneale [così, ad es., Cass. I, 21.4.1986, Colussi, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 265; *amplius* R. DANOVÌ, *Il «termine ragionevole» nei procedimenti giudiziari in Italia*, in *Foro pad.*, 1990, p. 51 ss. Nello stesso senso si è espressa peraltro anche la coeva giurisprudenza spagnola: cfr. AA.VV., *Código penal. Commentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1999, p. 255].

Senonché, per quanto l’istituto della prescrizione penale e la ragionevole durata del processo abbiano effettivamente la stessa matrice garantistica e poggino sullo stesso fondamento personalistico (v. *supra* § 8, A), sarebbe improprio desumere da questi comuni aspetti che un unico meccanismo estintivo sia in grado di realizzare entrambe le funzioni. Lasciando infatti che la sola prescrizione provveda ad ogni delimitazione temporale dello *ius puniendi*, si finisce per trasformare l’indole funzionalistica di questo istituto [V. GREVI, *Prescrizione*, cit., p. 221], senza peraltro raggiungere un equo contenimento dei tempi del processo. E invero, la prescrizione, operando quale causa di interruzione del giudizio – e dunque nel momento in cui l’interesse per l’accertamento è più che mai vivo e attuale – smarrisce ogni giustificazione razionale sino a scadere nel paradosso. Lungi dal testimoniare dimenticanza, infatti, l’operatività della prescrizione pare in questo caso esprimere un “oblio sciente”, racchiudendo così in un tale ossimoro il più autentico e contraddittorio significato dell’attuale disciplina.

Quanto invece alla ragionevole durata del processo, si può notare come una tale esigenza non potrà mai essere adeguatamente soddisfatta da una commistione con l’istituto della prescrizione: e ciò per il semplice fatto che il *dies a quo* dell’intervallo estintivo è nel meccanismo prescrizioneale una circostanza “extraprocessuale”, ragion per cui il cronometro del tempo con-

cesso alla macchina giudiziaria viene giocoforza avviato ancor prima che questa si sia messa in moto. Da qui l'illogica e contraddittoria conseguenza che un processo irragionevolmente lungo potrebbe non essere sanzionato dalla prescrizione qualora sia iniziato a ridosso del *tempus commissi delicti*; mentre un giudizio assai celere può ben essere interrotto dalla prescrizione se è incominciato a notevole distanza dalla commissione del reato.

15. *Le prospettive di modifica del regime prescrizionale: un campionario delle soluzioni emerse*

Sebbene le carenze dell'attuale disciplina della prescrizione penale inducano a ricercare soluzioni alternative, non par dubbio che l'elaborazione di una proposta in tal senso richieda un'adeguata ponderazione. Si tratta, infatti, non solo di migliorare il rapporto tra l'effetto estintivo connesso al decorso del tempo ed il processo penale, ma anche di progettare una disciplina in grado di estendersi ai procedimenti in corso, eliminare gli abusi che l'attuale regime prescrizionale ha determinato, senza per questo violare alcun limite costituzionale afferente al diritto intertemporale. Non va dimenticato, infatti, che pur non operando nella *subiecta materia* la garanzia dell'irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost. (v. *supra* § 13), occorre nondimeno rispettare tutti i limiti costituzionali che temperano la derogabilità del principio *tempus regit actum* (v. *supra* § 13, B), i quali – come si è ripetutamente osservato – pongono vincoli talmente stringenti al legislatore intertemporale da lasciare margini comunque esigui per una riqualificazione normativa del tempo prescrizionale già trascorso. Per di più, in questa materia, non meno condizionante, in senso preclusivo, appare il principio della ragionevole durata del processo, da cui si desume che la futura disciplina non deve in ogni caso comportare un allungamento dell'attuale durata dei processi penali, dato che, questa, è già stata causa di numerose condanne dello Stato italiano da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'omologo principio enunciato all'art. 6 C.E.D.U.

La contemporanea incidenza di tali vincoli parrebbe dunque

smorzare molte pulsioni riformatrici, e specialmente quelle che, mirando ad un semplice *restyling* dell'attuale disciplina prescrizione, sfociano in proposte scarsamente risolutive o di dubbia legittimità. Ad esempio: introdurre nuove cause di sospensione e di interruzione della prescrizione, allungare retroattivamente o eliminare *tout court* il termine prescrizione, allontanarlo così tanto da non renderlo appetibile per la difesa, calcolare l'intervallo estintivo escludendo alcuni tempi morti del processo o il periodo delle impugnazioni, sono tutti espedienti che, se da un lato denotano l'odierna insofferenza verso il meccanismo prescrizione quale deleteria causa d'interruzione del giudizio, dall'altro lato non si sottraggono a giustificate perplessità di ordine costituzionale, avuto riguardo sia all'art. 111 Cost., sia al reticolo di norme e di principi che limitano le possibilità di manovra del legislatore nelle materie governate dal *tempus regit actum*.

A ben vedere, dunque, per ovviare agli inconvenienti dell'attuale disciplina prescrizione non pare sufficiente una semplice correzione dell'assetto normativo, rendendosi necessaria una rivisitazione più radicale ed organica, che tenga conto soprattutto del diverso valore assunto dal tempo, che separa il "reato" dalla "pena", prima e dopo l'instaurazione del processo penale.

A) *La completa sottrazione dell'intervallo processuale dal tempo storico prescrizione.* – Nella prospettiva anzidetta particolarmente utile risulta un breve richiamo della riforma effettuata nel 1995 dal codice penale spagnolo, che ha risolto in modo assolutamente eterodosso il contraddittorio intreccio tra l'interesse alla dimenticanza, che è sottesa alla prescrizione, e l'istanza all'accertamento del reato, che dà corpo al processo penale. Il nuovo art. 132, comma 2, c.p. spagnolo stabilisce infatti che tutta la durata dell'accertamento giudiziale diretto contro il colpevole deve essere scorporata dal computo della prescrizione; talché – è questa la conseguenza pratica di rilievo – l'effetto estintivo non può maturare nel periodo impiegato dall'ordinamento per l'esercizio della giurisdizione penale.

Una siffatta soluzione non è del resto priva di giustificazione; anche se questa non va confusa con l'esigenza che ha spinto altre legislazioni (per esempio quella portoghese) a scorporare dal

computo della prescrizione solo determinate situazioni processuali (mancanza di una condizione di procedibilità, contumacia, ecc.; cfr. art. 120 c.p. portoghese). E invero, quest'ultimo espediente è espressione di uno dei corollari più tradizionali del meccanismo prescrizione, che si compendia nel broccardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*, e da cui discende che quando la macchina processuale si trova impossibilitata ad operare, un tale periodo non può produrre alcun effetto estintivo.

Diversamente, ciò che induce a scomputare dalla prescrizione tutta la durata del processo è l'inclinazione prettamente retrospettiva del giudizio penale. In effetti – si è osservato – se il processo si sostanzia in «un accertamento retroattivo» [fra gli altri F. INVREA, *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, spec. 52 ss.; G. CRISTOFOLINI, *Efficacia della sentenza nel tempo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, spec. p. 321 ss.], che comporta quindi «una forma di impossessamento del passato da parte del giudice» [F. CARNELUTTI, *Retroattività penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, spec. pp. 85 ss., 91 ss.], sembrerebbe contraddittorio che si presumesse la maturazione della dimenticanza durante il tempo impiegato per l'accertamento del reato, vale a dire mentre l'ordinamento sta celebrando questo rito della memoria [così, per tutti, G. QUINTEROS OLIVARES, F. MORALES PRATS, J.M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general*, Pamplona, 1999, p. 759]. Da qui la *ratio* dell'art. 132, comma 2, c.p. spagnolo, che proprio per non incorrere in una tale incoerenza, ha scelto di rendere alternativi, in termini coscienziali (v. *supra* § 2), il tempo della prescrizione e quello del processo. Seguendo questa impostazione, infatti, un determinato giorno della storia potrà valere o ai fini dell'estinzione (se non appartiene al processo, significando dunque dimenticanza) o ai fini dell'accertamento (se appartiene al processo, significando dunque ricordo).

