

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo

Sezione Saggi

MARCO MANTOVANI

LA PRESCRIZIONE DELLA PENA

**SPUNTI COMPARATIVISTICI
PER LA RIMEDITAZIONE
DI UN ISTITUTO NEGLETTO**



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

Sezione *Saggi* - 11

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".

MARCO MANTOVANI

LA PRESCRIZIONE DELLA PENA

SPUNTI COMPARATISTICI
PER LA RIMEDITAZIONE
DI UN ISTITUTO NEGLETTO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2008 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8435-5

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

A Maria Rosaria

Indice

pag.

Introduzione

1. La prescrizione della pena e il disinteresse dimostrato dalla cultura penalistica contemporanea nei suoi confronti 1
2. Le esigenze pratiche di un ripensamento di questo istituto 4

CAPITOLO I

L'evoluzione della prescrizione della pena nella riflessione della nostra letteratura penalistica meno recente e di quella attuale

1. Le ragioni del mancato collegamento fra prescrizione della pena e funzione della pena nel dibattito italiano successivo al Codice penale del 1930: l'influenza del pensiero di Arturo Rocco 9
2. Il diverso approccio al problema da parte della letteratura anteriore: la posizione di Francesco Carrara 14
3. (*segue*). La posizione di tendenziale ritrosia assunta dalla Scuola Positiva riguardo alla prescrizione della pena 20
4. Il rapporto fra prescrizione del reato e prescrizione della pena nelle voci della letteratura italiana degli anni '60 del secolo scorso 23
5. Gli influssi sull'universo prescrizionale della lettura del reato «costituzionalmente orientata» 26
6. Conclusioni 28

CAPITOLO II

L'esperienza francese

1. La genesi «francese» della prescrizione della pena 31
2. L'ipotesi di un parallelismo: le concordanze fra le limitazioni *reali* imposte dalla necessità di sfuggire all'esecuzione della pena e quelle derivanti dalla pena legale del bando 34
3. Il lavoro di Narat sulla prescrizione della pena: un compendio delle soluzioni indirizzate a legittimarne la presenza e una serrata critica dell'istituto 37

	<i>pag.</i>
4. (<i>segue</i>). La spiegazione della prescrizione della pena in nome della difficoltà di accertare, a distanza di molto tempo (dal fatto), l'identità del condannato. Critica	39
5. (<i>segue</i>). La prospettiva della prescrizione della condanna come spinta all'astensione dal commettere ulteriori reati per i suoi beneficiari. Critica	41
6. (<i>segue</i>). Le sofferenze indotte nel condannato durante il periodo in cui si sottrae all'esecuzione della condanna come pena naturale idonea a surrogare quella legale. Critica	44
7. (<i>segue</i>). La prescrizione della pena quale istituto deputato a «convalidare» le inefficienze dello Stato nel perseguire i colpevoli. Critica	46
8. Le modifiche <i>de lege ferenda</i> auspiccate da Narat: valutazione critica	47
9. Il dibattito successivo sulla prescrizione della pena e le prese di posizione del legislatore francese in sede di riforma. Cenni all'esperienza tedesca: rinvio	50

CAPITOLO III

L'esperienza tedesca

Sezione I

1. Generalità	53
2. Lo stato della questione nell'epoca anteriore ai codici Preunitari nelle indicazioni di Hirzel	56
3. Prescrizione del reato e prescrizione della pena nei codici Preunitari nella ripartizione propositane da Hirzel. Critica	58
4. La legittimazione della prescrizione della pena nell'impostazione di Hirzel. Critica. Rinvio	63
5. La recezione della <i>Vollstreckungsverjährung</i> nel Codice del 1871. Le obiezioni di Binding	64
6. La difesa dell'istituto fra la concezione «processuale» di Rindfleisch e quella «pragmatica» di Heinze. Valutazione critica di queste teoriche	66
7. L'avvento della concezione sostanziale della prescrizione del reato e la spinta verso una ricostruzione unitaria di entrambe le specie di prescrizione	72
8. Breve <i>excursus</i> sulle ascendenze comuni a prescrizione della pena e grazia	76
9. Il fondamento sostanziale delle concezioni unitarie della prescrizione. La tesi di Lourié. Critica	77
10. Un adagio irresistibile: la prescrizione si fonda, in penale, sul venir meno della memoria sociale del reato. Critica	82
11. Il contributo al dibattito sulla prescrizione del periodo nazional-socialista	84

	<i>pag.</i>
12. Verso un concetto di memoria sociale meno vago e inconsistente di quello consegnatoci dalla tradizione penalistica	86
13. L'apporto delle scienze sociali nella delineazione di una diversa nozione di memoria sociale: la memoria culturale	87
14. I mezzi (di conservazione) della memoria culturale di cui dispone il diritto penale: la loro insensibilità all'azione del tempo	91
 <i>Sezione II</i>	
15. Il ruolo della prescrizione della pena nel dibattito sulla natura della prescrizione	93
15 bis. La natura sostanziale della prescrizione della pena come argomento per rivendicare la stessa natura a quella del reato. Critica	98
16. Le indicazioni della giurisprudenza tedesca circa la natura della prescrizione (del reato)	100
17. La recente rielaborazione del tema della prescrizione da parte di Hong: analisi e critica	103

CAPITOLO IV

Prescrizione della pena e sistema italiano fra diritto vigente e prospettive di riforma

1. Verifica delle acquisizioni raggiunte nella prospettiva comparata entro le coordinate del nostro sistema	111
2. Gli argomenti addotti, nella nostra esperienza, a favore della natura sostanziale della prescrizione del reato	113
3. (<i>segue</i>). ... e quelli valorizzabili per rintuzzarne la portata	116
4. I fondamenti di segno positivo della natura processuale della prescrizione del reato	119
5. (<i>segue</i>). La legge n. 251 del 2005 e la disposizione intertemporale prevista dall'art. 10	122
5 bis. Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo penale	128
6. Il definitivo sganciamento della prescrizione della pena da quella del reato e la necessità di verificarne la compatibilità con la funzione della pena	131
7. Prescrizione della pena e sua ricostruzione in chiave special-preventiva	133
8. (<i>segue</i>). La prescrizione della pena al vaglio della lettura costituzionalmente orientata della sua funzione	135
9. (<i>segue</i>). Gli spazi per una verifica empirica di tale compatibilità. Le vicende degli ex terroristi italiani riparati in Francia	137
10. La (vana) ricerca di una diversa piattaforma giustificativa della prescrizione della pena	141
11. Prospettive <i>de lege ferenda</i>	142

Introduzione

SOMMARIO: 1. La prescrizione della pena e il disinteresse dimostrato dalla cultura penalistica contemporanea nei suoi confronti. – 2. Le esigenze pratiche di un ripensamento di questo istituto.

1. La prescrizione della pena e il disinteresse dimostrato dalla cultura penalistica contemporanea nei suoi confronti

Nel dibattito che fra l'ultimo scorcio del secolo scorso e l'inizio di questo ha investito la tematica della prescrizione (in materia) penale, il ruolo della prescrizione della *pena* è stato quello di una monade completamente ignorata.

È stato il rischio di un'inesorabile vanificazione dei processi pendenti, collegato al maturare dei termini per la prescrizione del *reato*, ad innescare la discussione su un loro possibile allungamento¹ e ad evocare tutte le obiezioni di ordine costituzionale che il ricorso a un tale rimedio suscitava². Il che ha consentito lo sviluppo di disamine più generali intorno al significato della prescrizione del reato, anche nei nuovi orizzonti segnati dal canone della ragionevole durata del processo, assunto a principio costituzionale in base all'art. 111, secondo comma, Cost.³.

Ed è stato proprio il procedere del legislatore verso una riforma –

¹ Cfr., al riguardo, l'*input* proveniente da G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole-24 Ore* del 12 marzo 1998, p. 2.

² Si vedano le critiche alle soluzioni proposte da Marinucci espresse da M. NOBILI-L. STORTONI-M. DONINI-M. VIRGILIO-M. ZANOTTI-N. MAZZACUVA in *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, luglio-agosto 1998, c. 317 ss.

³ Cfr., sul punto, F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, in part. p. 45 ss. e, quanto ai modi per dare attuazione – in prospettiva di riforma – al principio della ragionevole durata del processo, p. 102 ss.

prima annunciata, poi effettivamente attuata – che si è mossa nella direzione radicalmente opposta di una tendenziale riduzione dei tempi di prescrizione del reato, quale quella culminata nella legge 5 dicembre 2005, n. 251, a riaccendere polemiche virulente intorno a questo istituto, estendendone la portata ben oltre i confini nei quali si erano mantenute quelle poc'anzi accennate. Gli stessi interventi della Consulta, che hanno finora avuto ad oggetto la riforma per tale via realizzata⁴, contribuiscono a renderne tuttora instabile l'effettivo raggio di operatività; nonché ad irradiare un alone di incertezza sulla portata applicativa di taluni principi costituzionali che interferiscono proprio nella determinazione della sua incidenza⁵.

In questo clima di rinnovata attenzione per il problema della prescrizione in materia penale, il nodo della prescrizione della pena non ha trovato spazio alcuno.

Nessuna meraviglia, si potrebbe osservare, visto che la scaturigine e il punto d'approdo delle più recenti riflessioni sull'argomento hanno sempre gravitato intorno alla prescrizione del (solo) reato. Sennonché, non si può tralasciare di considerare il dato che, nell'affrontare il quesito generale circa il significato da attribuire al tempo agli effetti della (non) punibilità, anche alcuni degli studi più recenti⁶ si sono confrontati con questioni necessariamente *comuni* alla prescrizione del reato e a quella della pena. Nondimeno, a quest'ultima non si trovano accenni. Ciò, peraltro, non sorprende se rapportato anche allo stato della letteratura straniera sull'argomento. Non era infrequente e non lo è – come vedremo – neppure oggi imbattersi in opere che procedono ad un'analisi approfondita della prescrizione penale senza operare i necessari distinguo a seconda che si tratti della prescrizione del reato, oppure di quella della pena.

Questo essendo lo stato dell'arte riguardo all'approfondimento scientifico sul terreno della prescrizione della pena, sorprende relativamente che nella nostra esperienza anche i progetti di riforma del Co-

⁴ Se ne può vedere un (contrastato) esempio in Corte Cost., 23 ottobre-23 novembre 2006, n. 393, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1187 ss., con nota di E. FASSONE, *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*.

⁵ Nel caso in questione, si discuteva della valenza e del fondamento a livello costituzionale della regola impositiva dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole.

⁶ Cfr. il già ricordato lavoro di F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato*, cit., *sub* nt. 3.

dice vi abbiano dedicato un'attenzione molto modesta. Così, nel *Progetto Grosso* la fisionomia dell'istituto resta tale e quale quella delineata dal Codice del 1930; le uniche innovazioni attengono ad una riduzione dei termini per il suo maturare e al venir meno delle esclusioni soggettive dalla possibilità di fruirvi previste dall'attuale art. 172, ultimo comma, c.p. (cfr. art. 91 dell'Articolato).

Nulla di strano, dunque, nel fatto che nelle stesse trattazioni manualistiche la prescrizione della pena venga liquidata in poche battute, alla stregua di un *pendant* quasi scontato della prescrizione del reato.

Questo stadio di sviluppo, *rectius* di non sviluppo, delle discussioni sull'argomento sarebbe (quello) del tutto consentaneo ad un istituto che, da sempre presente nelle legislazioni penali dei secoli precedenti senza che ciò abbia dato luogo a soverchie contestazioni, permanga anche nel presente e non sia investito da modifiche recenti – come da noi si è verificato, all'opposto, per la prescrizione del reato – che ne revochino in dubbio l'*ubi consistam* o, ancora, la funzione.

Il corredo genetico della prescrizione della pena, peraltro, *non* è esattamente questo. Diversamente da quanto accaduto per la prescrizione del reato, l'ingresso della prescrizione della pena nelle codificazioni moderne è un dato relativamente recente⁷. E, soprattutto, nelle varie esperienze al cui interno è stata recepita, si è trattato di un *quid novi* non accompagnato da unanimi consensi; ma oggetto, viceversa, di critiche serrate. Che non vi si possa ravvisare il frutto di un parto indolore si evince dalla stessa Relazione ministeriale sul progetto del Codice Rocco, la quale dà conto delle diffuse opinioni contrarie espresse al riguardo⁸; e, ben lungi dal procedere ad una disamina volta a confutarle, ne motiva la recezione in omaggio ad una scelta di continuità con il Codice Zanardelli, che l'ammetteva. Non bisogna, tuttavia, sopravvalutare le riserve cui questo istituto si è esposto da noi, perché in questo senso hanno giocato inevitabilmente gli influssi della Scuola positiva: di un indirizzo, quindi, orientato al rigetto globale della prescrizione in materia penale, non importa se riferita al reato ovvero alla pena⁹.

⁷ Lo ricorda P. PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 78 s.

⁸ Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del Codice penale*, I, p. 211.

⁹ Per ragguagli circa la posizione critica assunta dalla Scuola positiva riguardo

Ben più significative, al proposito, sono state le resistenze all'introduzione di questo istituto riscontrabili – come vedremo – in Germania e Francia, vale a dire in contesti nei quali non era messa in discussione la prescrizione *tout court*, quella del reato essendo pacificamente ammessa; e nei quali, pertanto, le ritrosie avevano come oggetto esclusivo proprio e soltanto l'introduzione della prescrizione della pena.

2. Le esigenze pratiche di un ripensamento di questo istituto

Le ragioni che spingono ad interrogarsi sul reale fondamento giustificativo di un istituto, come la prescrizione della pena, che pressoché tutti i codici penali contemporanei contemplano, non possono essere di carattere meramente speculativo. Né può bastare l'insediamento di una nuova Commissione per la riforma del Codice penale (sott.: italiano)¹⁰, quale indubbio stimolo per l'enucleazione di proposte *de iure condendo*, a fornirglielo.