Senonché, per quanto una tale soluzione consenta di ovviare ai molti inconvenienti della commistione tra prescrizione e processo, v'è nondimeno da ritenere che il modello spagnolo sarebbe difficilmente importabile nell'ordinamento italiano. Lo impedisce, quanto meno, l'endemica lentezza dei nostri processi penali, che non può essere attribuita solo al perverso effetto dilatorio provocato dalla prescrizione (v. *supra* § 14, B), esistendo al-

tri e non meno gravi fattori che determinano il sovraccarico della macchina processuale ed il suo conseguente rallentamento. Ne deriva che se nel nostro ordinamento ci si limitasse a incorporare, *rebus sic stantibus*, la durata del processo dall'intervallo estintivo, rimarrebbe comunque un pesante margine di inefficienza, che finirebbe per essere addossato all'imputato, fatalmente esposto ad un processo potenzialmente illimitato, in quanto privo di qualunque strumento di contenimento temporale. Pressoché scontata sarebbe dunque, in tal caso, la violazione del principio della ragionevole durata del processo enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost., per scongiurare la quale a poco servirebbe il rimedio escogitato dalla giurisprudenza spagnola, incline a restringere in via interpretativa il novero delle attività processuali in grado di scomputarsi dalla prescrizione [per un'ampia casistica, AA.VV., *Código penal. Interpretacion jurisprudencial y legislacion complementaria*, Barcelona, 1999, p. 540 ss.]. A tutto concedere, infatti, è chiaro che una simile restrizione non rimuove il pericolo di un'illimitata dilatazione dell'intervallo prescrizionale, dato che questa rimarrebbe pur sempre possibile in presenza degli atti riconosciuti dal giudice come realmente interruttivi. *Last but not least*, va inoltre osservato che quand'anche si pensasse d'introdurre da noi una siffatta disciplina della prescrizione penale, essa potrebbe operare esclusivamente per il futuro. Troppe, e troppo intense, sono infatti le ripercussioni negative sull'aspettativa prescrizionale già consolidatasi, per ritenere che una simile riforma, se applicata retroattivamente, non contrasti con i principi che limitano la derogabilità del criterio *tempus regit actum* (v. *supra* § 13, B).

Ma ciò che lascia maggiormente perplessi del modello spagnolo della prescrizione, è il significato coscienziale (v. *supra* § 2) che viene attribuito al tempo processuale. Sottraendo infatti l'intera durata del giudizio dal tempo storico che scorre nella prescrizione, il legislatore spagnolo ha finito per considerare il processo alla stregua di una *fictio* temporale, ossia come una sospensione artificiale dell'intervallo storico che separa il fatto di reato dalla pena, imposta in un ordinamento liberale dal principio *nullum crimen sine iudicio*; e tutto ciò – deve supporre – perché il processo penale, essendo finalizzato all'accertamento del fatto, ha una naturale inclinazione retrospettiva.

Ebbene, pur senza negare la validità di quest'ultimo asserto, v'è tuttavia da ritenere che, deducendo da una siffatta premessa l'irrilevanza storica (e dunque prescizionale) del tempo processuale, si finisca per cadere in un vero e proprio paralogismo. Altro infatti è l'attrazione del processo verso il passato quale suo unico e autentico centro d'interesse [G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, cit., p. 53 ss.], che spingerebbe il giudice penale – se potesse – ad arrestare il corso del tempo per assolvere meglio al proprio compito, per preservare la memoria dei testimoni, per cristallizzare l'attitudine gnoseologica delle prove, o anche solo per assicurarsi la percepibilità dell'esatto disvalore che il fatto aveva nel momento in cui si è realizzato. Altro è invece l'imprescindibile dimensione storica del processo, che come ogni attività umana non può sottrarsi al flusso dell'esistenza, trovandosi anzi totalmente immerso, quanto meno sotto due profili. Da un lato, infatti, il processo penale scandisce, ed in modo tutt'altro che blando, l'esistenza dell'imputato, che – come si è opportunamente osservato – «costituisce la chiave per avviare a soluzione il problema della determinazione dell'ambito di svolgimento temporale del processo» [F. MENCARELLI, *Tempo e processo*, cit., c. 18], talché considerare la durata del giudizio come un tempo vuoto e privo di peso sarebbe agli occhi dell'imputato, più che un sofisma, una beffa. Dall'altro lato, il processo è quanto mai un frammento della storia della società nell'ambito della quale esso si svolge e che – secondo una prospettiva funzionalistica del diritto penale – ne attende l'epilogo. Solo, dunque, in una visione puramente retributiva, il processo potrebbe considerarsi in termini temporali come uno spazio ininfluenza, una sospensione tecnica richiesta per l'approntamento della reazione ordinamentale. Diversamente, in un sistema penale ispirato alla prevenzione generale, anche il tempo dell'accertamento non può sottrarsi dalla storia del gruppo sociale rispetto al quale vanno commisurati gli effetti della pena, specie se si considera che – segnatamente nella prospettiva della prevenzione generale integratrice – anche il processo può causare un allungamento così ampio della distanza tra reato e pena tale da comportare l'inutilità funzionalistica di quest'ultima per carenza di potenzialità confermativa (v. *supra* § 7, B).

B) *La separazione tra il tempo della prescrizione e la ragionevole durata del processo.* – Appurato che i nefasti effetti dell'attuale disciplina della prescrizione non sono risolvibili con la radicale, quanto semplicistica sottrazione della durata del giudizio penale dal computo dell'intervallo prescrizionale, la strada da percorrere *de lege ferenda* pare destinata a passare, piuttosto, attraverso la previsione di due distinti meccanismi estintivi, entrambi connessi al semplice decorso del tempo, che si susseguano l'un l'altro, senza soluzione di continuità, nel periodo che intercorre tra la commissione del potenziale reato e l'eventuale irrogazione della pena. Il primo di questi istituti, che corrisponderebbe alla prescrizione in senso stretto, dovrebbe operare anteriormente all'avvio dell'attività giurisdizionale. Il secondo meccanismo estintivo dovrebbe invece servire per contenere la durata del processo in modo autonomo e del tutto indipendente, onde evitare le interferenze disfunzionali che la vigente disciplina ha evidenziato (v. *supra* § 14).

Vero ciò, non è un caso che proprio una tale suddivisione costituisca il tratto in comune dei due progetti di legge inerenti alla modifica della prescrizione che giacciono attualmente presso il nostro Parlamento. Il riferimento è al d.d.l. n. 1302 dell'11 luglio 2001, dep. Kessler (e altri 62 firmatari) [in *www.camera.it.*], e al d.d.l. n. 260 del 20 giugno 2001, sen. Fassone (e altri 5 firmatari) [in *www.senato.it.*], che perfezionano analoghi progetti di riforma già presentati nella XIII legislatura. Entrambi questi provvedimenti mirano infatti a restringere l'ambito di operatività della prescrizione del reato alla sola fase pre-processuale, configurando *ad hoc* per il processo un nuovo ed eterogeneo meccanismo di contenimento temporale.