In realtà, non si può prescindere dai risvolti pratici che un'indagine sulla prescrizione della pena oggi come oggi può presentare.

Lo snodo dell'efficacia del decorso del tempo rispetto a una sentenza di condanna passata in giudicato (ché quella che non sia tale produce soltanto l'interruzione della prescrizione del *reato ex art. 160*, primo comma, c.p.), postulata appunto dalla prescrizione della *pena*, suscita un interesse non sporadico quando lo si affronti non in relazione ad un singolo condannato; quanto, piuttosto, in rapporto ad intere categorie di soggetti (condannati), che della maturazione dei suoi termini si sono già giovati – evenienza peraltro non frequente¹¹ – o sono co-

alla prescrizione penale in genere cfr. F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato*, cit., p. 24 ss.

¹⁰ Si tratta della c.d. Commissione Pisapia, i cui lavori si sono conclusi con la presentazione dello Schema di legge delega per la riforma del codice penale il 21 marzo 2008.

¹¹ Ma, in concreto, verificatasi in tempi recenti – sulla base della sentenza della Corte d'Assise di Roma del 29 gennaio 2005 – per effetto della dichiarazione di estinzione, appunto per (sua) intervenuta prescrizione, della pena irrogata con pronuncia irrevocabile nei confronti di Achille Lollo per i delitti di omicidio preterintenzionale e incendio doloso ascrittigli quale corresponsabile del c.d. «rogo di Primavalle» del 16 aprile 1973. Tale condanna fa riferimento all'incendio appiccato da Lollo e da altri due ex militanti di Potere Operaio all'abitazione di Mario Mattei, all'epoca segretario della sezione del MSI di Primavalle. Dal fatto derivò la morte dei due figli di Mattei.

munque inesorabilmente destinati a farlo. Ciò si è verificato e continuerà verosimilmente a verificarsi, con riferimento alla nostra esperienza, per una specifica cerchia di soggetti: coloro che, condannati (anche se non sempre in base ad una sentenza definitiva) a pene detentive per fatti di terrorismo commessi fra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, si sono sottratti alla loro esecuzione rifugiandosi all'estero. L'entità quantitativa delle persone coinvolte da questo destino comune¹² e le incertezze collegate al loro trattamento giuridico sono elementi già sufficienti a far comprendere come, per tutti coloro che rientrano nel loro novero, l'incidenza del tempo sulla pena subita e l'eventuale intervento della sua prescrizione siano problemi non circoscritti ad un ambito meramente teorico-speculativo, ma denso di riflessi pratici di portata intuitiva.

È vero che per molto tempo le questioni concernenti i (condannati) rifugiati in Francia – certo il territorio preferito dagli esuli «per fatti di terrorismo»¹³ – hanno beneficiato dell'effetto anestetizzante indotto dalla soluzione politica data al problema, nel 1985, dall'allora presidente François Mitterrand; all'esito della quale, per ragioni di opportunità, veniva drasticamente esclusa la possibilità di estradare i «fuorusciti» imputati di soli reati politici¹⁴. Parimenti incontestabile è, nondimeno, che questa scelta politica, in difetto di un valido ancoraggio formale sul quale poggiarsi, si sia rivelata, con il (passare del) tempo, una non soluzione, esposta com'era alle instabilità connaturate al mutamento degli assetti politici di volta in volta prevalenti; ed abbia

¹² Secondo dati risalenti al 2004, «le autorità di Polizia giudiziaria e i servizi di sicurezza italiani ricercano ... 163 latitanti del terrorismo di sinistra. Quelli condannati in via definitiva per omicidi o ferimenti» – *ergo*, quelli in rapporto ai quali si può pensare che stia decorrendo il termine utile per la prescrizione della pena, la quale, peraltro, non irradia i propri effetti sull'ergastolo – «sono 46», laddove quelli «accusati dai tribunali di aver partecipato a un'associazione sovversiva e a una banda armata» –vale a dire soggetti rispetto ai quali non si è ancora pervenuti a quel passaggio in giudicato della relativa sentenza, che della prescrizione della pena segna l'ineffabile presupposto – sono 117. Queste indicazioni sono tratte dalla documentatissima ricerca di D. BIACCHESI, *Vie di fuga. Storie di clandestini e latitanti*, Milano, 2004, p. 32.

A scanso di possibili equivoci, sottolineiamo che il fatto di circoscrivere il campo d'indagine al solo terrorismo di sinistra non è collegato ad opzione politica alcuna, ma alla sola mancanza di dati parimenti disponibili in relazione a terroristi di destra ugualmente condannati e/o ricercati.

¹³ Cfr. D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., in part. pp. 46 ss. e 53 s.

¹⁴ Per una ricostruzione delle posizioni assunte sul punto da Mitterrand rinviamo ancora a D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 162 ss.

dato luogo, in séguito, ad impreviste inversioni di tendenza¹⁵. Di qui la perdurante necessità di una rimeditazione del problema entro le coordinate del diritto (penale), che ne assicuri una gestione non arbitraria e giuridicamente predeterminabile.

In ordine alle scelte della Francia e di altri Stati stranieri che hanno ugualmente negato l'extradizione di condannati per fatti di terrorismo richiesta dal governo italiano, sarebbe tuttavia incongruo far risalire soltanto ad esse le ricadute negative che in conseguenza di ciò si sono prodotte rispetto alla decorrenza degli ordinari termini di prescrizione della pena. Il risultato ultimo che dette opzioni hanno determinato, vale a dire la totale insensibilità del decorso dei termini previsti alla presenza di fattori impeditivi di un esercizio del potere punitivo dello stato italiano pur incontestabilmente presente, trae la propria origine proprio dalla disciplina complessiva dettata per la prescrizione della pena dal Codice Rocco. Spicca, nel suo contesto, la mancata previsione di condizioni legittimanti l'interruzione o, quanto meno, la sospensione di tali termini; così come quella di ipotesi nella ricorrenza delle quali possa essere autorizzato, entro limiti precisi, l'allungamento di quegli stessi termini.

Proprio ricorrendo a quest'ultimo mezzo il Codice penale tedesco neutralizza preventivamente, almeno in modo parziale, il pericolo che il diniego di estradizione, da parte di uno Stato straniero, di un soggetto condannato conduca altresì alla prescrizione della pena inflittagli. Oltre a contemplare al § 79a casi specifici di sospensione della prescrizione della pena (letteralmente della sua esecuzione: si parla, infatti, di *Vollstreckungsverjährung*), lo *Strafgesetzbuch* accorda espressamente al giudice la facoltà di *allungare*, su richiesta dell'organo competente, per una sola volta e nella misura della metà, il *termine legale* di prescrizione della pena, quando il condannato si trovi in un paese straniero, dal quale non può ottenersi la sua estradizione o la sua consegna (§ 79b StGB). Condivisibile o meno, la decisione del legislatore tedesco è stata comunque quella di confrontarsi *ex professo* con un problema concretamente ricorrente in materia di prescrizione della pena.

Passi dello stesso segno non sono stati neppure abbozzati nella nostra esperienza. Qui la prescrizione della pena continua a vivere sta-

¹⁵ Tale è quella che ha condotto, ad esempio, all'extradizione dalla Francia dell'ex aderente all'Unione dei Comunisti Combattenti Paolo Persichetti, avvenuta il 24 agosto 2002: notizie sulla vicenda sono reperibili sempre in D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 153 ss.

gioni di completo disinteresse; e, soprattutto, a manifestare segni di recisione quasi totale rispetto al tema della funzione della pena¹⁶, con il quale dovrebbe invece necessariamente interagire al fine di rinvenire il proprio fondamento giustificativo.

¹⁶ Ravvisa il fondamento della prescrizione della pena – in ciò collegandosi alle sue funzioni – in esigenze di prevenzione speciale, argomentando *a contrario* dall'indicazione dei condannati che non ne possono fruire, in base all'art. 172, ultimo comma, c.p., in quanto connotati da specifici requisiti di pericolosità soggettiva, T. PADOVANI, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale. III. Artt. 150-240*, Milano, 1994, p. 197.

CAPITOLO I

L'evoluzione della prescrizione della pena nella riflessione della nostra letteratura penalistica meno recente e di quella attuale

SOMMARIO: 1. Le ragioni del mancato collegamento fra prescrizione della pena e funzione della pena nel dibattito italiano successivo al Codice penale del 1930: l'influenza del pensiero di Arturo Rocco. – 2. Il diverso approccio al problema da parte della letteratura anteriore: la posizione di Francesco Carrara. – 3. (*segue*). La posizione di tendenziale ritrosia assunta dalla Scuola Positiva riguardo alla prescrizione della pena. – 4. Il rapporto fra prescrizione del reato e prescrizione della pena nelle voci della letteratura italiana degli anni '60 del secolo scorso. – 5. Gli influssi sull'universo prescrizionale della lettura del reato «costituzionalmente orientata». – 6. Conclusioni.

1. Le ragioni del mancato collegamento fra prescrizione della pena e funzione della pena nel dibattito italiano successivo al Codice penale del 1930: l'influenza del pensiero di Arturo Rocco

Ripercorrere in senso diacronico l'evoluzione (del pensiero) della nostra cultura penalistica con riferimento alla prescrizione della pena è operazione che, per quanto contribuisca ad attestare punti di contatto con le acquisizioni maturate in altre esperienze, è pressoché inutile quando ci si voglia interrogare sulle ragioni dell'atteggiamento tenuto da quella contemporanea; e, in particolare, sui fattori impeditivi di quel dialogo fra la *ratio* di questo istituto e il tema della funzione della pena, la cui mancanza abbiamo dianzi segnalato.

Per darne una spiegazione razionale è bene assumere, invece, a punto di partenza, procedendo in senso *logico*, il Codice Rocco e l'impostazione di pensiero che ne ha segnato le scelte fondamentali: quella di Arturo Rocco. Per quanto non sia comunque oggetto di discussione alcuna la sua influenza scientifica sui lineamenti teorici del Co-

dice del 1930¹, proprio la disciplina della prescrizione vale a dimostrarne in modo pieno l'incidenza.

Poiché la prescrizione – tanto del reato, quanto della pena – incide, facendola venir meno, sulla *punibilità* del reato, essa segna l'estinzione di ciò che della punibilità costituisce l'imprescindibile matrice nel pensiero di Arturo Rocco: *il diritto soggettivo di punire*, del quale lo Stato è titolare². Ricostruita secondo cadenze – almeno in prima battuta – prettamente pancivilistiche³, questa situazione attiva dello Stato rinviene nel decorso del tempo, elemento fondante la prescrizione in ogni ramo del diritto, il fatto che ne determina l'estinzione⁴. Sicché, identificata nello *ius puniendi* «la facoltà dello Stato di agire in conformità delle norme di diritto (diritto penale, in senso obiettivo) che garantiscono il raggiungimento del suo scopo punitivo» (momento statico del diritto di punire dello Stato); nonché «di pretendere da altri (reo) ciò cui è obbligato in forza delle norme medesime» (momento dinamico di tale diritto)⁵, la prescrizione interviene a determinarne la caducazione.

A fronte di questa ricostruzione teorica del potere punitivo dello Stato, il fatto che questi non provveda al suo esercizio entro il lasso di tempo stabilito può ben equivalere a quella *rinuncia* – almeno tacita – del medesimo alla potestà punitiva (*rectius*, al suo esercizio), nella quale gran parte della nostra letteratura continua a inquadrare il fenomeno prescrizionale nella sua globalità. Da quest'angolazione, la stessa predeterminazione in astratto di confini temporali al suo esercizio non sarebbe il frutto di un'*eterolimitazione*: non compare alcuna indicazione circa gli interessi *esterni* che si oppongono ad una dilatazione illi-

¹ Si tratta, com'è noto, di affermazione ampiamente condivisa. Per una sua esplicita enunciazione cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 448.

² Per una delineazione dell'essenza del diritto soggettivo di punire facente capo allo Stato cfr. A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, *Scritti giuridici vari*, vol. XI, Roma, 1933, p. 127 ss.

³ Cfr. A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., p. 132 e, in particolare, i richiami contenuti nella nt. 1. Di rilievo i rinvii alla nozione di diritto soggettivo rinvenibile in C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV ed., Milano, 1953, p. 42 s.

⁴ Cfr. A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., pp. 146-147 e nt. 2 di quest'ultima.

⁵ In questi termini A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., p. 132.

mitata dello *jus puniendi*. Questa si presenterebbe, piuttosto, esclusivamente come una sorta di *autolimitazione* del potere statale di punire proveniente, in via del tutto unilaterale, dal suo titolare, secondo un'immagine che anche nelle più recenti trattazioni sul tema da noi è dato rinvenire⁶.

Non che lo *jus puniendi* dello Stato si presenti come un diritto *assoluto* e, in quanto tale, insuscettibile di limitazioni. A segnarne i confini sono, precisamente, le disposizioni di diritto oggettivo che, essendo dirette alla salvaguardia del reo, impongono il rispetto della sua qualità di *persona*⁷; e che definiscono la misura dell'assoggettamento di quest'ultimo alla pretesa punitiva dello Stato, nel quadro di quel *rapporto giuridico punitivo* che la commissione del reato fa nascere⁸.

D'altra parte, si riconosce anche l'immanenza, a questo diritto soggettivo dello Stato di punire di un interesse sociale, che ne ispira l'esercizio. Ne viene ravvisata l'essenza nell'esigenza di *prevenire*⁹ la realizzazione di condotte umane lesive «dei beni o interessi umani dell'esistenza, individuale o sociale»¹⁰. Nondimeno, l'efficacia dei fattori estintivi del potere punitivo statale e, quindi, del decorso del tempo, agli effetti del tema – che qui rileva – della prescrizione della pena, non è rapportata a tale interesse, ma (soltanto) alle vicende del rapporto giuridico penale instauratosi fra Stato e reo. Con la preclusione al dialogo con lo scopo per il quale lo Stato punisce (*rectius*, esercita il suo diritto di punire), cade pertanto la possibilità di stabilire una relazione tra la funzione della pena e i fatti estintivi della potestà punitiva dello Stato. La necessità di fornire una giustificazione dell'intervento di questi ultimi, che non si limiti al fatto che questi operano rispetto al rapporto giuridico-penale allo stesso modo in cui dispiegano i propri effetti nei confronti di qualsivoglia (altro) rapporto giuridico, esula completamente dagli orizzonti di Arturo Rocco.