α) *La suddivisione della ragionevole durata del processo in relazione ai gradi del giudizio.* – Scendendo più nel dettaglio, si può osservare come il primo progetto di riforma si proponga di sostituire l'attuale istituto prescrizionale con due contigui meccanismi di delimitazione temporale dello *ius puniendi* indicati come "prescrizione del reato" e "prescrizione dell'azione". Il primo di essi sarebbe contrassegnato da intervalli estintivi leggermente modificati rispetto a quelli attualmente stabiliti dall'art. 157 c.p. (cfr. art. 1 d.d.l. n. 1302 del 2001), trascorsi i quali, *senza che*

venga esercitata l'azione penale, il reato si estingue. Nella prospettiva del d.d.l. n. 1302 del 2001, l'esercizio dell'azione penale dovrebbe pertanto fungere, da un lato, quale causa di estinzione della prescrizione del reato, e dall'altro lato, quale spartiacque tra quest'ultimo istituto e l'operatività del successivo meccanismo di contenimento temporale del processo. Detto ancora più semplicemente, se l'azione penale non viene esercitata entro il termine richiesto dal novellato art. 157 c.p. il reato si estingue; qualora invece essa venga esercitata si apre una nuova fase, quella del processo, sottoposto ad un diverso ed autonomo regime temporale.

In particolare, per quanto riguarda questo secondo istituto, si propone di eliminare il termine massimo di prescrizione che attualmente costringe il processo entro una rigida durata prestabilita, suggerendo di sostituirlo con *distinti intervalli estintivi* (di cinque o di quattro anni, a seconda della gravità dei reati), *che valgono per ciascun grado del processo*, e che possono subire un allungamento (di non oltre la metà) in presenza di determinate cause di sospensione. Evidente è dunque la *ratio* di questa riforma, che tramite l'eliminazione del tetto massimo prescrizionale e la rinnovazione ad ogni grado del processo dell'intervallo estintivo, intenderebbe premunirsi dal rischio che la nuova disciplina si presti a tecniche dilatorie della difesa, mirando soprattutto ad evitare le impugnazioni pretestuose, le quali, contrariamente all'effetto desiderato, non farebbero altro che dischiudere al processo una nuova stagione prescrittiva. Inoltre, la suddivisione della ragionevole durata secondo i gradi del giudizio tenderebbe a evitare la non meno biasimevole tendenza di alcuni giudici di primo grado a "scaricare" il rischio della prescrizione sui colleghi competenti per la fase delle impugnazioni [così il § 3 della *Relazione* al d.d.l. n. 1302 del 2001, ispirandosi chiaramente alla normativa che regola la durata della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.)]. Ogni autorità giudiziaria, infatti, avrebbe a disposizione un proprio ed esclusivo intervallo estintivo, che, sommandosi agli altri, dovrebbe comunque garantire un certo contenimento temporale dell'attività processuale nel suo complesso.

Proprio sotto quest'ultimo aspetto, però, il progetto fa sorgere fondati dubbi di legittimità costituzionale. Basti pensare, in-

fatti, che ad un calcolo approssimativo – sommando cioè, i cinque anni previsti per la prescrizione *ante* processo, con i quattro anni, moltiplicati per tre gradi di giudizio (così come previsto dall'art. 1 d.d.l. n. 1302 del 2001) – si consentirebbe che le contravvenzioni punite con l'arresto giungano a sentenza definitiva, senza far scattare alcuna sanzione processuale, ben diciassette anni dopo il *tempus commissi delicti*. Tale soluzione risulta, poi, ancor più problematica se si considera che l'art. 6 del d.d.l. n. 1302 del 2001 introduce una generale clausola di retroattività [cfr. il § 5 della *Relazione* al d.d.l. n. 1302 del 2001], e pare difficile ritenere che il regime prescrizionale della durata di tre anni, oggi previsto per talune contravvenzioni, possa essere retroattivamente sestuplicato senza infrangere nessuno dei principi che temperano l'operatività del *tempus regit actum* nelle materie sottratte al divieto di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Infine, il disegno di legge in questione non sembra neppure in linea con il principio della ragionevole durata del processo penale, se – come si deduce dal progetto – un delitto, nell'ipotesi estrema, potrebbe rimanere nel circuito giudiziario per mezzo secolo, senza far scattare alcuna sanzione processuale. Una durata tanto ampia si ottiene, infatti, sommando i quindici anni di prescrizione *ante*-processo, stabilita per i reati più gravi (v. art. 1 d.d.l. n. 1302 del 2001), agli oltre vent'anni in cui si possono articolare i relativi tre gradi di giudizio (sette anni e mezzo moltiplicati per tre), stante l'operatività congiunta dei meccanismi previsti dagli artt. 1 e 5 d.d.l. n. 1302 del 2001; ai quali, in teoria, si potrebbero aggiungere altri quindici anni nel caso di una sentenza con rinvio della Cassazione, cui faccia seguito un nuovo giudizio di appello e un ulteriore ricorso per Cassazione.

β) *Le suggestioni del modello pancivilistico della prescrizione.* – Tenta di sottrarsi a questo genere di inconvenienti il progetto di riforma della prescrizione penale delineato dal d.d.l. n. 260 del 2001, che, in un unico articolato, propone in realtà due distinti complessi normativi. Uno avente ad oggetto la «prescrizione del reato», che andrebbe a sostituire gli attuali artt. 157 ss. c.p.; l'altro da collocarsi nel codice di procedura penale – in un apposito titolo inserito dopo l'art. 346 c.p.p. – che è dedicato alla «prescrizione del procedimento» come nuova condizione d'improcedibilità.

Ebbene, il primo istituto ha una fisionomia nell'insieme simile alla prescrizione del reato delineata dal precedente progetto di riforma. Anche in questo caso, infatti, si ridisegnano gli intervalli prescrizionali attualmente indicati dall'art. 157 c.p., tendendo ad isolare il valore estintivo del tempo che precede l'attività processuale. Sul punto, l'unico tratto distintivo concerne la scelta di collegare l'estinzione della prescrizione del reato, non già all'esercizio dell'azione penale – come nel d.d.l. n. 1203 del 2001 – bensì al momento in cui la «notizia di reato» perviene a conoscenza dell'autorità giudiziaria (cfr. art. 2 d.d.l. n. 260 del 2001). Evidentemente si ritiene che sia questo il momento in cui l'attività giurisdizionale interrompe lo stato di oblio che fonda e legittima l'effetto estintivo connesso al semplice decorso del tempo.

Al di là, tuttavia, di un siffatto aspetto di dettaglio, il tratto più caratterizzante di questo secondo progetto di riforma si rinviene nel successivo meccanismo di delimitazione temporale, concepito *ad hoc* per il processo penale. Si suggerisce infatti di eliminare l'attuale tetto massimo estintivo, per sostituirlo con un congegno, di chiara matrice civilistica [per un tale riconoscimento v. il § 7 della *Relazione* al d.d.l. n. 260 del 2001], che servirebbe a contenere l'eccessiva durata del giudizio penale. Così come accade nel diritto civile, infatti, ove il titolare del diritto può interrompere e far ricominciare da capo il decorso della prescrizione promuovendo talune attività processuali (cfr. gli artt. 2943 ss. c.c.), anche nel giudizio penale – si propone – l'autorità giudiziaria, in veste di parte attrice, avrebbe la facoltà di rinnovare la prescrizione operante nel processo, realizzando quegli atti che testimoniano il persistente interesse dell'ordinamento per la causa. Tali atti sono quelli attualmente indicati dall'art. 160 c.p. – cui si aggiungono solamente altre due ipotesi (iscrizione nel registro delle notizie di reato e l'atto d'impugnazione) – che dovrebbero succedersi, l'uno all'altro, ad una distanza non superiore a «due anni», oltrepassati i quali scattarebbe l'improcedibilità ai sensi degli artt. 129, 425 e 529 c.p.p. Secondo i proponenti, dunque, l'eliminazione del tetto massimo non rischierebbe di esporre l'imputato ad un processo dalla durata indefinita, in quanto gli atti tipizzati dall'art. 160 c.p., che si devono succedere l'un l'altro ad una distanza non superiore ai due anni, pur essendo numerosi, sono destinati ad escludersi vi-

cendevolmente. Conseguentemente la reale sequenza di ogni procedimento potrebbe anche assicurare un risparmio temporale rispetto all'attuale corso dei processi.

Evidentemente, il d.d.l. n. 260 del 2001 non intende rinunciare allo sprone che il meccanismo prescrizionale imprime agli organi giurisdizionali. E nondimeno, per evitare che un termine fisso alimenti nell'imputato biasimevoli appetiti dilatori, si è scelto di frantumare l'unica presunzione temporale in più cause d'improcedibilità distanti tra loro, salvo sospensione, non più di due anni. Senonché, il punto critico della riforma – segnalato peraltro con indubbia onestà intellettuale dagli stessi proponenti [cfr. il § 7 della *Relazione* al d.d.l. n. 260 del 2001] – riguarda proprio l'unità di misura temporale (due anni), cui si affida il compito di scandire il ritmo del processo, e che è stata chiaramente ricalcata dall'orizzonte temporale massimo che oggi possono avere le indagini preliminari (art. 407 c.p.p.) e la custodia cautelare per i reati di media gravità (v. art. 303, comma 4, lett. a, c.p.p.). Ebbene, ciò che più lascia perplessi è l'esistenza stessa di un unico compasso temporale tra fasi del processo penale non uniformi per funzioni, per esigenze di garanzia e per incombenze pratiche da assolvere. Il regime temporale del processo ne esce dunque inevitabilmente appiattito, soprattutto ove si consideri che una tale disciplina varrebbe tanto per l'espletamento di un maxi-processo per mafia, quanto per l'accertamento di un reato contravvenzionale, tanto per le sedi giudiziarie particolarmente intasate, quanto per quelle in cui il rapporto tra organico e carichi di lavoro risulta più vantaggioso.

Ma vi è di più: contrariamente a quanto auspicato dai proponenti, non sembra che la frantumazione del tempo prescrizionale, associata all'eliminazione del tetto massimo, riesca a preservare l'imputato dal rischio di un'interminabile garrotta processuale. È ben vero infatti – come rileva la *Relazione* – che gli atti interruttivi indicati dall'art. 160 c.p. (essendo quasi tutti pre-dibattimentali) sono destinati ad escludersi vicendevolmente, talché gli intervalli estintivi biennali non saranno poi così numerosi. Ma è altrettanto vero che, qualora il processo arrivi in Cassazione, tali intervalli non saranno mai inferiori a quattro, con la conseguenza che l'accertamento di un fatto contravvenzionale potrà sempre disporre di ben otto anni prima di giungere a sen-

tenza definitiva. Vero ciò – e senza tener conto dell’ulteriore, potenziale allungamento dell’intervallo biennale in forza di determinate cause di sospensione – v’è quanto meno da dubitare che una tale riforma, ove venisse effettivamente varata, abbia qualche possibilità di applicarsi retroattivamente senza violare alcuno dei principi costituzionali che temperando la derogabilità del criterio *tempus regit actum*. Basti pensare che l’intervallo prescrittivo previsto per i delitti di cui al n. 4 dell’art. 157 c.p. passerebbe da un massimo di sette anni e mezzo a tredici anni (cinque di prescrizione *ante* processo più quattro intervalli biennali di prescrizione processuale); e addirittura, *mutatis mutandis*, l’intervallo prescrizione più breve, attualmente fissato in tre anni dal combinato disposto tra gli artt. 157, n. 6, e 160, comma 3, c.p. sarebbe più che quadruplicato.

Il progetto di riforma della prescrizione ora in esame sembra porsi in contrasto, infine, con il principio della ragionevole durata del processo, specialmente nella parte in cui disciplina varie cause di sospensione della prescrizione processuale (art. 3 d.d.l. n. 260 del 2001), in presenza delle quali s’impone che il tempo trascorso non possa esplicare alcun effetto ai fini dell’estinzione. Segnatamente, si dovrebbero interamente scorporare – e senza alcun limite – dall’intervallo estintivo biennale tutti gli spazi temporali dovuti ad una delle cause attualmente indicate dagli artt. 304 c.p.p. (Sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare) e 305 c.p.p. (Proroga della custodia cautelare), a cui si aggiungono anche altre circostanze processuali (richiesta di autorizzazione a procedere, di rogatoria internazionale ecc.) indicate nel nuovo artt. 346-ter c.p.p. Da qui la conseguenza che, qualora si sommassero più cause di sospensione (il che sarebbe molto frequente visto che queste non sono destinate ad escludersi vicendevolmente), l’unità di misura temporale, teoricamente fissata in due anni, potrebbe durare molto di più senza che questo faccia scattare alcuna sanzione estintiva.

16. Una possibile alternativa

Nessuna delle proposte di riforma della prescrizione penale finora avanzate risulta dunque pienamente appagante. In parti-

colare, esse sono animate da uno spirito di rivalse verso i nefasti effetti prodotti dall'attuale regime prescrizione, che sfocia nella scelta di rinunciare ad un limite massimo di durata del processo. È proprio «la presenza di un "tetto" invalicabile – si osserva – che spinge la parte interessata (cioè la difesa) a compiere tutte le attività possibili (legittime, ma non necessarie) per varcare quel valore temporale. È la presenza del "tetto" – si prosegue – che stimola le azioni di ritardo fine a se stesse. È il "tetto" – si insiste – che premia l'inutile e appesantisce il necessario. Dunque – si conclude – è su quello che bisogna intervenire, rimuovendolo, o almeno collocandolo su una frontiera così lontana da rendere non utile un'attività compiuta per fini esterni all'atto stesso» [E. FASSONE, *La prescrizione*, cit., p. 39].

Senonché, non sembra che una tale ostilità verso il termine prescrizione sia da condividere. La previsione di un tetto massimo, oltre il quale la macchina processuale si deve necessariamente arrestare, costituisce infatti un'imprescindibile garanzia dell'individuo, nonché la soluzione più efficace e lineare per attuare il mandato costituzionale imposto dall'art. 111, comma 2, Cost. Senza contare poi che il mantenimento del termine perentorio sembra rappresentare una *condicio sine qua non* per assicurare un'efficacia retroattiva all'auspicata riforma della prescrizione.