Vero che questo interesse rientra nel *contenuto* di quel diritto soggettivo di punire di cui si reputa titolare lo Stato, rimane pur sempre ferma l'idea che è lo Stato il titolare esclusivo di tale diritto e solo a lui

⁶ Patrocina questa lettura della prescrizione, ancor oggi, S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 661.

⁷ Su ciò insiste A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., p. 138 s.

⁸ Sul reato come fatto giuridico costitutivo di detto rapporto giuridico punitivo cfr. sempre A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., p. 147.

⁹ Cfr. A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 148.

¹⁰ In questi termini si esprime testualmente A. Rocco, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

spetta la decisione ultima circa il fatto di esercitarlo o meno; salvi, unicamente, gli effetti che dall'inerzia nella sua attivazione possono prodursi in relazione al rapporto giuridico-penale già menzionato. Il che significa che il *contenuto* di quel diritto non reagisce in alcun modo sull'*an* del suo esercizio.

Né induce mutamenti sui connotati di questa peculiare situazione attiva dello Stato la sua qualificazione *sub specie* di diritto soggettivo *pubblico*¹¹ mettendo capo al medesimo. Ciò mette sì in risalto alcuni profili essenziali che al diritto di punire derivano dal soggetto che ne è specificamente titolare; in particolare, se ne evidenzia la stretta connessione con quel concetto generale di *sovranità* dello Stato¹², di cui la potestà punitiva costituisce un attributo decisamente pregnante. Non-dimeno, nulla cambia quanto alla sua struttura. Si tratta, pur sempre, di un complesso di facoltà che lo Stato resta incondizionatamente libero di esercitare, sulla falsariga di quanto accade in rapporto a qualsivoglia diritto soggettivo; con gli unici limiti, d'anzì indicati, che dalla sua inerzia possono derivare. Di una giustificazione del suo mancato esercizio e, con ciò stesso, del suo raccordo con la funzione della pena non c'è, finché si riporta il potere punitivo nello schema logico di un diritto soggettivo, traccia alcuna.

Un diverso modo di declinare l'intera problematica si delinea, peraltro, anche nell'impostazione di Arturo Rocco.

Vi si rinviene, infatti, il riconoscimento che il diritto di punire è attribuito allo Stato perché questo proceda, ricorrendone tutti i presupposti stabiliti dal diritto oggettivo, all'applicazione della pena a carico del reo¹³. Questo passaggio non viene, tuttavia, inteso come una *facoltà*, della quale lo Stato si possa o meno avvalere; ma viene incluso nella categoria degli *atti dovuti*¹⁴. Questa vistosa deviazione dal percorso (logico) che aveva condotto all'identificazione nel *diritto soggettivo* della figura giuridica sotto la quale sussumere il potere punitivo di competenza dello Stato approda, addirittura, all'esito ultimo di ravvisarvi un'ipotesi di *diritto-dovere*¹⁵. Ora, anche se la prescrizione – senza distinzione fra quella del reato e quella della pena – è collocata sul

¹¹ In questo senso A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo*, cit., p. 133.

¹² Cfr. A. Rocco, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

¹³ Cfr. A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 149.

¹⁴ In tal senso A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 149 s.

¹⁵ Così, infatti, si esprime A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 150 e nella stessa direzione depongono i richiami di letteratura riportati *ivi*, nt. 1.

piano del rapporto giuridico fra Stato e reo, la ridefinizione dell'applicazione della pena nei termini di un atto doveroso per il primo implicherebbe, quanto meno per la prescrizione della pena, un onere di indicare le ragioni per le quali, nei casi in cui sia questa a venire in considerazione, lo Stato sarebbe dispensato dal *dovere* di farlo. Dal fornire questa e molte altre spiegazioni che la qualificazione del potere punitivo statale in guisa di un (diritto-)dovere comporterebbe, Rocco si può esimere classificando fra i doveri meramente *etici e morali*¹⁶ quel dovere di procedere all'applicazione della pena cui, qualche riga più sopra, aveva lui stesso riconosciuto una patente di *giuridicità*¹⁷. In realtà, nella sua costruzione quel dovere puramente etico attingerebbe la soglia del giuridicamente rilevante solo quando il soggetto passivo del reato faccia valere il proprio *personale* diritto soggettivo alla punizione del reo. I casi pensati sono quelli dei reati perseguibili a querela di parte, limitatamente alle ipotesi in cui questa venga effettivamente proposta dall'offeso¹⁸.

Al globale rifiuto delle tesi prospettate da Rocco non induce soltanto il dato, estrapolabile necessariamente *a posteriori*, della loro incompatibilità con i principi costituzionali che regolano l'esercizio del potere punitivo nell'ordinamento vigente. Anche un esame *ab intrinseco* ne mette a nudo aspetti di palese insostenibilità. Non si vede, in effetti, con quale concezione della pena – l'Autore, *per incidens*, propendeva per quella retributiva¹⁹ – si possa armonizzare un'impalcatura teorica nella quale la sua applicazione non è oggetto di un dovere *cogente*, ma semplicemente di un dovere morale. E, a maggior ragione, non si vede perché essa debba meritare il predicato dell'obbligatorietà nei soli casi, che non sono né quelli più numerosi né, soprattutto, quelli di mag-

¹⁶ In tale ultimo senso qualifica il dovere dello Stato di punire A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 151.

¹⁷ Cfr. proprio la definizione datane da A. Rocco, *op. ult. cit.*, *antea*, p. 150.

¹⁸ In questo senso A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 151.

¹⁹ Spunti in tal senso sul concetto di pena si possono cogliere in A. Rocco, *op. ult. cit.*, p. 140 s., nt. 7, salva l'ulteriore precisazione che in ciò non si intravede lo «scopo della pena», ma (solo) il suo «*modo di essere*», ossia quella conformazione che ne fa un «*mezzo*» idoneo a realizzare gli scopi indicati *infra*, p. 148 ss., nt. 3. La distinzione, così scolpita, fra l'essenza della pena e il suo scopo si può prestare ad essere valorizzata e attualizzata nel senso che quest'ultimo – qualunque esso sia – non potrà comunque comportarne una misura che oltrepassi i limiti della *retribuzione giuridica*. Ciò che vale a ribadire il postulato secondo il quale il limite segnato dalla proporzione rispetto al fatto commesso fissa un argine comunque invalicabile alla determinazione della misura della pena in funzione solo del suo scopo.

gior significato sociale, nei quali è stabilita la procedibilità a querela di parte.

2. *Il diverso approccio al problema da parte della letteratura anteriore: la posizione di Francesco Carrara*

Le pregiudiziali che la costruzione teorica di Arturo Rocco oppone ad una corretta comprensione (dell'essenza) della prescrizione della pena non si ritrovano nelle trattazioni che al tema sono state dedicate dalla nostra letteratura *anteriore*.

All'interno di quest'ultima, sicuramente meritevole di un'attenzione particolare è la posizione di Francesco Carrara.

Nel suo *Programma*²⁰, si scolpisce in modo netto, intanto, il tratto differenziale tra prescrizione del reato, *rectius* dell'*azione penale*, e prescrizione della pena. Laddove è proprio di quella l'incidere sull'azione penale e, con ciò stesso, sulla perseguibilità del reato, la prerogativa di questa viene invece individuata nel far venir meno, per il suo autore, gli effetti di un reato già accertato con sentenza di condanna²¹.

Questa differenza di fondo si riverbera tanto sul grado di consenso del quale queste due specie di prescrizione godono presso le diverse legislazioni e i contesti scientifici di rispettivo riferimento; quanto sulle diverse motivazioni che ne stanno alla base.

E, in effetti, si ha cura di evidenziare come la prescrizione dell'azione penale sia – all'epoca in cui Carrara scrive – (un) istituto presente in tutti i codici e unanimemente condiviso dalla pressoché totale unanimità della letteratura in materia²². Il che si ricollega alla piattaforma ultima sulla quale si regge. A questo proposito, viene sì dato conto dell'opinione che àncora al decorso del tempo l'attitudine a far venir meno il ricordo del reato, così da determinare la cessazione del diritto statale di punirlo²³; ciò che suggerisce accostamenti con l'orientamento adombrato successivamente, sul punto, da Arturo Rocco. Sùbito dopo, nondimeno, si riconosce che la ragione di gran lunga prevalente della

²⁰ Le citazioni presenti nel séguito del testo sono tratte da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, vol. I, XI ed., Firenze, 1924.

²¹ Per la definizione della prescrizione della pena cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 125.

²² Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 480.

²³ Sul punto cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 481.

recezione di questo istituto risiede nel noto argomento dell'efficacia corrosiva del (decorso del) tempo sul materiale probatorio utile alla ricostruzione del fatto storico, che si tratta di giudicare, e sui pericoli che questo fattore sprigiona rispetto alla salvaguardia *dell'innocenza dell'imputato*²⁴. Giustificazione della prescrizione dell'azione penale, quest'ultima, che inclina verso un intendimento in chiave *processuale*, anziché sostanziale, dell'istituto.

Al pacifico riconoscimento dal quale è circondata questa forma di prescrizione fa da contrappunto, all'opposto, l'ampio margine di riserve alle quali si espone la prescrizione della pena. Quest'ultima postula il superamento della fase in cui il decorso del tempo può ridondare a danno dell'imputato, perché presuppone (come) già intervenuta una sentenza di condanna a suo carico. Proprio il suo radicarsi sul decorso di un determinato lasso di tempo dal momento nel quale tale sentenza venne pronunciata ne fa emergere un possibile profilo che il lessico attuale non esiterebbe a definire «criminogeno»: essa si staglierebbe come un premio accordato dall'ordinamento a chi sia riuscito a sottrarsi all'osservanza dei suoi *dicta* contenuti in una sentenza di condanna. Di qui tutte le perplessità che la investono²⁵. Perplessità che si inquadrano, dal canto loro, in un contesto storico nel quale la prescrizione della pena era sconosciuta, a livello europeo, a più di una legislazione, come più avanti vedremo; e (nel quale) lo stesso Codice penale Toscano del 1853, all'art. 95, ne aveva espressamente stabilito l'esclusione²⁶. È lo stesso Carrara, che – come di qui a poco si potrà verificare – pure ammette l'istituto più in omaggio a taluni riflessi pratici, ai quali la sua mancata accettazione darebbe luogo, che per un'adesione al fondamento intrinseco addotto dai suoi fautori, a confutare alcune delle tesi sostenute per convalidarne la presenza. A questo riguardo, merita di essere segnalata, in questa sede, la sua ferma ripulsa dell'argomento che intendeva poggiare l'efficacia della prescrizione della pena su di una pretesa *presunzione di abbandono* dell'interesse del Pubblico Ministero a far eseguire la pena, attestata dalla sua inerzia, per il tempo previsto dalla legge, a disporre l'esecuzione²⁷. Ora, è evidente come questo assunto traesse alimento dalla premessa, pur non esplicitata²⁸, che la

²⁴ F. CARRARA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

²⁵ Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 125 ss.

²⁶ Di ciò dà, in effetti, conto lo stesso F. CARRARA, *op. ult. cit.*, p. 133.

²⁷ Cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 127.

²⁸ È lo stesso F. CARRARA, *Programma*, *op. ult. cit.*, *ibidem*, a rilevare l'equazione

mancata attivazione del Pubblico Ministero, nel senso appena indicato e nei termini all'uopo stabiliti, potesse essere ritenuta equivalente ad una *rinuncia* al potere corrispondente suscettibile di produrne l'estinzione, appunto, per effetto del decorso del tempo. Sennonché, l'adesione a questo modello di spiegazione, con il far discendere l'efficacia estintiva della prescrizione (della pena) da una *rinuncia tacita* dell'organo pubblico a ciò competente, è consentanea soltanto ad una concezione nella quale quest'ultimo abbia il potere di disporre, come meglio gli aggrada, dell'esecuzione della pena, risultando al riguardo titolare di un *diritto* e non già destinatario di un dovere. Sul punto, Carrara anticipa critiche che ben possono essere riferite all'analoga impostazione sviluppata, in séguito, da Arturo Rocco. E denuncia l'errore grossolano insito nel degradare a *diritto* del Pubblico Ministero quella che è invece una competenza assegnatagli dalla legge *sub specie* di *dovere*²⁹.

Con sfavore non minore Carrara guarda anche alla tesi che vorrebbe collegare la prescrizione della pena alla presunta espiazione del reo. Si tratta di un'argomentazione che mette capo all'idea, di stampo rigorosamente retribuzionista, secondo cui la pena non avrebbe altro scopo che quello di far espiare al colpevole le sofferenze proporzionate al male causato mercé il reato che questi ha commesso. E che, in quest'ottica, ritiene, *rectius* si sforza di ritenere, equivalenti a tali sofferenze quelle che il colpevole, pur essendosi sottratto all'esecuzione della condanna, ha patito durante la sua latitanza³⁰. In realtà, è proprio tale equivalenza a difettare di un sostrato empirico che ne sorregga la presunzione; manca, nella specie, la prova che le sofferenze generatesi durante la sua latitanza avrebbero avuto, per il reo, la stessa consistenza di quelle derivanti dalla sua sottoposizione a(lla) condanna. Come si avrà modo di vedere, del resto, la storia della prescrizione della pena è lastricata di presunzioni invocate per attestarne la legittimità. Se quella che ha ad oggetto l'espiazione del reo vale a legittimarla nella cornice della concezione retributiva della pena, quella – invero ancor più diffusa – che ne ha ad oggetto *l'emenda* provvede a darle una solida piattaforma giustificativa nello specchio della concezione specialpreventiva della medesima.

per tale via instaurata fra la valenza attribuita all'inerzia del Pubblico Ministero e la rinuncia alla (sua) facoltà di far eseguire la pena.