A) *La prescrizione ante-processo come condizione di improcedibilità*. – In questa prospettiva, non diversamente da quanto proposto nei progetti di riforma precedentemente esaminati, appare opportuno introdurre un primo meccanismo estintivo collegato al semplice decorso del tempo successivo alla commissione del reato e antecedente dell'esercizio dell'attività giurisdizionale. Si mira così a isolare il valore giuridico di questo "tempo nudo" in un autonomo istituto prescrizione, dalla fisionomia estremamente semplice e destinato ad avere soltanto due epiloghi operativi. Per un verso, infatti, esso dovrebbe determinare il prodursi dell'effetto estintivo qualora il fatto concreto non venga attratto nell'orbita dell'accertamento giudiziale entro un certo termine. Dall'altro lato, l'operatività di un tale istituto cederebbe il passo al successivo meccanismo di delimitazione temporale, nell'ipotesi in cui, entro il suddetto termine, il processo sia invece avviato.

Almeno tre dovrebbero comunque essere le differenze rispetto agli analoghi meccanismi prescrizionali prospettati nei progetti di legge precedentemente esaminati.

La prima riguarda il novero degli intervalli estintivi, che non potrebbe non includere anche un termine prescrizionale particolarmente breve (di non più di due anni) per le contravvenzioni e per alcuni delitti individuati nominalmente; il che non dovrebbe affatto sorprendere se si considera che i codici più recenti, disciplinando i meccanismi prescrizionali che operano in assenza del processo, stabiliscono termini di prescrizione ancora più brevi (addirittura l'art. 131, comma 3, c.p. spagnolo prevede, in tal caso, per le contravvenzioni una prescrizione di sei mesi, e per alcuni delitti, come la calunnia o l'ingiuria, un termine annuale). Inoltre, diversamente da quanto stabilito dagli artt. 1 d.d.l. n. 1302 del 2001 e 1 d.d.l. n. 260 del 2001 – oltreché dall'attuale art. 157 c.p. – sarebbe opportuno prevedere anche un compasso temporale particolarmente ampio (ad esempio di trent'anni così come stabilito dall'art. 70, lett. a, c.p. svizzero), destinato ai reati puniti con l'ergastolo: i quali, come si è precisato (v. *supra* § 8, C, α), non possono sottrarsi al regime della prescrizione, pena l'illegittimità costituzionale del complesso normativo che disciplina l'estinzione dello *ius puniendi* per decorso del tempo. D'altro canto, al fine di “compensare” la prescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo, si potrebbe introdurre una disposizione – presente peraltro in quasi tutti i codici penali moderni (cfr., fra gli altri, gli artt. 24 c.p. croato; 213-5 c.p. francese; 78, comma 5, c.p. russo; 116 c.p. sloveno; 131, comma 4, e 133, comma 2, c.p. spagnolo; 75-*bis* c.p. svizzero; nonché il § 78, comma 2, StGB) – che impone, all'inverso, il regime di imprescrittibilità per i crimini contro l'umanità (ad esempio il genocidio).

La seconda differenza attiene ai criteri di determinazione del tempo necessario a prescrivere, per stabilire il quale non si dovrebbe infatti tenere conto delle circostanze soggettive, ma solo di quelle oggettive. È questa, invero, un'implicazione normativa che discende dall'ancoraggio dell'effetto estintivo connesso al decorso del tempo al rapporto che intercorre tra il potenziale fatto di reato ed il gruppo sociale rispetto al quale va commisurata l'utilità confermativa della pena (v. *supra* § 7, B). In effetti, da questa angolazione, nessuna rilevanza sembrano destinate ad

assumere sia le qualità personali dell'autore (ad esempio il suo stato di recidivo) sia le altre circostanze soggettive (si pensi ad es. all'art. 61, n. 1 e 6 c.p.), dato che questi elementi, non essendo riconoscibili dall'esterno, non sembrano poter influire sulla percezione sociale del fatto. Per contro, le circostanze oggettive, traducendo una tangibile alterazione di disvalore, ben si presterebbero a differenziare, sia pure in termini presuntivi, la quantità di tempo richiesta per la dimenticanza sociale dell'accaduto.

Il terzo e più caratterizzante tratto di questo modello di prescrizione *ante processo* va individuato nel particolare atto processuale che ne dovrebbe paralizzare l'operatività. E difatti, diversamente dai progetti di legge precedentemente analizzati – che indicano nell'esercizio dell'azione penale (art. 1 d.d.l. n. 1302 del 2001) o nell'iscrizione della *notitia criminis* (art. 2 d.d.l. n. 260 del 2001) la causa di estinzione del primo meccanismo prescrizionale – sarebbe preferibile far riferimento, a tal fine, al rinvio a giudizio. In questo modo, il primo meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo assumerebbe dunque le vesti di una “causa di improcessabilità”, cosicché – è questo l'effetto pratico – ove non si pervenisse al rinvio entro i termini stabiliti dal nuovo art. 157 c.p., il soggetto, nei cui confronti si stanno eventualmente svolgendo le indagini, non potrebbe più essere portato in giudizio. L'obiettivo che così s'intenderebbe raggiungere è, come s'intuisce, duplice: da un lato, impedire (almeno per i reati più gravi) che il meccanismo prescrizionale venga paralizzato con un semplice atto della pubblica accusa; dall'altro lato, sollecitare fin dall'inizio il rapido avvio del procedimento.

Si noterà, infatti, che adottando il rinvio a giudizio quale causa d'estinzione della prescrizione *ante-processo*, si finisce per attribuire la competenza decisionale sul punto al giudice dell'udienza preliminare (art. 416 c.p.p.) e dunque ad un soggetto imparziale. Certo, non va dimenticato che esistono ipotesi di citazione diretta da parte del pubblico ministero (art. 550 c.p.p.); ma almeno per i reati più gravi sembra opportuno rimettere la scelta sulla definitiva interruzione del primo meccanismo prescrizionale, e sulla conseguente apertura del *délai raisonnable*, ad un soggetto in posizione di terzietà. Del resto, la consapevolezza che la propria decisione produrrà sin da subito un effetto irreversibile (la paralisi o meno del primo meccanismo

estintivo) indurrà verosimilmente il GUP ad operare una più attenta valutazione, rispetto a quanto accade oggi, circa l'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio (art. 425, comma 3, c.p.p.).

Inoltre, la scelta del rinvio a giudizio, quale causa di estinzione del primo meccanismo di delimitazione temporale dello *ius puniendi*, avrebbe certamente un effetto di sprone sullo svolgimento delle indagini preliminari. E difatti, essendo queste ricomprese nel primo intervallo prescrizione, il pubblico ministero sarà incentivato a portarle a termine con sollecitudine, e comunque prima che spiri il termine indicato dal nuovo art. 157 c.p. È noto, invero, che una scarsa efficacia propulsiva ha avuto in tal senso la vigente disciplina sulla durata massima delle indagini preliminari (art. 405 ss. c.p.), dato che la sanzione ivi prevista (l'inutilizzabilità degli atti tardivi) si è rivelata troppo blanda per scoraggiare il superamento del termine massimo [v. G. LEO, *Commento all'art. 407*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA, G. SPANGHER, vol. II, Milano, 2001, p. 474 ss.].

B) *La garanzia della durata ragionevole del processo.* – Com'è intuibile, il punto centrale del modello di riforma della prescrizione che qui si propone è rappresentato dal dispositivo volto a contenere la durata del processo, il quale – come già si è avuto modo di precisare – non può prescindere all'esistenza di un termine perentorio. Del resto, se ben si riflette, ci si dovrebbe avvedere che non è tanto la presenza di questo termine ad alimentare le tecniche dilatorie della difesa, quanto il "valore sanzionatorio" che l'ordinamento attribuisce al suo superamento, e che risulta, agli occhi dell'imputato, troppo "attraente" per non essere da questi anelato. Conseguentemente, per ridurre l'appetibilità del termine prescrizione, sarebbe sufficiente *attenuare le conseguenze (sanzionatorie) derivanti dal suo superamento*, sforzandosi di trovare un nuovo punto di equilibrio tra il contenimento temporale del processo e l'esigenza di effettività della giurisdizione penale.