²⁹ Cfr. F. CARRARA, *op. ult. cit., ibidem*.

³⁰ Si rinvia, al riguardo, alle critiche mosse a questa teoria da F. CARRARA, *op. ult. cit.*, p. 131 s.

Tornando comunque a Carrara e alle ragioni che, a suo avviso, possono essere addotte a sostegno della prescrizione della pena, *melius* – come egli stesso ha cura di puntualizzare nel *Programma* – della prescrizione delle *condanne* penali³¹, l'unica realmente persuasiva viene individuata nella necessità di evitare che, a distanza di molto tempo dal giorno in cui furono pronunciate, venga data esecuzione alle sentenze *contumaciali*³².

Sviluppate in modo decisamente più ampio in altro luogo³³, le argomentazioni che lo portano a questa conclusione ultima muovono dalla stessa differenza tra prescrizione dell'*azione penale* e prescrizione della pena. In effetti, la *ratio* della prima consiste nello scongiurare i rischi che gravano sull'imputato quando il giudizio ha luogo, decorso un lasso di tempo eccessivo dal momento in cui venne commesso il reato. La presenza di una siffatta distanza di tempo viene vista, infatti, come un ostacolo insuperabile alla raccolta di tutto il materiale probatorio necessario alla ricostruzione del caso; e, con ciò stesso, come una minaccia (incombente) rispetto all'innocenza dell'imputato, il quale è sprovvisto – proprio per effetto del tempo trascorso – della possibilità di rintracciare prove a discarico e di ritrovare elementi atti a contraddire quelle a suo carico addotte dall'accusa. La situazione in tal modo evocata è il simmetrico opposto di quella sottostante alla prescrizione della pena: presupposto indefettibile di quest'ultima è una sentenza di condanna irrevocabile, pronunciata all'esito di un giudizio svolto(si) nel *contraddittorio* delle parti. Tanto che è proprio questo presupposto a garantire che nel processo sono state rispettate tutte le esigenze poste a tutela dell'innocenza dell'imputato; e a far nascere, per ciò stesso, il problema di dare alla prescrizione della pena un fondamento giustificativo *diverso* da quello assegnato alla prescrizione del reato.

Senonché, tutto il quadro muta completamente a fronte delle sentenze di condanna pronunciate nella *contumacia* dell'imputato. Pretendere che, a distanza di molto tempo dalla loro pronuncia, si desse corso ugualmente all'esecuzione della pena nei confronti del preteso

³¹ Per questa precisazione cfr. F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 128 e ivi l'esatta osservazione che «se *prescrivere* vuol dire *estinguere*, come si può estinguere la *pena* che non è anche nata?» (corsivi originali); mentre, invece, ciò che si prescrive è segnatamente l'esecuzione della condanna inflitta al reo.

³² Questo aspetto è sviluppato in F. CARRARA, *op. ult. cit.*, p. 133 ss.

³³ Ci si riferisce a F. CARRARA, *Prescrizione in penale. (causa P.M. - M. Giannechini; Corte d'Appello di Lucca, 27 agosto 1879)*, memoria ora riprodotta in F. CARRARA, *Reminiscenze di cattedra e foro*, Bologna, 2007, p. 289 ss.

reo, avrebbe significato porlo in una condizione non diversa, in ultima analisi, da quella dell'imputato rispetto al quale si fosse proceduto ad esercitare in termini troppo tardivi l'azione penale. Anche quel presunto reo si sarebbe trovato, a causa della sua assenza durante il processo sfociante nella sua condanna definitiva, nell'impossibilità di fornire prove a propria discolta e di confutare quelle a proprio carico prodotte dall'accusa. Di qui l'esigenza, ampiamente sottolineata da Carrara³⁴, di negare l'esecuzione delle pene inflitte mediante le sentenze di condanna contumaciali; e di ottenere questo risultato precisamente mediante lo strumento tecnico offerto dalla prescrizione delle condanne penali, *id est* dalla prescrizione della pena. Rimedio, questo, che avrebbe giovato a tutti coloro che, assenti per qualsiasi motivo dal luogo in cui veniva celebrato il processo nei loro confronti, si sarebbero trovati nella sconoscenza assoluta dell'esistenza di quel processo; e nella condizione di dover subire, molti anni dopo, gli effetti di una sentenza rispetto alla (pronuncia della) quale non avevano potuto fruire di mezzo di difesa alcuna.

Proprio dalla necessità di apprestare una tutela a favore dei condannati (con sentenza definitiva) in contumacia, nascono i reiterati attacchi di Carrara a Mori, ispiratore di quel Codice penale toscano del 1853 che escludeva espressamente, a mezzo del suo art. 95, la prescrizione delle condanne³⁵. Attacchi che si radicano, in realtà, sul dato specifico che dall'applicazione di questa regola generale non fossero state eccettuate segnatamente le sentenze di condanna contumaciali.

Dato il suo intimo collegamento con la problematica delle sentenze di condanna pronunciate a carico dell'imputato contumace, l'analisi della posizione di Carrara sulla prescrizione della pena non può essere assolutamente disgiunta dal contesto storico-normativo, in materia di (processo in) contumacia, nel quale essa prende corpo. In effetti, solo entro queste coordinate è possibile comprenderne compiutamente il senso. Parla di contumacia e di prescrizione della pena come rimedio per sfuggire alla tardiva esecuzione della pena derivante da una sentenza definitiva di condanna contro chi vi versava, Carrara, in un'epoca nella quale il contumace *era sprovvisto dell'assistenza di un difensore*³⁶. Profondo *vulnus*, questo, nelle garanzie difensive apprestate a suo

³⁴ Cfr. F. CARRARA, *Prescrizione in penale*, cit., p. 293 ss.

³⁵ Investono precisamente l'art. 95 del Codice penale toscano le critiche sviluppate da F. CARRARA, *Prescrizione in penale*, cit., *ibidem*.

³⁶ Per indicazioni sullo stato della legislazione in materia coeva alle riflessioni

favore, contro il quale lo stesso Carrara aveva in altra sede preso *ex professo* posizione³⁷.

Proprio per il suo polarizzarsi su questo stretto nesso con la disciplina della contumacia, l'adesione di Carrara alle opinioni, quand'anche legislativamente espresse³⁸, favorevoli alla prescrizione della pena si presta ad essere riconsiderata da due angolazioni diverse.

Dal punto di vista della *natura* che si deve riconoscere ad una prescrizione della pena ricostruita in funzione (delle manchevolezze) della disciplina allora vigente in materia di processo in contumacia, si può seriamente dubitare che se ne possa desumere una valenza *sostanziale*. Essa si ricollega a quella *deminutio* nel diritto di difesa dell'imputato, insita nel suo non potersi avvalere nemmeno della difesa *tecnica*, che si irradia ineludibilmente, paralizzandola *ab origine*, sulla possibilità di reperire prove a discarico e di opporsi a quelle a carico. Di fatto, la situazione ravvisabile in capo al condannato in contumacia non si differenzia da quella relativa all'imputato nei confronti del quale si esercita l'azione penale quando è decorso un lungo periodo di tempo dalla commissione del reato. Nell'un caso e nell'altro, il decorso del tempo comprime ineluttabilmente gli spazi difensivi di innocenza. *Rebus sic stantibus*, anche la prescrizione della pena, se e in quanto fondata sulle esigenze difensive del condannato in contumacia, verrebbe ad avere una ragion d'essere *processuale*.

Dal punto di vista del perdurare della validità di questo modello esplicativo della funzione della prescrizione della pena, è evidente come questo sia storicamente condizionato dalla disciplina riservata al soggetto giudicato in contumacia all'epoca alla quale risalgono le riflessioni di Carrara qui riportate.

Il che comporta che le successive modificazioni *in melius* della posizione sono in grado di farlo venire meno.

di Carrara cfr. G. PANSINI, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli, 1963, p. 24 s., nt. 45.

³⁷ Rinviamo ancora ai riferimenti contenuti in G. PANSINI, *La contumacia*, cit., *ibidem*.

³⁸ Del tutto coerente, in questa direzione, il richiamo al Codice di procedura penale Sardo del 20 novembre 1859, esteso alla Toscana per effetto del decreto del 26 novembre 1865, il cui art. 601 contemplava *expressis verbis* l'ipotesi che *la pena* si fosse *prescritta*. Ciò che consentiva di ritenere che, contrariamente al dato estrapolabile dall'art. 95 del Codice penale toscano, alla sua stregua fosse in séguito ammessa la prescrizione tanto delle sentenze pronunciate nel contraddittorio delle parti, quanto di quelle contumaciali: cfr., sul punto, le osservazioni di F. CARRARA, *Prescrizione in penale*, cit., p. 297 ss.

In ordine al lamentato difetto della difesa tecnica del contumace, sul quale la valorizzazione della prescrizione della pena in chiave di compensazione degli spazi difensivi negati pare reggersi, basta osservare come già l'art. 499, ult. cpv., c.p.p. 1930 prevedesse che «il difensore rappresenta l'imputato a tutti gli effetti» nel dibattimento in contumacia³⁹; e come l'art. 410 del medesimo Codice contemplasse l'obbligo di avvisare all'uopo il difensore della data stabilita per il dibattimento.

3. (segue). *La posizione di tendenziale ritrosia assunta dalla Scuola Positiva riguardo alla prescrizione della pena*

Decisamente scarsi sono i favori che la prescrizione della pena – ma la constatazione sembra suscettibile di essere estesa, come subito si vedrà, alla prescrizione in generale – incontra presso gli aderenti alla Scuola Positiva.

Focalizzandosi l'attenzione dei positivisti sulla *pericolosità* del reo, indiziata dalla commissione del reato che ne rappresenta il sintomo, è evidente come soltanto la cessazione di questo stato venga giudicata (come) idonea a far venir meno l'interesse alla sua punizione. Nessun ruolo, se disgiunto da questa, può giocare il mero *decorso del tempo*, in sé e per sé considerato⁴⁰. Quest'ultimo, infatti, si delinea come un'entità del tutto *neutra* rispetto a tale condizione dell'autore del reato, non potendosene inferire alcunché circa la sua persistenza o la sua successiva elisione. D'altro canto, proprio in forza del potenziale contrasto fra la perdurante pericolosità del reo e la sua sopravvenuta impunità, che vi è insito, segnatamente la prescrizione della *pena* pare entrare in rotta di collisione con la criteriologia seguita dall'impostazione positivista. Ciò che non giustifica l'esonero da pena è, precisamente, il fatto che di questa venga a fruire il reo, ossia colui che è stato giudicato colpevole di un reato in base ad una sentenza di condanna passata in giudicato. E, a riprova di questo rilievo, non è privo di interesse notare come tra i fautori più rigorosi di questo indirizzo non sia mancato chi, pur tenacemente avversando la prescrizione della pena, ha invece

³⁹ Per indicazioni sul punto cfr. G. PANSINI, *La contumacia*, cit., p. 117.

⁴⁰ Quanto alla generale ripulsa del fenomeno prescrizionale, in sé e per sé considerato, da parte della Scuola Positiva, cfr. F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 25.

pienamente condiviso il fondamento sottostante alla prescrizione del reato – *rectius, dell'azione penale*, per riprendere la terminologia del Codice Zanardelli – e, conseguentemente, la sua presenza nel sistema⁴¹. Ciò sulla base di quelle esigenze probatorie, connesse agli effetti corrosivi del tempo e ai possibili pregiudizi che questi avrebbero arrecato alla salvaguardia dell'innocenza degli imputati, che gli esponenti della Scuola Classica – in questa sede evocati con il richiamo al pensiero di Carrara – avevano eretto a pilastro argomentativo basilare di questa specie di prescrizione⁴².

Nondimeno, l'incompatibilità della stessa prescrizione del reato con i dettami della Scuola Positiva emerge *ictu oculi* non appena si dia ascolto ad altre voci di quell'indirizzo. E, in particolare, a quelle che, sviluppando sul terreno della prescrizione esaminata in via generale riflessioni destinate ad essere *ribadite e rafforzate* con riferimento alla prescrizione della pena, sottolineano che «il lungo tempo decorso dal reato non sempre può di per sé spegnere ogni pericolosità nel *delinquente*⁴³ ...; bensì può considerarsi come un coefficiente ... da valutarci insieme cogli altri»⁴⁴. Laddove fra questi ulteriori indici, suscettibili di far venir meno l'interesse a punire, viene precisamente annoverata «la buona condotta»⁴⁵. Queste dissonanze rispetto all'impostazione positivista, che Eugenio Florian registra criticamente riguardo al sistema vigente, scrivendo già sotto l'impero del Codice Rocco, risultano poi oltremodo amplificate in rapporto alla prescrizione della pena. Il fatto che se ne lamenti *un'accentuazione* con riferimento a questo secondo, specifico versante altro non significa che questo *vulnus* all'ordine di idee patrocinato dalla Scuola Positiva è già presente, in radice, nella forma basilare di prescrizione che il sistema penale conosce(va), vale a dire – uniformandosi stavolta al lessico del Codice del 1930 – nella prescrizione del reato.

Destano comunque perplessità, pur nel quadro di una generale avversione nei confronti dell'istituto, taluni degli argomenti addotti da Florian se e in quanto rapportati proprio alla prescrizione del reato. Postulando per definizione il suo intervento una situazione processua-

⁴¹ Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia. Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Roma-Torino-Firenze, 1885, p. 289.

⁴² In argomento rinviamo a quanto esposto nel par. che precede.

⁴³ Corsivo aggiunto.

⁴⁴ Così E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, IV ed., Milano, 1934, p. 1138 s.

⁴⁵ Cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 1139.

le *anteriore* a quella segnata da una sentenza definitiva di condanna a carico dell'imputato, ch  – in tal caso – potrebbe venire in considerazione solo quella della pena, non si vede come in questa fase ne sia possibile quell'etichettamento in termini di *delinquente*, che ne presupporrebbe accertata in forma irrevocabile la responsabilit . E, ancora: la *buona condotta* dell'autore del reato, nel periodo susseguente alla sua commissione, viene valorizzata – lo si potr  verificare anche in una prospettiva comparatistica – come indice da valutarsi *in aggiunta* al mero decorso del tempo, perch  si possa far luogo, di nuovo, alla prescrizione della *pena*. Soluzione, questa, che non manca di trovare consensi precisamente fra gli esponenti della Scuola Positiva i quali, rimarcata l'insufficienza all'uopo dell'esclusivo fattore-tempo, reputano indispensabile rifarsi, ai fini (della determinazione) della cessazione della pericolosit  del *reo* e della possibilit  che questi benefici della prescrizione della pena, alla sua condotta successiva al reato. Sennonch , proprio perch  il rilievo attribuitovi   «ambientato» sul terreno della prescrizione della pena e, dunque, in un contesto nel quale ci si riferisce ad un *reo definito tale sulla base di una sentenza definitiva di condanna*, ne appare inammissibile una trasposizione sul versante della prescrizione del reato. Qui –   appena il caso di ripeterlo – un reo nel senso appena detto non c'  ancora, difettando qualunque conclusione definitiva al riguardo.

Gli assunti di Florian sopra ricordati paiono allora cozzare, *in primis*, con la presunzione d'innocenza. Infatti, si stabilisce *a priori* la qualifica di delinquente di un soggetto e se ne pretende, ulteriormente, la prova di una buona condotta susseguente al reato prima ancora di assodare, per il tramite di una sentenza definitiva, che questi ne   l'effettivo responsabile. Ci  posto, rimane ora da verificare se questo *vulnus* alla presunzione d'innocenza dell'imputato – maturato in un'epoca, peraltro, nella quale la nostra legislazione non ne conteneva ancora un espresso riconoscimento – sia da ascrivere esclusivamente alla posizione di Florian; o (se) metta capo, viceversa, ad un orientamento pi  diffuso nell'ambito della Scuola Positiva.

La risposta a questo quesito non pu  che indirizzarsi verso il secondo polo dell'alternativa test  schizzata.

Patrimonio vieppi  consolidato della Scuola Classica, la presunzione d'innocenza fu investita da un rapido processo d'erosione nel contesto della Scuola Positiva ⁴⁶. Delle due articolazioni nelle quali si  

⁴⁶ Lo segnalano, in particolare, O. DOMINIONI, *Il secondo comma dell'art. 27*, in

adusi a scomporla, *id est* (di) regola concernente la posizione dell'imputato nel processo e (di) regola di giudizio⁴⁷, solo la seconda ebbe modo di sopravvivere. Ad eclissare la prima, decretandone la soccombenza rispetto agli interessi collegati alle garanzie individuali, furono le istanze di difesa sociale di cui questa corrente di pensiero si fece portatrice. In nome della lotta alla delinquenza, la regola alla stregua della quale l'imputato deve essere trattato come un innocente si vide preclusa ogni efficacia a partire (non già dalla sentenza definitiva di condanna ma) dal primo atto formale nel quale ne era affermata la reità⁴⁸. Il che spiega come mai, già durante il tempo necessario alla prescrizione del reato, potessero sorgere quei pregiudizi in ordine ad un'acclarata responsabilità penale dell'imputato, di cui i passi di Florian innanzi riportati offrono un'eloquente testimonianza. Sicché, pur rimanendo intaccata la valenza della presunzione d'innocenza a porsi come regola di giudizio sottostante al principio dell'«*in dubio pro reo*»⁴⁹, questa risultava amputata del suo significato più garantistico rispetto al trattamento da riservare all'imputato *prima* dell'eventuale pronuncia, a suo carico, di una sentenza definitiva di condanna. Ciò che rimanda – lo ripetiamo – al tempo relativo alla prescrizione del reato.

4. *Il rapporto fra prescrizione del reato e prescrizione della pena nelle voci della letteratura italiana degli anni '60 del secolo scorso*

Si spengono le discussioni sulla prescrizione della pena, analogamente a quanto avvenuto – come vedremo – in Germania successivamente all'entrata in vigore del RStGB del 1871, con l'approvazione del

Commentario della Costituzione, fondato da G. BRANCA e proseguito da A. PIZZORUSSO, *Rapporti civili. Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, p. 179 s.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 16 s.

⁴⁷ Per il richiamo a queste due distinte componenti, che confluiscono a delineare il volto unitario della presunzione d'innocenza, cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 16; O. DOMINIONI, *Il secondo comma dell'art. 27*, cit., p. 191.

⁴⁸ Lo attesta il fatto che già il semplice rinvio a giudizio veniva giudicato idoneo a minare le basi della presunzione d'innocenza: cfr., al riguardo, O. DOMINIONI, *Il secondo comma dell'art. 27*, cit., p. 179.

⁴⁹ Il che è quanto si riscontra, appunto, nell'ordine di idee seguito da E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. I, Milano, 1924, p. 344.

Codice Rocco. Da questo momento in poi, l'istituto regolato dagli artt. 172 e 173 c.p. viene per lo più utilizzato come puntello argomentativo atto a supportare ricostruzioni complessive della prescrizione penale inclini a sottolinearne l'impatto sul versante (del diritto penale) *sostanziale* anziché su quello (del diritto penale) *processuale*.

Sintomatica, al riguardo, è la posizione di Alfredo Molari, autore di uno dei più pregevoli contributi sul tema della prescrizione in materia penale *de lege lata*⁵⁰.

La *querelle* sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione penale, incentrata sulla prescrizione del reato, resta confinata, peraltro, in un ambito astratto, perché non ne vengono evidenziati gli innegabili riflessi pratici. Riflessi, questi, che si possono invece ben cogliere se si tengono presenti le conseguenze che l'adesione all'una o all'altra opzione può avere in presenza di una legge posteriore la quale modifichi, in senso sfavorevole all'imputato (ad esempio, allungandone i termini), la disciplina della prescrizione vigente al momento del fatto⁵¹. È noto, infatti, come, ove le si attribuisca natura sostanziale, ad una sua modificazione *in pejus* osterebbe – secondo un'opinione da noi assolutamente maggioritaria – il principio dell'irretroattività in materia penale, inteso come canone idoneo a vietare qualsivoglia peggioramento della posizione dell'autore del reato rispetto alla normazione presente all'epoca della commissione del fatto. Laddove, viceversa, una sua qualificazione in chiave processuale varrebbe, all'opposto, ad escludere tali mutamenti dall'ombrello protettivo del divieto di retroattività operante nel contesto del penale sostanziale e a consegnarli al criterio regolatore della successione di leggi nella materia (del penale) processuale, vale a dire (a) quello del *tempus regit actum*. Alla stregua di quest'ultimo, nessun ostacolo si porrebbe all'irradiarsi sull'imputato di effetti a lui più sfavorevoli di quelli stabiliti dalla legge del tempo al quale risale il fatto contestatogli.

Malgrado non si faccia parola di questi effetti, gli argomenti addotti da Molari a sostegno della sua tesi circa la natura *sostanziale* della prescrizione del reato mantengono anche oggi tutta la loro validità⁵².

⁵⁰ Si veda, infatti, A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 680 ss.

⁵¹ Evidenziano incisivamente il punto F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., in part. p. 64.

⁵² Per una loro completa esposizione cfr. A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 680 ss.

Ciò vale, *in primis*, per la rilevanza assegnata, in tal senso, al disposto dell'art. 152, secondo comma, c.p.p. allora vigente (il cui omologo si rinviene nel secondo comma dell'art. 129 c.p.p. 1988), alla cui stregua «quando risulta ... una causa di estinzione del reato, ma già esistono prove le quali rendono evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia *in merito*, prosciogliendo con la formula prescritta». Questa statuizione viene valorizzata per mettere in risalto come, mentre nell'assenza di una vera e propria condizione di procedibilità l'unico esito conclusivo concesso al giudice è quello che si limita a constatarne la mancanza, in presenza di una causa di estinzione del reato – qui venendo in considerazione la prescrizione di cui agli artt. 157 ss. c.p. – il giudice, ricorrendo i presupposti fissati nell'art. 152, secondo comma, c.p.p. 1930, è tenuto ad una pronuncia *nel merito*⁵³. Il che altro non significa che l'intervento di una causa di estinzione del reato – in questo caso, lo ripetiamo, interessa la prescrizione – non si risolve, come dovrebbe accadere se a questa spettasse effettivamente una natura processuale, in una causa di improcedibilità, ché, in tal caso, sarebbe interdetta al giudice qualunque decisione sul merito. Proprio il dovere imposto al giudice di addivenirvi, nei casi ipotizzati dall'art. 152, secondo comma, c.p.p. abr., consente invece di dedurre che una tale causa di estinzione del reato ha natura sostanziale e non processuale, perché la formula terminativa impostagli in queste ipotesi è incompatibile con questa seconda possibilità. Ci limitiamo, per il momento, a dare atto di uno dei passaggi fondamentali del percorso argomentativo seguito da Molari per giungere alla sua conclusione in ordine al carattere *sostanziale* della prescrizione del reato. Rinviamo ad uno stadio successivo del lavoro ogni analisi critica sul punto.

Quel che preme sottolineare è, in questa sede, la valenza che in questo contesto interpretativo viene ad assumere la prescrizione della pena. Poiché postula una *sentenza di condanna definitiva*, (si osserva che) questo tipo di prescrizione, il quale condivide un'identità di *ratio* rispetto a quella che incide sul reato, non può certo reggersi su difficoltà probatorie nella ricostruzione del fatto⁵⁴. Di qui una conferma, *ad adiuvandum*, della natura sostanziale di ogni specie di prescrizione in materia penale, interessi questa il reato o la pena. Sennonché, questo

⁵³ Sul punto cfr. A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 681.

⁵⁴ In questo senso A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 703.

ragionamento, nel quadro del pensiero di Molari, appare inficiato da una non completa linearità nella sua coerenza interna; e, soprattutto, da un vizio di metodo.

Sotto il primo profilo, l'asserita ricorrenza di una sostanziale identità di *ratio* fra prescrizione del reato e prescrizione della pena viene a disconoscere quella diversità di fondo tra i due istituti che lo stesso Molari, in altra parte della sua disamina sull'argomento, aveva esplicitamente ammesso⁵⁵. Dal punto di vista del metodo, che riteniamo assorbente, si può semplicemente osservare, poi, che il radicarsi della prescrizione della pena su (di) una sentenza irrevocabile di condanna prova, solo ed esclusivamente, che *questa specie* di prescrizione non può fondarsi sulle difficoltà di reperimento del materiale probatorio indotte dal decorso del tempo. Ma nulla dice circa l'idoneità di questa giustificazione a legittimare la prescrizione del *reato*, una volta che ci si affranchi dall'(idea di quella) identità di *ratio* tra le due forme di prescrizione che, nei termini in cui è formulata⁵⁶, suona invero come una petizione di principio. Detta identità viene infatti data per scontata, laddove essa doveva essere lo specifico oggetto di dimostrazione. Viceversa niente esclude – e, anzi, uno sguardo comparatistico conferma in modo esplicito – che i due meccanismi prescrizionali in esame possano avere una ragion d'essere *diversa*.

5. *Gli influssi sull'universo prescrizionale della lettura del reato «costituzionalmente orientata»*

Cambiano ancora le chiavi di lettura della prescrizione in generale – ma non sarebbe azzardato, come si vedrà, limitare l'influenza del rilievo alla sola prescrizione della *pena* – nel quadro della teorica del diritto penale «a fondamento costituzionale»⁵⁷.

Certo, il tratto saliente e primario di quest'impostazione consiste nel circoscrivere ai soli beni costituzionalmente tutelati l'idoneità a

⁵⁵ Cfr., infatti, quanto esposto da A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 682.

⁵⁶ Sempre da A. MOLARI, *op. ult. cit.*, p. 703.

⁵⁷ Per una dettagliata ricognizione dei percorsi di questa teorica e un bilancio dei risultati ad essa mettendo capo, si rinvia al complessivo quadro tracciato da M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 37 ss.

formare oggetto di tutela penale⁵⁸. Tuttavia, questo vincolo rigoroso⁵⁹ nella cernita degli interessi meritevoli di tutela implica un necessario e significativo corollario in ordine alle scelte sulla *non* punibilità. Vero che le scelte attinenti all'intervento del diritto penale devono essere sempre ispirate da (lla salvaguardia di) valori costituzionali, diventa parimenti inderogabile l'esigenza che il suo ritrarsi, per quel che attiene all'area – che qui interessa – dell'estinzione del reato e della pena, abbia luogo, *more geometrico*, al cospetto di istanze che possono ugualmente vantare un ancoraggio costituzionale⁶⁰.

Diventa così improrogabile il compito di rinvenirlo con riferimento alle diverse ipotesi estintive.

E si localizza, per ciò che attiene alla prescrizione *lato sensu* intesa (*ergo*, senza differenziazione tra quella relativa al reato e quella concernente la pena), nel combinato disposto del terzo e del primo comma dell'art. 27 Cost. la sua copertura costituzionale⁶¹. Laddove, sotto il primo profilo, l'applicazione di una pena quando è decorso «un notevole lasso di tempo» dall'epoca della commissione del reato risulterebbe distonica rispetto alla finalità rieducativa della pena in rapporto al suo autore, ché (si assume che) questi potrebbe avere completato *aliunde* il suo percorso rieducativo, sì da renderne superflua e dannosa l'irrogazione⁶². Mentre, sotto il secondo profilo, l'assoggettamento a pena di questo medesimo soggetto, proprio perché ha luogo decorso un ampio raggio di tempo dal fatto (il reato) che vi ha dato luogo, sortirebbe l'effetto di colpire una persona ormai *diversa* da quella che se ne era resa responsabile. Il che si porrebbe precisamente in contraddizione con l'art. 27, primo comma, Cost. il quale, «sancendo il principio di personalità della responsabilità penale, ri-

⁵⁸ Indispensabile rifarsi a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (1973), ora in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997, p. 565 ss.