Su questo profilo della riforma si ritornerà da ultimo; prima pare opportuno chiarire altri due aspetti dello specifico meccanismo di delimitazione temporale del processo. Il riferimento è

al *dies a quo* dell'intervallo estintivo entro cui deve concludersi il giudizio e alla disciplina di un tale compasso temporale.

α) *L'individuazione del dies a quo*. – Per quanto riguarda il *dies a quo* del *délai raisonnable*, sembra anzitutto da scartare l'idea di farlo coincidere con la richiesta di rinvio a giudizio (che in precedenza si è scelto come causa di estinzione del primo meccanismo prescrizioneale). Per la verità, una tale soluzione era stata inizialmente accolta nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [Corte. eur. dir. uomo, 27.6.1968, Neumeister c. Austria, cfr. I. IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 555], dato che – si argomentava – il rinvio a giudizio contiene la formulazione dell'imputazione, ed è quindi l'atto a partire dal quale il soggetto può ritenersi effettivamente «*accusato*» così come previsto dall'art. 6 C.E.D.U. Ma l'impostazione venne ben presto abbandonata dai giudici di Strasburgo sulla scorta di una più attenta interpretazione dell'art. 6 C.E.D.U. [cfr. M.G. AIMONETTO, *La durata*, cit., p. 43]. Si è osservato, infatti, che se la *ratio* di questa norma consiste nel bisogno di contenere il più possibile la situazione di incertezza, angoscia, tensione psicologica, in cui versa normalmente la persona sottoposta all'accertamento penale, sembra opportuno fissare l'*incipit* del *délai raisonnable* nel momento in cui l'attività giudiziaria inizia a produrre tali effetti: vale a dire nel momento in cui il soggetto viene a conoscenza dell'esistenza di un addebito a suo carico (data dell'arresto, dell'avviso di garanzia, del provvedimento di restrizione della libertà personale, ecc.). [sul punto v. *amplius* D. CURTOTTI NAPPI, *La "durata ragionevole" del processo penale è anche un problema di norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1032 ss., la quale, per vero, si spinge ancora più in là, ritenendo che il *dies a quo* dovrebbe coincidere con la data in cui è stato compiuto il primo atto d'indagine].

Sembra questa, dunque, la soluzione da preferire; e non solo perché discende da una condivisibile lettura garantistica del principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost., ma anche perché si combina perfettamente con la fisionomia operativa del primo istituto prescrizioneale precedentemente illustrato (v. *supra* § 16, A). Si noterà infatti che, adottando una tale soluzione, i due

meccanismi di delimitazione temporale dello *ius puniendi* non sarebbero contigui – così come proposto nei disegni di legge analizzati in precedenza (v. *supra*, § 15, B, α e β) – bensì parzialmente interferenti. E precisamente, assumendo il rinvio a giudizio quale causa di estinzione della prescrizione *ante*-processo, e facendo decorrere il *délai raisonnable* dal momento in cui il soggetto viene a conoscenza dell'accusa, se ne ricava che i due istituti estintivi si troveranno ad operare simultaneamente rispetto alle indagini preliminari. Con la conseguenza che una eccessiva protrazione di quest'ultima fase, da un lato, potrebbe comportare l'improcessabilità e, dall'altro lato, andrebbe comunque a restringere il tempo concesso per l'espletamento del giudizio.

La convergenza sinergica di entrambi i meccanismi estintivi nella fase delle indagini preliminari, lungi dall'apparire ridondante, si giustificerebbe con il fatto che in questa fase scorre quella porzione di tempo che – avendo per l'indagato il valore coscienziale dell'incertezza – più sembra assumere un coefficiente afflittivo. Da qui la probabile convenienza di questa duplice valutazione temporale, che, oltre ad agire da catalizzatore per un rapido svolgimento delle indagini preliminari, avrebbe altresì il pregio di moralizzare l'operato della pubblica accusa rendendo meno conveniente quel tipo d'indagine che nella vulgata giornalistica viene definito "ad orologeria".

β) *La disciplina del compasso temporale*. – Per quanto concerne la durata ragionevole del processo, sembra inutile, e in un certo senso sviante, stabilire adesso quale potrebbe essere il *quantum* ideale. È, pertanto, solo per rendere più chiaro il discorso che si assumerà qui, a titolo esemplificativo, che il *délai raisonnable* debba durare non più di cinque anni per tutti i tipi di processo penale. Ciò non toglie, però, che le alternative, tutte legittimamente percorribili, possano essere anche diverse. Si potrebbe pure pensare, per esempio, ad una pluralità di compassi temporali di contenimento del giudizio penale, in ragione della gravità degli illeciti da accertare, della complessità di tali accertamenti, o di altre possibili variabili. E tuttavia – lo si ripete – non pare indispensabile cercare ora di sciogliere questo nodo, dato che non è tanto dalla misura del compasso estintivo che dipende il corretto equilibrio tra il principio di cui all'art. 111,

comma 2, Cost. e l'efficienza della macchina giurisdizionale. Semmai, l'aspetto più condizionante, al riguardo, è rappresentato dal carattere rigido o elastico di un tale intervallo temporale: il che significa dalla previsione o meno di cause di sospensione e di interruzione volte a dilatare il compasso estintivo prestabilito in funzione delle diverse esigenze temporali del singolo accertamento giudiziale.

È questo, senza alcun dubbio, uno dei punti più delicati della potenziale riforma, che sarebbe preferibile risolvere – vale precisarlo subito – assumendo, quale regola generale, l'indifferibilità del termine estintivo del processo. Una simile soluzione può apparire forse eccessiva; ma un'attenta ponderazione del principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost. chiarisce l'opportunità di una tale conclusione. In effetti, essendo la ragionevole durata del processo strumentale ai diritti dell'imputato come persona – alla necessità cioè che egli sia posto, malgrado la presenza del processo, nella possibilità di compiere le proprie scelte esistenziali, senza trovarsi permanentemente esposto ad una potenziale, futura restrizione delle proprie prerogative (v. *supra* § 8) – risulta necessario che l'ordinamento stabilisca, oltre ad un termine perentorio superato il quale la macchina processuale si deve arrestare, la rigidità di un tale “confine operativo”, così da consentire all'imputato di conoscere, con sufficiente precisione, il momento in cui la propria esistenza tornerà libera da qualunque condizionamento derivante dall'esercizio della giurisdizione penale. Da qui, l'indispensabile riduzione delle cause di sospensione concernenti il *délai raisonnable*, che – in questa prospettiva – potrebbe essere allungato solo in presenza di contingenze esterne alla dinamica processuale ed aventi un carattere di eccezionalità. Si pensi, per esempio, agli scioperi degli avvocati, o ad altre situazioni straordinarie (terremoti *et similia*) che non consentono, temporaneamente, il regolare svolgimento dei processi.