⁵⁹ Il quale esclude che possano godere di tutela beni semplicemente non antitetici alla Costituzione ed esige, invece, che a fruirne possano essere soltanto quelli *positivamente* assunti «tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale»: in questo senso F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 568.

⁶⁰ In questi termini L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 358.

⁶¹ Cfr. L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 358.

⁶² In questo senso L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, cit., *ibidem*.

chiede piena corrispondenza tra autore del reato e destinatario della punizione»⁶³.

Ora, questa rilettura «costituzionalmente orientata» dell'istituto prescrizionale nel suo complesso appare certamente stimolante e suggestiva. Come abbiamo più sopra anticipato, piuttosto che sulla prescrizione del reato, la quale incide direttamente sul processo (arg. *ex art.* 531 c.p.p.) e solo *mediatamente* sulla pena, l'impostazione testé riferita pare ritagliata sulla prescrizione della pena. Lo provano i reiterati riferimenti all'inutilità, alla dannosità o all'illegittimità della sua perdurante applicazione. Altri, comunque, sembrano essere i fattori che ostano al suo accoglimento.

Quando si parla di una già intervenuta rieducazione dell'autore del reato per effetto del decorso del tempo e/o del suo essere diverso, in forza sempre del tempo che lo separa da quel momento, dalla persona che se ne rese responsabile, si espongono enunciati la cui natura resta dubbia. L'interrogativo che fanno sorgere si presta ad essere schematizzato in modo molto semplice: si tratta di dati di esperienza o, all'opposto, di acquisizioni inferite per il tramite di presunzioni? Solo questi ci paiono i termini del quesito, dal momento che (sembra che) *tertium non datur*.

Nel primo caso, si allude alla presenza di mutamenti nella persona del reato senza indicare, nondimeno, il necessario sostrato *empirico* che valga ad asseverarli⁶⁴.

Nel secondo, invece, si ricalcano i passaggi di quella presunzione di emenda del reo, legata al decorso del tempo, di cui il sentiero della teorica della prescrizione della *pena* è ampiamente lastricato, in ogni tempo e in ogni luogo; e che, peraltro, la letteratura italiana e quella straniera in argomento – come vedremo – hanno sempre respinto.

6. Conclusioni

Quanto esposto nei paragrafi che precedono si presta ad essere classificato come un condensato delle posizioni più significative della

⁶³ Così L. STORTONI, *op. ult. cit., ibidem*.

⁶⁴ Questo tipo di obiezione viene mossa all'assunto esaminato nel testo da P. PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., p. 80; nonché, con specifico riferimento proprio alla pretesa fondazione costituzionale della prescrizione della *pena*, da T. PADOVANI, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, cit., p. 197.

letteratura italiana sul tema della prescrizione della pena. Nondimeno, un suo completo esame critico e un tentativo di revisione dei risultati che se ne possono evincere potranno essere intrapresi soltanto dopo un raffronto in chiave comparativa con le esperienze nelle quali l'istituto in parola è stato oggetto delle discussioni più approfondite.

In questa prospettiva, sono certo le discussioni cui l'introduzione di questo istituto ha dato luogo in Francia il dato dal quale occorre prendere le mosse. Che il primigenio riconoscimento legislativo della prescrizione della pena abbia avuto luogo nel sistema francese è, infatti, assunto pacificamente acquisito⁶⁵.

Anche la letteratura di lingua tedesca, nondimeno, non ha mancato di offrire preziosi e importanti contributi su questo tema. Peraltro, gli studi più approfonditi sul versante specifico della prescrizione della pena sono cronologicamente riportabili al periodo anteriore alla codificazione unitaria del 1871. Intervenutane in questa sede la recezione, le discussioni calibrate sulla *ratio essendi* di questa specie di prescrizione si sono andate via via affievolendo e sono confluite nelle riflessioni dedicate alla prescrizione in generale.

Senza voler anticipare alcunché di quanto potrà emergere dall'ulteriore corso di questo lavoro, ci volgiamo ora direttamente al contesto francese.

⁶⁵ Nella letteratura tedesca lo riconosce espressamente G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, Göttingen, 1892, p. 7.

CAPITOLO II

L'esperienza francese

SOMMARIO: 1. La genesi «francese» della prescrizione della pena. – 2. L'ipotesi di un parallelismo: le concordanze fra le limitazioni reali imposte dalla necessità di sfuggire all'esecuzione della pena e quelle derivanti dalla pena legale del bando. – 3. Il lavoro di Narat sulla prescrizione della pena: un compendio delle soluzioni indirizzate a legittimarne la presenza e una serrata critica dell'istituto. – 4. (*segue*). La spiegazione della prescrizione della pena in nome della difficoltà di accertare, a distanza di molto tempo (dal fatto), l'identità del condannato. Critica. – 5. (*segue*). La prospettiva della prescrizione della condanna come spinta all'astensione dal commettere ulteriori reati per i suoi beneficiari. Critica. – 6. (*segue*). Le sofferenze indotte nel condannato durante il periodo in cui si sottrae all'esecuzione della condanna come pena naturale idonea a surrogare quella legale. Critica. – 7. (*segue*). La prescrizione della pena quale istituto deputato a «convalidare» le inefficienze dello Stato nel perseguire i colpevoli. Critica. – 8. Le modifiche *de lege ferenda* auspiccate da Narat: valutazione critica. – 9. Il dibattito successivo sulla prescrizione della pena e le prese di posizione del legislatore francese in sede di riforma. Cenni all'esperienza tedesca: rinvio.

1. *La genesi «francese» della prescrizione della pena*

Nasce in Francia, dopo una breve incubazione nel periodo immediatamente post-rivoluzionario¹, la prescrizione della pena. A consacrarne la genesi definitiva è il *Code d'instruction criminelle* del 1808.

I suoi articoli 635, 636 e 639 definiscono i termini per la prescrizione delle condanne in materia, rispettivamente, di *crimini*, *delitti* e *contravvenzioni*. Correlativamente diversa è la loro durata: (essa è) ventennale per i crimini; quinquennale per i delitti; biennale per le contravvenzioni, secondo la tripartizione seguita dal Codice penale fran-

¹ Informazioni al riguardo possono reperirsi in A. HIRZEL, *Kritische Betrachtung der neuern Doctrin und Gesetzgebung über Verjährung der Strafen*, Zürich, 1860, p. 11 s.

cese. Malgrado le disposizioni richiamate non contengano esplicite indicazioni al riguardo, vi è una sostanziale identità di vedute nell'individuazione del *dies a quo* di detti termini: pur con qualche autorevole eccezione², lo si ravvisa nel momento in cui la relativa sentenza di condanna è divenuta irrevocabile, *id est* è passata in giudicato³.

Le motivazioni addotte a favore dell'introduzione dell'istituto nei lavori preparatori al *Code d'instruction criminelle* rappresentano, almeno in parte⁴, un *déjà vu* rispetto a quelle rinvenute nell'esposizione del pensiero di Carrara in materia⁵. Si allude al fatto – secondo uno schema argomentativo destinato a diventare tratteggio sul punto – che chi si è sottratto per lungo tempo all'esecuzione della pena ha già espiato una sofferenza che vi è pari, in ragione dei tormenti interiori e del senso di precarietà e incertezza che la commissione del reato e la conseguente necessità di sfuggire alla pena inflittagli hanno generato a suo carico. Di qui la ragione per la quale l'ordinamento dovrebbe sopersedere, nei confronti di un siffatto condannato, all'applicazione di quella pena *legale* che la pena *naturale*, sotto forma delle ansie e dei turbamenti da lui sopportati, avrebbe già efficacemente rimpiazzato⁶. Basti, per il momento, aver dato conto degli argomenti esposti a sostegno delle disposizioni sulla prescrizione della pena contenute nel *Code d'instruction criminelle*: per una loro valutazione critica rinviamo alle considerazioni sviluppate in precedenza⁷ e a quelle che si faranno in séguito.

In linea con la stretta connessione fra le due problematiche già emersa trattando dell'opinione di Carrara, si rimarcano i collegamenti esistenti fra il tema della prescrizione della pena e quello delle sentenze contumaciali. Più nel dettaglio, si ravvisa nel momento della pro-

² Da parte di F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du code d'Instruction criminelle*, vol. IX, Paris, 1860, p. 593, il quale, nella materia dei crimini, sostiene che questo vada individuato nel giorno stesso della prima pronuncia della sentenza di condanna.

³ In tal senso si esprime, fra i tanti, C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, Paris, 1904, p. 13.

⁴ Per indicazioni di segno diverso, sempre reperibili nei lavori preparatori al *Code d'instruction criminelle*, rinviamo a quanto esposto *infra*, par. 4, cap. II.

⁵ Ci rifacciamo, al riguardo, alla sua delineazione contenuta nel par. 2, cap. I.

⁶ Per precisi ragguagli sulle motivazioni addotte, in questo senso, nel corso dei lavori preparatori cfr. F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 590.

⁷ D'obbligo, ancora, il riferimento alle considerazioni sviluppate nel par. 2, cap. I.

nuncia della sentenza di condanna nei confronti del contumace il (momento di) passaggio fra la prescrizione dell'azione penale e quella della pena⁸. Spunta, peraltro, qualche incongruenza nella determinazione del *dies a quo* relativo alla decorrenza del termine prescrizionale per le sentenze di condanna pronunciate in contumacia a fronte di quelle intervenute nel contraddittorio delle parti. Mentre per queste ultime lo si identifica nel momento in cui la sentenza è passata in giudicato, in rapporto alle condanne contumaciali ci si appaga della *prima* sentenza di condanna, senza richiederne il carattere definitivo. E la letteratura francese di epoche successive si è sforzata di fornire una giustificazione razionale a questa diversità di regime. Ci si è così rifatti all'idea che una *qualsivoglia* sentenza pronunciata in contumacia, anche se di primo grado, sia comunque da considerare definitiva, perché ciò che potrebbe impedirle di acquisire questa forza sarebbe unicamente *l'eventualità* che il contumace si presenti al giudice competente prima dello spirare del termine ventennale (sott.: in materia *criminale*) di prescrizione della condanna. Pertanto, il diritto di punire scaturente da una sentenza contumaciale sarebbe inquadrabile entro lo schema di un diritto già pienamente esistente ed esclusivamente sottoposto alla condizione risolutiva della comparizione del contumace. Di qui il corollario che, trattandosi di un diritto già perfetto e solo risolutivamente condizionato, questo possa prescriversi nel termine ventennale appena indicato⁹. Naturale, per contro, che la comparizione del contumace ripristini le regole del processo nel contraddittorio delle parti e, con queste, il *dies a quo* ordinario.

Esposta la chiave di lettura che nell'esperienza francese la letteratura offriva con riferimento alla decorrenza del termine della prescrizione della pena, per ciò che attiene alle sentenze (di condanna) in contumacia, dal momento della *prima* sentenza, è bene precisare che questa spiegazione ermeneutica ha una validità rigorosamente limitata al contesto di diritto positivo nel quale è stata formulata. Diversamente da quanto si è visto essere accaduto da noi¹⁰, in Francia si è protratta per un arco di tempo più lungo la stagione dell'assenza di qualsivoglia garanzia per l'imputato contumace; quella, precisamente, nel-

⁸ Cfr., al riguardo, F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 594; P. BOUZAT, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, 1951, p. 533.

⁹ Questa motivazione è esposta dallo stesso P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 536, nt. 4.

¹⁰ Cfr., sul punto, le indicazioni già fornite sempre al par. 2, cap. I.

la quale al contumace era negata finanche l'assistenza tecnica del difensore¹¹. Ciò spiega perfettamente come mai la prima sentenza di condanna a carico del contumace potesse essere equiparata a quella definitiva. In mancanza del difensore, infatti, non si vede chi altro avrebbe potuto attivare quei mezzi di gravame contro la sua condanna, l'esaurimento dei quali ne avrebbe comportato il passaggio in giudicato, sì da dar luogo a quello stadio dal quale decorre ordinariamente la prescrizione della pena.

Ferma restando questa peculiarità della situazione francese, dal quadro appena abbozzato risulta corroborata la stretta connessione – già risultante dagli spunti presenti nel pensiero di Francesco Carrara al riguardo – fra il tema della prescrizione della pena e il problema delle garanzie per il contumace. Ciò nel senso che la prima si presta ad una peculiare valorizzazione in quanto rappresenta l'unico rimedio per ovviare alla totale assenza o, quanto meno, all'insufficienza dei mezzi a disposizione sul secondo versante. Tanto più rafforzata esce questa sensazione, quanto meno consistenti sono – come si è avuto modo di vedere – gli argomenti impiegati per assegnare una fondazione *autonoma* all'istituto della prescrizione della pena. L'impressione che si trae da questo primo, epidermico contatto con gli orientamenti della letteratura francese in argomento è che il terreno della prescrizione della pena venga utilizzato, in relazione alla tematica della contumacia, come luogo privilegiato per dar vita ad una vera e propria eterogenesi dei fini. Come sede ideale, cioè, nella quale indirizzare un istituto dalle basi intrinsecamente incerte e malsicure, come la prescrizione della pena, a tamponare falle *aliunde* emergenti dal sistema delle garanzie processuali: quelle, appunto, ruotanti intorno alla posizione del contumace.