Per quanto concerne invece i rallentamenti dovuti alle vicende endo-processuali, dovrebbe valere, di regola e come si è anticipato, il regime della indifferibilità del termine estintivo, anche quando il ritardo nell'attività giurisdizionale dipenda dall'esercizio delle garanzie dell'imputato. Se è vero, infatti, che l'introduzione dell'art. 111, comma 2, Cost. ha attribuito una valenza *oggettiva* al principio della ragionevole durata del processo [per

tutti, nuovamente, E. MARZADURI, *Commento*, cit. p. 771], ciò significa che il legislatore, nello stabilire l'intervallo massimo consentito per l'esercizio della giurisdizione penale, non può trattare alla stregua di un'anomalia l'ingombro temporale richiesto dall'espletamento in concreto dei diritti di difesa. Altrimenti – è ovvio – si finirebbe per concepire la durata oggettiva di un processo privo di garanzie, lasciando poi che l'utilizzo di queste ultime ne comporti una simmetrica estensione, sulla “ragionevolezza” della quale, a questo punto, vi sarebbe seriamente da dubitare. Da qui l'imprescindibile rigidità del *délai raisonnable*, la cui quantificazione astratta non potrebbe pertanto subire alterazioni in ragione delle variabili difensive che hanno caratterizzato il singolo procedimento.

Detto questo, non può tuttavia escludersi la legittimità costituzionale di un esiguo e ben ponderato novero di eccezioni – da individuarsi nominalmente anziché tramite un criterio generale affidato all'apprezzamento del giudice – concernente talune attività difensive il cui ingombro temporale può essere scomputato dal *délai raisonnable*, in ragione del fatto che la garanzia esercitata in concreto risulta particolarmente onerosa per l'ordinamento; ditalché pare ragionevole introdurre, quale strumento di responsabilizzazione, un costo in termini temporali che la difesa deve considerare nel decidere se attivarsi o meno in tal senso. In questa prospettiva, si potrebbe ritenere, per esempio, che l'esercizio dei diritti di difesa che richiedono l'intervento di un organo giurisdizionale diverso rispetto a quello del giudizio (si pensi alla richiesta di riconsiliazione o alla questione di costituzionalità presentate dalla difesa) debba comportare una sospensione dell'intervallo estintivo, la cui durata massima andrebbe poi ulteriormente calmierata. In questo modo – è evidente – s'intende perseguire un fine deflattivo, evitando che si intraprendano determinate attività al solo scopo di far refluire nel *délai raisonnable* il tempo impiegato dall'ordinamento per il loro svolgimento. Una simile opzione, del resto, non pare aprioristicamente in contrasto con l'art. 111, comma 2, Cost., dato che, senza tali deroghe, non si riuscirebbe materialmente a conciliare la presenza di garanzie particolarmente dispendiose in termini temporali con le esigenze di efficienza della macchina giurisdizionale.

γ) *La sanzione connessa al superamento del termine finale.* – Il progetto di delimitazione temporale dello *ius puniendi* che si va delineando, con i suoi termini stretti e tendenzialmente indifferibili, risulta chiaramente animato da una preponderante quanto onerosa (per l'ordinamento) istanza garantistica, che richiede giocoforza di essere controbilanciata se non si vuole scadere nella pura utopia. Quanto mai indispensabile, per il riequilibrio funzionalistico della nuova disciplina prescrizione, appare dunque l'introduzione di un dispositivo che svolga una duplice funzione di contrappeso; vale a dire che soddisfi la non meno fondamentale esigenza di effettività della giurisdizione penale, cercando altresì di scongiurare le tecniche dilatorie attuabili dall'imputato sfruttando l'esercizio di quei diritti di difesa il cui ingombro temporale non comporta un allungamento del *délai raisonnable*.

Ebbene, come già si è anticipato, è ragionevole prevedere che questo duplice risultato possa raggiungersi modificando il valore sanzionatorio che si deve riconnettere al superamento del termine entro cui il processo deve concludersi. Troppo drastica è infatti la conseguenza attualmente stabilita dall'ordinamento nel caso in cui si verifichi una tale evenienza, dato che – com'è oltremodo noto – lo spirare del termine finale indicato dall'art. 160, comma 3, c.p. comporta oggi la completa irrilevanza di tutta l'attività giurisdizionale precedentemente compiuta; ed è proprio una tale radicalità che alimenta nell'imputato l'interesse alla prescrizione. Vero ciò, v'è da ritenere che attenuando tali conseguenze sarebbe possibile ottenere un nuovo punto di equilibrio, riducendo i margini di "rendimento" della prescrizione per salvaguardare meglio l'effettività del sistema.

In particolare, per evitare gli anzidetti inconvenienti, parrebbe opportuno prevedere che il superamento del *délai raisonnable*, anziché vanificare tutta l'attività processuale sino ad allora compiuta, imponga più semplicemente alla macchina giurisdizionale di arrestarsi, riconoscendo però efficacia agli atti processuali nel frattempo compiuti purché essi abbiano determinato una decisione in grado di acquisire valore di giudicato. Le conseguenze che ne deriverebbero sono fin troppo ovvie; e nondimeno vale la pena di chiarirle. Tre sono infatti gli scenari che

si potrebbero verificare adottando una simile soluzione. Anzi tutto, se entro il termine della ragionevole durata, il giudizio è stato definito con sentenza irrevocabile, va da sé che il meccanismo estintivo non avrebbe ragione di operare. Qualora, invece, allo spirare di un tale termine non fosse stata pronunciata neppure la sentenza di primo grado, si dovrebbe considerare estinto l'esercizio dell'azione penale. Infine, ove si pervenga, nell'ambito dell'intervallo estintivo, anche solo ad una sentenza di primo grado, oppure ad una pronuncia di appello, ebbene, questo sarà l'atto che per l'ordinamento – e non anche per l'imputato (v. *infra* § 16, C) – definirà la causa.

L'obiettivo principale – si capisce – è costituito dalla conservazione dell'attività processuale compiuta nei termini consentiti, dato che un tale risultato, da un lato, asseconda l'esigenza di effettività della giurisdizione penale, scoraggiando dall'altro lato le tattiche dilatorie della difesa. A questo proposito, si può osservare infatti che una tale soluzione finirebbe per azzerare del tutto l'utilità delle impugnazioni pretestuose, che costituiscono il principale strumento di dilazione del processo, rendendo per altri versi assai difficile – per non dire impossibile – l'elaborazione di una tattica difensiva così intralciante da riuscire a far scadere il *délai raisonnable* senza che il processo giunga neppure ad una decisione di primo grado.

C) *L'autonomia temporale delle impugnazioni nel solo interesse della difesa.* – Il modello di delimitazione temporale dello *ius puniendi* che qui si prospetta non è ovviamente concluso. È chiaro infatti che occorre adesso stabilire di quali poteri disponga l'imputato per reagire alla sentenza (interlocutoria) di condanna che lo spirare del *délai raisonnable* rende passibile di esecuzione. Ebbene, in presenza di una tale circostanza andrebbe progettata un'ultima fase giurisdizionale, nell'ambito della quale l'imputato ha semplicemente la possibilità di esaurire tutti i giudizi di impugnazione rimasti, onde verificare la correttezza della decisione di condanna che l'ordinamento ha conseguito. Dal canto suo, invece, la pubblica accusa non potrebbe svolgere in questa fase alcun ruolo che non sia di semplice opposizione alle doglianze su cui s'incentra l'atto d'impugnazione; con la conseguenza che è solo nell'interesse esclusivo dell'imputato che

potrebbe eventualmente proseguire l'esercizio della giurisdizione successivamente allo scadere del *délai raisonnable*. Il che spiega anche la ragione per cui l'aggravio temporale connesso ad una tale appendice giurisdizionale, dipendendo da una scelta della difesa, non potrà, per definizione, ritenersi in contrasto con l'art. 111, comma 2, Cost.