2. *L'ipotesi di un parallelismo: le concordanze fra le limitazioni reali imposte dalla necessità di sfuggire all'esecuzione della pena e quelle derivanti dalla pena legale del bando*

Resta ora da sondare se, accanto alle motivazioni di ordine *negativo* legate alla necessità di evitare o, quanto meno, di limitare gli effetti

¹¹ Emblematica la descrizione della posizione processuale del contumace offerta da R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome II, *Procédure pénale*, III ed., Paris, 1979, p. 830.

del *deficit* in termini di garanzie ricadenti sul condannato in contumacia, la prescrizione della pena potesse rinvenire, sempre nell'alveo del sistema francese, elementi *positivi* di legittimazione derivanti da una sincronia con altri istituti ivi presenti.

Sebbene si versi in un campo di indagine completamente ignorato dalle trattazioni in materia, ci sembra che al quesito per tale via delineantesi si possa dare una risposta affermativa.

A questo proposito, conviene giocoforza prendere le mosse dal fenomeno nel quale, a giudizio degli stessi scrittori francesi, si concreta l'elusione, da parte del condannato (contumace o meno), del *dictum* contenuto nella sentenza che lo riguarda. Secondo l'*id quod plerumque accidit*, ciò assumerà la forma della fuga in un paese straniero. In sostanza, per potersi giovare dell'efficacia della prescrizione della pena, il condannato sarà costretto di fatto, in una simile frequentissima evenienza, a soggiornare nel/i paese/i straniero/i per tutto il tempo occorrente allo spirare del relativo termine prescrizionale. Sebbene sia di ben altra incidenza rispetto alla privazione della libertà personale implicata dall'applicazione della pena detentiva, non c'è dubbio che anche quest'obbligo – di mero fatto, lo si ripete – di tenersi lontano dal proprio paese di appartenenza, al fine di sottrarsi agli effetti della condanna, determini una limitazione della libertà personale per chi è «costretto» a ricorrervi. Tanto premesso, si può instaurare in qualche modo un parallelo fra la situazione del soggetto che in tal modo si sottrae all'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti e qualcuna delle sanzioni rientranti nel catalogo delle pene *principali* irrogabili originariamente in materia criminale nell'ordinamento francese?

A questa domanda (ci) pare si possa rispondere in modo positivo. Nel novero delle pene (sott.: principali) criminali contemplate dal sistema francese, infatti, rientrava – pur se limitatamente ai crimini *politici* – il *bando* (*bannissement*)¹². Quest'ultimo non si sostanziava in alcunché di diverso dall'allontanamento del reo dal territorio nazionale, accompagnato dall'obbligo a suo carico di dimorare nello Stato estero designato ad accoglierlo¹³. Ovvio che l'afflittività di questa sanzione – da tempo abrogata¹⁴ – risiedesse essenzialmente nel divieto di fare

¹² Per informazioni dettagliate in ordine a questa sanzione cfr. P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 334 s.

¹³ In tal senso P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 335.

¹⁴ Caduto in desuetudine da lungo tempo, il bando veniva giudicato incompatibile con l'art. 3, primo comma, del Protocollo n. 4 alla Convenzione Europea per la

rientro, per il tempo stabilito, nel territorio francese, si da configurarsi come una forma di *esilio*¹⁵. Ciò posto, sembrerebbe essere evidente l'omogeneità contenutistica fra questa pena *legale* e quella *naturale* alla quale soggiace il condannato che si rifugia all'estero per sottrarsi, durante il tempo necessario alla sua prescrizione, alla (sentenza di) condanna pronunciata nei suoi confronti. L'impossibilità di far ritorno nel territorio nazionale e, con ciò stesso, di riprendere contatto con le cose e le persone alle quali è materialmente e affettivamente legato denota la specifica afflittività della situazione *di fatto* in cui versa e ne segnala gli evidenti punti di contatto con il destino *legalmente* riservato al soggetto colpito dalla pena del bando. Certo, rimangono differenze di fondo che impediscono una *reductio ad unum* delle due vicende: altra è la scaturigine del bando, postulante un'apposita iniziativa *ad hoc* del Governo¹⁶; altra quella della prescrizione della pena guadagnata mercé il rifugio in uno stato estero, procedente da un'autonoma iniziativa del condannato. Ma, al di là di queste distinzioni afferenti al loro rispettivo momento genetico, rimangono i dati contenutistici di fondo a deporre nel senso di una plausibile contiguità fra le due situazioni.

Proprio questa loro prossimità sembra poter essere letta come il veicolo che, in un ambiente culturale aduso alla recezione del bando, ha favorito il diffondersi di un istituto che, come la prescrizione della pena, ne ripeteva, nel suo più frequente modo di atteggiarsi concretamente, i tratti caratterizzanti sotto il profilo contenutistico. E, soprattutto, ne ricalcava – come si è avuto modo di constatare – le principali note di afflittività.

Resta ancora da sottolineare un dato del *bannissement* suscettibile di assumere una precisa rilevanza nel contesto delle discussioni che nel prosieguo di questo lavoro investiranno la prescrizione della pena. Della sanzione criminale del bando si denuncia l'inidoneità a colpire in modo eguale quanti vi sono sottoposti. In effetti, in ragione delle diverse disponibilità finanziarie delle quali i suoi destinatari si trovano a contare *ab origine* oppure per essersele procurate durante il (periodo

Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, alla stregua del quale «nessuno può essere espulso, mediante provvedimento individuale o collettivo, dal territorio dello Stato di cui è cittadino». Di qui la sua definitiva abrogazione ad opera del *Code pénal* del 1992: per indicazioni sul punto cfr. R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, VII ed., Paris, 1997, p. 948.

¹⁵ Sottolinea l'identità fra bando ed esilio P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 334.

¹⁶ P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 335.

del) loro allontanamento dal territorio dello Stato, finirà con il discendere un'efficacia affittiva ben diversa di questa specie di pena¹⁷.

3. *Il lavoro di Narat sulla prescrizione della pena: un compendio delle soluzioni indirizzate a legittimarne la presenza e una serrata critica dell'istituto*

Risale agli inizi del secolo scorso la più significativa trattazione monografica in lingua francese sul tema della prescrizione della pena¹⁸. Improntato ad una visione fortemente critica nei confronti dell'istituto, il contributo di Charles Narat si rivela di grande utilità ai fini di una complessiva ricognizione degli orientamenti in materia. Prima ancora che per le riserve nei confronti delle scelte del legislatore e per le soluzioni proposte per addivenire ad un loro superamento *de lege ferenda*, questo lavoro risulta prezioso proprio per il fatto di fornire una compiuta rappresentazione degli argomenti all'epoca adottati pro e contro questa specie di prescrizione. In particolare, la rassegna delle opinioni – all'epoca largamente maggioritarie – favorevoli all'istituto in parola offre uno spaccato perfettamente idoneo a rispecchiare ordini di idee che si sono successivamente diffusi e sedimentati nelle stesse considerazioni riservategli in sede manualistica.

Orientato in chiave critica riguardo alla prescrizione della pena in ragione della sua asserita inconciliabilità con l'aumento della criminalità riscontrato all'epoca alla quale risalgono le sue riflessioni, lo sguardo di Narat alle statistiche giudiziarie vale ad avvalorare una correlazione già ampiamente sviluppata e tematizzata nelle opinioni di cui finora si è dato conto: quella esistente fra le sentenze di condanna ricadenti nella sfera di efficacia della prescrizione della pena e quelle contumaciali. Si ha modo, quindi, di constatare come segnatamente queste ultime sentenze siano quelle sulle quali, in misura largamente prevalente, si irradia l'effetto estintivo collegato alla prescrizione delle condanne¹⁹.

Per ciò che attiene alla disamina teorica dell'istituto, si procede da una prima, essenziale diversificazione della prescrizione della pena dai meccanismi prescrizionali operanti nell'ambito del diritto civile. Si ha

¹⁷ Cfr., al riguardo, le osservazioni di P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 334.

¹⁸ C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit.

¹⁹ Cfr., al riguardo, i significativi dati riportati da C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 19 s.

cura di precisare la differenza degli interessi sottostanti a quella e a questi. Mentre la prescrizione della pena viene fatta dipendere, da chi ne condivide la presenza, da un interesse pubblico, la prescrizione in materia civile si vuole posta a protezione dell'interesse del singolo cui può giovare²⁰. Ciò ha puntuali ricadute sul piano della *disponibilità* degli effetti che all'una e all'altra si correlano. Essendo prevista a tutela della parte che ne può profittare, l'operatività della prescrizione civilistica resta subordinata alla sua volontà di avvalersene; sicché risulta del tutto conseguente che questa possa rinunciarvi quando, malgrado il decorso del tempo valga di per sé ad estinguere una pretesa altrui, essa ritenga maggiormente confacente ai propri interessi acquisire la piena prova dell'infondatezza di tale pretesa²¹. Per converso, poggiando su un interesse *pubblico di carattere sostanziale* (quale che ne sia la ricostruzione), la prescrizione della pena assume una valenza di indisponibilità, alla quale si vuol far corrispondere una correlativa *irrinunciabilità*²².

Notiamo, *per incidens*, come la contrapposizione fra prescrizione della pena e prescrizione civile tracciata da Narat lasci nell'ombra, peraltro, proprio la specie di prescrizione rispetto alla quale il dubbio rinunciabilità *versus* irrinunciabilità ha suscitato, da noi, le maggiori discussioni: quella della prescrizione dell'azione penale, *ergo* – nel nostro lessico – quella del *reato*. Se si accede alle ricostruzioni della letteratura francese inclini a ravvisarne una tendenziale identità di *ratio* rispetto alla prescrizione della pena²³, se ne dovrebbe trarre il logico corollario della sua irrinunciabilità.

²⁰ Evidenzia questa essenziale differenza C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 23 s.

²¹ Cfr. C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 25.

²² Cfr. ancora C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 23.

²³ Non a caso abbiamo qualificato come esclusivamente « tendenziale » l'accostamento fra prescrizione del reato, *rectius de l'action publique*, e prescrizione della pena riscontrabile in taluni orientamenti della letteratura francese: malgrado uno sforzo di ravvicinare le due *species* di prescrizione quanto a fondamento, permane comunque la consapevolezza della loro irriducibile alterità. Così, anche chi fa leva su taluni aspetti comuni alla giustificazione di entrambe, quali il loro radicarsi sulle (presunte) sofferenze vissute dall'autore del reato nel tempo in cui si è sottratto alla giustizia e sulla necessità che, decorso un certo lasso di tempo dalla commissione del reato, su di esso scenda l'oblio dell'ordinamento, non può fare a meno di elevare a motivazione esclusiva della sola prescrizione del *reato* (e non della pena) l'esigenza di preservare il materiale probatorio dal deperimento che il decorso del tempo può cagionare alla sua conservazione: in tal senso P. BOUZAT, *Traité théorique*, cit., p. 639.

È noto, invece, come nella nostra esperienza l'aspirazione alla rivendicazione di un carattere unitario e sostanziale per ogni specie di prescrizione, che ne avrebbe comportato un regime di incondizionata indisponibilità, abbia cozzato contro la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 158 c.p., contenuta nella sentenza n. 275 del 1990 della Corte Costituzionale, nella parte in cui non prevedeva che l'imputato potesse rinunciare alla prescrizione del reato. Ciò in quanto si è ritenuto prevalente l'interesse di quest'ultimo a dimostrare la propria innocenza, quale estrinsecazione del suo diritto di difesa. Che la prescrizione del reato sia rinunciabile dall'imputato, del resto, risulta oggi *per tabulas* dallo stesso art. 157, settimo comma, c.p., nella riformulazione operatane dall'art. 6, primo comma, della legge n. 251 del 2005. Questo potrebbe non mancare di avere importanti riflessi sulla natura da riconoscere a questa specie di prescrizione: ché se il diritto di difesa, qui inteso come diritto alla piena prova della propria innocenza, può rivendicare la forza di porre un limite di derivazione costituzionale alla prescrizione del reato, potrebbe trarsene argomento per sostenere che l'intera fondazione costituzionale della prescrizione del reato possa albergare nel diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost. Questo sarebbe tutelato in via generale dalle norme sulla prescrizione del reato, nella misura in cui queste tendono ordinariamente ad impedire che un individuo sia sottoposto ad un procedimento penale quando, per il lasso di tempo intercorso dalla commissione del reato contestatogli, gli è tendenzialmente preclusa la possibilità di reperire i mezzi di prova atti a provare la sua innocenza. Nondimeno, questa garanzia generale del suo diritto alla difesa dovrebbe necessariamente venir meno laddove, sempre in nome dello stesso, l'imputato intenda sottrarsi al persistente alone di dubbio (in ordine alla sua effettiva responsabilità) collegato alla sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (art. 531 c.p.p.) e ottenere il proscioglimento secondo le formule enunciate dall'art. 530 c.p.p. Esito interpretativo, questo, che inclina ad una ricostruzione in chiave *processuale* della prescrizione in parola.

4. (segue). *La spiegazione della prescrizione della pena in nome della difficoltà di accertare, a distanza di molto tempo (dal fatto), l'identità del condannato. Critica*

Fra le diverse fondazioni teoriche della prescrizione della pena di cui Narat dà conto, non mancano quelle nelle quali l'elemento proces-

suale si combina promiscuamente con quello sostanziale. Supposto che l'intento sia quello di rafforzare il secondo con un argomento *ad adiuvandum*, il risultato finale si risolve, di fatto, in una loro ibridazione di ben scarsa persuasività. In tal modo si presta ad essere classificata l'impostazione di Rodière²⁴. Questi, dopo aver giustificato la prescrizione della pena con l'esigenza che essa segua nel minor tempo possibile la commissione del reato, per raggiungere quell'(effetto di) emenda che soltanto la sua esecuzione allorché il reo versi tuttora nell'impressione suscitagli dal reato commesso può assicurare²⁵, ne rinviene un'ulteriore ragion d'essere. Questa sarebbe insita nel fatto che il decorso del tempo, per il tramite di quell'efficacia corrosiva di cose e persone che gli è propria, potrebbe essere d'ostacolo finanche al riconoscimento dell'*identità fisica* del condannato²⁶. Ciò in quanto, per quel che attiene all'ordinario termine ventennale di prescrizione delle condanne nella materia dei *crimini*, i cambiamenti somatici prodotti dal tempo sulla persona del reo ne renderebbero malcerta e insicura l'identificazione quando siano, appunto, trascorsi vent'anni dal momento della sua condanna. Che un'opinione di questo genere non risulti accoglibile emerge già dalle note palesemente anacronistiche che la contrassegnano. Oggi come oggi esistono strumenti ben più sofisticati ed efficienti del tempo atti a modificare la fisionomia di una persona, sì da determinare incertezze sulla sua identità; e, d'altra parte, sono disponibili mezzi di pari efficacia per smascherarne e vanificarne le immutazioni artificiali.