Ovviamente, però, i giudizi di impugnazione da svolgere oltre il *délai raisonnable*, su istanza della sola difesa, dovrebbero essere disciplinati da un autonomo e ulteriore meccanismo estintivo, che sarebbe opportuno congegnare sulla falsariga del *Federal Speedy Trial Act* americano; vale a dire prevedendo un ridotto intervallo estintivo e una continua estensibilità di quest'ultimo in presenza dell'attività di parte. Più precisamente – seppure in estrema sintesi – si potrebbe concepire un intervallo estintivo particolarmente breve (ad esempio di sei mesi), entro il quale si deve compiere ciascuno dei giudizi di impugnazione proposti dalla difesa oltre il *délai raisonnable*. Una siffatta concisione non pare affatto inadeguata se si considera che in questa fase non vi sarebbe contraddittorio; ed essa sarebbe peraltro assicurata dalla presenza di una sanzione particolarmente severa che stimolerebbe il giudice dell'impugnazione a pronunciarsi entro il termine perentorio: si dovrebbe prevedere infatti che l'eventuale superamento di detto termine vieti all'ordinamento di portare ad esecuzione la sentenza di condanna interlocutoria che si era formata entro il *délai raisonnable*.

D'altro canto, per evitare che questa eventualità alimenti nella difesa biasimevoli appetiti dilatori occorrerebbe introdurre un duplice correttivo. Da un lato, infatti, si dovrebbe stabilire che ogni sia pur minimo esercizio dei diritti di difesa che implichi un ingombro temporale (si pensi per esempio anche al semplice rinvio concesso per ragioni di salute) debba comportare un corrispondente allungamento dell'intervallo estintivo: il che, *ab initio*, elimina la possibilità di escogitare tattiche dilatorie. Dall'altro lato, andrebbe introdotto un limite massimo di estensibilità, pari ad esempio a cinque volte il termine base, trascorso il quale l'ordinamento è comunque autorizzato a portare ad esecuzione la sentenza interlocutoria di condanna conseguita entro *délai raisonnable*. Una soluzione quest'ultima, che senza comprimere i diritti della difesa, si rende comunque opportuna

al fine di evitare che l'imputato si trovi nella possibilità di rimandare *sine die* l'esecuzione della sentenza di condanna che è stata impugnata.

Da quanto si è precisato, ben si comprende allora che un tale modello di delimitazione temporale dello *ius puniendi* si distingue nettamente dalle discipline prescrizionali in cui è riconosciuta alla sentenza di primo grado la capacità di paralizzare il prodursi dell'effetto estintivo. Si pensi ad esempio all'art. 70, comma 3, c.p. svizzero, ove si stabilisce che «la prescrizione si estingue» «se prima della scadenza del termine (...) è stata pronunciata una sentenza di prima istanza». In effetti, quest'ultima soluzione non fa altro che avvicinare nel tempo il traguardo che la giurisdizione penale deve tagliare, ma lascia irrisolto il problema della durata entro cui vanno conclusi i successivi gradi del giudizio; ed è proprio questo il limite più grave di tali discipline prescrizionali.

Per contro, la soluzione qui proposta non prevede alcuna causa di estinzione del *délai raisonnable*, ma lascia che un tale compasso temporale giunga sempre e comunque alla fine, verificando poi quanto l'ordinamento è riuscito a conseguire: una sentenza definitiva, una sentenza interlocutoria, o assolutamente nulla. Oltre il risultato raggiunto nel termine della ragionevole durata, l'ordinamento non può dunque mai spingersi. Semmai è l'imputato che ha la possibilità di aggiungere un'appendice giurisdizionale (comunque delimitata temporalmente) onde verificare la legittimità e la fondatezza della decisione contraria al proprio interesse. In questa prospettiva, esisterebbe dunque un tempo massimo concesso all'accusa e circoscritto dal *délai raisonnable*, ed un eventuale supplemento temporale esclusivamente attivabile dall'imputato per la salvaguardia dei propri diritti.

D) *La gestione della transizione.* – La disciplina prescrizionale che si è venuta delineando, avendo di mira il recupero di effettività della giurisdizione penale nell'ambito di una rigida applicazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ben si presta, con pochi accorgimenti, ad essere applicata retroattivamente, senza violare i principi costituzionali che governano il diritto intertemporale (v. *retro* § 13, B). Un simile risultato – a cui si

aspirava sin dall'inizio, nell'intento di impedire il prematuro epilogo dei numerosi processi che si stanno attualmente estinguendo per decorso della prescrizione – si potrebbe in effetti raggiungere con un'unica norma transitoria.

E difatti, sarebbe necessario introdurre una semplice “clausola di garanzia intertemporale”, intesa a stabilire che la nuova disciplina di delimitazione dello *ius puniendi* ha efficacia retroattiva nei casi in cui la somma tra la durata della prescrizione ante-processo (v. *supra* § 16, A) e il *délai raisonnable* (v. *supra* § 16, B, β) non comporti, rispetto al singolo fatto, il superamento del termine attualmente fissato dall'art. 160, comma 3, c.p. In questo modo – è chiaro – la durata massima dell'intervallo prescrizione continuerebbe ad essere determinata, per i processi in corso, sulla base della previgente disciplina; e ciò basterebbe per porre al riparo la nuova normativa da ogni possibile vizio di legittimità costituzionale.

Nondimeno, un tale riforma, riconoscendo al superamento del “vecchio” termine prescrizione un nuovo significato sanzionatorio (v. *supra* § 16, B, γ), consentirebbe di evitare la prescrizione di molti processi in corso: o meglio di tutti quelli che abbiano la possibilità di giungere anche solo ad una sentenza di primo grado. Un simile espediente – che sostanzialmente si riduce alla modifica retroattiva del valore coscienziale attribuito al tempo della prescrizione – non pare peraltro in contrasto con i principi che temperano la derogabilità del criterio *tempus regit actum* (v. *supra* § 13, B), vuoi perché non allunga di un solo giorno la durata dell'intervallo estintivo e non comporta dunque alcun sacrificio del soggetto in termini esistenziali, vuoi perché la rivalutazione del tempo prescrizione avviene comunque salvaguardando ogni vigente garanzia processuale.

Finito di stampare nel mese di aprile 2003
nella Stampatre s.r.l. di Torino - Via Bologna 220

Volumi pubblicati:

1. ELIO R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, 1997, pp. XX-276.
2. ADELMO MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, 1997, pp. X-286.
3. ROBERTO ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, 1997, pp. X-254.
4. STEFANO CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, 1998, pp. XVI-504.
5. MICHELE PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, 1997, pp. XII-292.
6. GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, 1998, pp. XII-200.
7. ISABELLA LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, 1999, pp. X-422.
8. ALBERTO CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 1999, pp. XII-360.
9. IGNAZIO GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, 2000, pp. XII-500.
10. DAVID BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, 2000, pp. X-166.
11. PAOLO VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, 2000, pp. XII-348.
12. MARIA BEATRICE MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, 2001, pp. X-298.
13. ADRIANO MARTINI, *La pena sospesa*, 2001, pp. X-326.
14. EMMA VENAFRO, *Le scusanti*, 2002, pp. X-206.
15. GAETANA MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, 2002, pp. XVIII-238.
16. ALESSANDRO TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, 2002, pp. XVI-304.

Sezione Saggi

1. FAUSTO GIUNTA, DARIO MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, 2003, pp. IV-124.