In questa sede, peraltro, il giudizio relativo a questa argomentazione (esposta) a sostegno della prescrizione della pena va necessariamente storicizzato; *id est*, calato entro le cornici storico-temporali al cui interno fu sviluppata. Ora, pare evidente come le preoccupazioni che la ispiravano non avessero nulla a che vedere con la funzione della pena e, correlativamente, con fattori che la facessero venir meno per effetto del decorso del tempo. L'incidenza di quest'ultimo – come puntualmente lo stesso Narat segnala²⁷ – si spiegava piuttosto sul terreno dell'esatta individuazione del soggetto da sottoporre a pena; *melius*,

²⁴ Se ne veda l'esposizione in C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 167 ss.

²⁵ Ci rifacciamo sempre alla ricostruzione di questa teoria offerta da C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 168.

²⁶ Cfr., al proposito, quanto riferito da C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 168 s.

²⁷ Cfr., infatti, quanto osservato da C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 169.

sulla *prova* dell'effettiva corrispondenza fra il soggetto rientrante nella disponibilità dell'autorità giudiziaria e quello a carico del quale era stata pronunciata – a suo tempo – la sentenza di condanna definitiva. Ciò nella misura in cui il tempo avrebbe potuto oscurarla o renderla comunque dubbia. Ne segue che le esigenze addotte alla base della prescrizione della pena erano, in quest'ottica, di natura strettamente *processuale*; e affini, in quanto tali, non alla prescrizione della pena, ma a quella *dell'azione penale*. Che, del resto, le questioni inerenti all'identità della persona arrestata affinché si proceda all'esecuzione della pena a suo carico attengano al versante processuale e non a quello sostanziale è confermato dalla stessa stabile collocazione della disciplina *ad hoc* nel Codice di procedura penale (cfr. l'attuale art. 667 c.p.p. e l'art. 583 c.p.p. 1930).

5. (segue). *La prospettiva della prescrizione della condanna come spinta all'astensione dal commettere ulteriori reati per i suoi beneficiari. Critica*

Dà conto altresì di ulteriori considerazioni, elevate a pilastri argomentativi sui quali poggia la prescrizione della pena, lo studio di Narat. Merita, in particolare, di esserne segnalato una, la cui peculiarità risiede nel suo deciso allontanarsi dagli schemi specialpreventivi entro i quali l'istituto in parola viene ordinariamente collocato e, al contempo, nella sua costante riproposizione da parte della letteratura francese di epoche successive.

Fa perno su valutazioni di taglio strettamente pragmatico questa individuazione della ragion d'essere della prescrizione delle condanne penali, affacciata nel corso dei lavori preparatori al *Code d'instruction criminelle* del 1808²⁸. Si afferma, infatti, che la giustizia non può perseguire sempre ideali assoluti di fatto irrealizzabili, ma deve scendere a patti con la realtà delle cose. Proprio di questa fa parte il dato che esistono autori di reato, l'abilità e la scaltrezza dei quali consente loro di sfuggire all'esecuzione della sentenza di condanna malgrado gli sforzi che, in senso contrario, gli organi statuali intraprendono. *Rebus sic stantibus*, l'interesse sociale dovrà concentrarsi non già sull'inane ten-

²⁸ Si tratta della tesi sostenuta, in quella sede, dal Consigliere di Stato Réal, gli argomenti portanti della quale sono riferiti da C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 169 ss.

tativo di chiamarli comunque a rispondere dei reati commessi; quanto, piuttosto, sull'esigenza di evitare che tali soggetti abbiano a commetterne *ulteriori*²⁹. A tale scopo tende precisamente l'idea di garantire, mercé la prescrizione della pena, l'impunità al reo per il reato originariamente commesso se, durante tutto il tempo necessario al maturare del termine prescrizionale collegato alla relativa condanna, questi si asterrà dal commettere *nuovi* reati. Pare (che) si voglia, in questo modo, creare, nei confronti di colui che è stato condannato per un precedente reato, una contropinta *secondaria* rispetto alla realizzazione di un nuovo reato: questa non si radicherà più (soltanto) sulla pena minacciata per detto ultimo reato; ma, *in più*, sulla prospettiva dell'impunità per il reato precedentemente posto in essere, per il quale sia suscettibile di intervenire la prescrizione della pena. Ciò laddove è evidente che, qualora il condannato dovesse rendersi responsabile di un ulteriore reato, verrebbe meno l'esito della non punibilità per quest'ultimo, posto che avrebbe comunque inizio il decorso di un nuovo termine prescrizionale (anche in relazione alla condanna a suo carico pronunciata con riferimento al medesimo). Nella stessa direzione del riconoscimento alla prescrizione della pena di una funzione di *prevenzione generale* c.d. «di secondo grado» si aggiunge poi che, nel caso in cui questa non fosse presente nel sistema, il condannato per un reato anteriore non potrebbe in alcun modo essere motivato a non realizzarne un altro di *minor* gravità. In base al principio del *non cumulo* delle pene accolto dall'ordinamento francese³⁰, infatti, sarebbe applicabile soltanto la pena prevista per il reato più grave³¹. Ne seguirebbe il venir meno, per il condannato per un reato precedente più grave, l'assenza di qualsivoglia inibizione a commetterne uno meno grave, posto che dalle sue conseguenze si saprebbe comunque indenne. Di qui un ulteriore impulso ad utilizzare la prescrizione della condanna intervenuta per il primo reato come stimolo per trattenerlo dal secondo³².

Questo modello di spiegazione della prescrizione della pena si fa certamente preferire, per le venature di disincantato utilitarismo che lo connotano, a quelli ispirati agli infingimenti della presunzione di espiazione

²⁹ Si vedano i necessari riferimenti in C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 170.

³⁰ Cfr. C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 170 s.

³¹ Sulla vigenza del principio del *non cumulo* delle pene anche con riferimento al *Code pénal* del 1992, cfr. R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel*, cit., pp. 993 s.; 995 ss.

³² Sul punto, rimandiamo sempre a C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 171.

o di emenda. Nondimeno, non sembra possibile sottacerne una certa fragilità intrinseca, collegata alle premesse sulle quali asserisce di reggersi; nonché taluni vizi di fondo, che la sua accettazione comporterebbe.

Sotto il primo profilo, si è visto come il punto di partenza di questa chiave di lettura della prescrizione della pena risieda nella riconosciuta esistenza di una specifica categoria di condannati, che si caratterizzano per le proprie capacità di destrezza e abilità nel sottrarsi alla cattura e, con ciò, all'esecuzione delle pene irrogate nei loro confronti. Vero ciò, appare quanto meno discutibile che a distoglierli dalla commissione di ulteriori reati possa davvero essere la prospettiva di impunità per il reato pregresso loro schiusa dall'istituto *de quo*. La stessa sicurezza loro conferita dall'elusione delle pene loro già inflitte, anche se non ancora prescritte, potrebbe piuttosto spingerli a dare esecuzione ad ulteriori imprese criminose, nella consapevolezza che quello stesso patrimonio di astuzie da loro accumulato varrà a metterli al riparo altresì dalle conseguenze di queste ultime.

Anche prescindendo da questi aspetti di possibile incoerenza rispetto ai presupposti dai quali muove, la teoria esposta pare decisamente da respingere in considerazione dell'irragionevolezza dei risultati ultimi ai quali perviene.

Vediamo perché.

In sostanza, la prescrizione della pena viene valorizzata *sub specie* di contropinta alla commissione di ulteriori reati da parte di chi è già stato condannato per un reato e si è sottratto all'esecuzione della pena inflittagli. Diamo pure per scontata l'efficacia della prospettiva dell'impunità, in relazione al reato per il quale è intervenuta la condanna, a fungere da freno rispetto alla realizzazione di ulteriori reati. Proprio con riferimento alla prevenzione di tali ulteriori reati si delinea, peraltro, una divaricazione pressoché inspiegabile fra i mezzi che l'ordinamento prevede a carico della generalità dei consociati, da una parte; e quelli che lo stesso appresta a favore di coloro che sono già stati condannati per un reato precedente e si sono sottratti alla sua esecuzione, dall'altra. Per i primi, l'unico strumento di prevenzione generale disponibile è la pena minacciata dalla norma incriminatrice che prevede il singolo reato. Per i secondi, invece, a questo si deve aggiungere la motivazione ulteriore dell'impunità per il reato precedentemente commesso, la condanna per il quale sia divenuta ineseguibile per il decorso del tempo *e*, soprattutto, per il fatto del suo autore. Perché questa diversificazione di trattamento *e*, soprattutto, quali sono le ragioni che possono valere a giustificarla?

Si noti, inoltre, che, secondo le statistiche riportate dallo stesso Na-

rat³³, la prescrizione della pena si salda, nella maggior parte dei casi, a sentenze di condanna contumaciali. Ora, pacifico che la contumacia non debba dar luogo a diminuzione alcuna delle garanzie processuali nei confronti di chi vi versa, non si capisce nemmeno, però, per quale ragione essa debba tradursi, alla stregua della teorica testé riportata, in un *premio*, sul piano del diritto *sostanziale*, a suo vantaggio.

Né si obietti che a favore di tutti i consociati dovrebbe necessariamente estendersi l'efficacia di mezzo di prevenzione generale *di secondo grado* assegnato alla prescrizione della pena. Se così fosse e se, pertanto, l'ordinamento dovesse attendere la prospettiva dell'impunità in rapporto ad una precedente sentenza di condanna inseguita per distogliere tutti i cittadini dalla commissione di (ulteriori) reati, ciò significherebbe che esso abdica all'(attribuzione di un')efficacia vincolante delle norme penali che esso stesso pone; e, con ciò stesso, alla salvaguardia degli interessi a tutela dei quali esse sono, appunto, poste.

6. (segue). *Le sofferenze indotte nel condannato durante il periodo in cui si sottrae all'esecuzione della condanna come pena naturale idonea a surrogare quella legale. Critica*

Liquida con argomenti complessivamente persuasivi Narat quella presunzione d'espiazione della *stessa* sofferenza causata dall'esecuzione della pena, sulla quale anche la letteratura francese aveva radicato l'equiparazione della prescrizione delle condanne penali alla loro *effettiva* esecuzione. Noto lo snodarsi della relativa argomentazione: i rimorsi e le angosce che il reo patisce durante il (periodo del) suo sottrarsi all'esecuzione della pena non sarebbero minori di quelli che la sua esecuzione comporterebbe. Di qui l'esigenza di assimilare la pena *naturale*, alla quale questi si espone sottraendosi alla giustizia per il tempo necessario alla prescrizione della relativa condanna, a quella *legale* insita nel dar corso a quest'ultima³⁴.

Eccepisce Narat che tali pretese sofferenze del condannato che si dà alla fuga sarebbero un dato che l'esperienza non conferma. La cir-

³³ Che già abbiamo avuto modo di richiamare *antea*, *sub* nt. 18 di questo capitolo.

³⁴ Di questa specifica (forma di) legittimazione della prescrizione della pena, che le voci più autorevoli della letteratura penalistica francese avevano fatto propria, dà conto C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, p. 160 ss.

costanza di poter riparare all'estero sarebbe, in particolare, un fattore di per sé idoneo a tacitarne timori e angosce³⁵. Soggiunge, poi, Narat che anche le diverse condizioni economiche dei condannati sarebbero un elemento capace di condizionare tangibilmente l'«afflittività» del tempo durante il quale questi si sottraggono, soggiornando in uno Stato straniero, all'esecuzione della condanna pronunciata nei loro confronti; ch  questo risulterebbe ineluttabilmente pi  disagiata rispetto a chi   sprovvisto di risorse rispetto a chi, viceversa, pu  disporre con ampiezza³⁶.

Questi rilievi critici di Narat intorno alla misura delle effettive limitazioni alle quali   sottoposto il condannato rifugiato all'estero solo in parte sono condivisibili. Appare, oggi come oggi, storicamente dato quello concernente la portata rassicurante che il soggiorno all'estero pu  procurare al condannato che vi ricorre. La sempre crescente moltiplicazione dei mezzi di cooperazione internazionale fra gli Stati nel quadro della lotta al crimine fa assumere al soggiorno in un Paese straniero la valenza di un usbergo tutt'altro che inviolabile. Anche l'aspetto dell'incidenza della differente capacit  patrimoniale dei condannati non va, comunque, enfatizzato in relazione alla situazione di quanti si trovano all'estero; ci  sulla base del fatto che altro   essere titolare di determinate utilit  economiche, altro il poterne *concretamente* disporre.

Assai pi  persuasivo, al fine di confutare l'idea di fondo che i rimorsi del condannato in fuga potessero valere a compensare quelli che sarebbero discesi dall'applicazione della pena,  , piuttosto, il parallelo tracciato fra il condannato che si sottrae all'esecuzione della pena e quello che effettivamente la subisce. Si fa notare come anche questi possa ben essere preda di rimorsi; rimorsi che avranno ad oggetto proprio la commissione di quel fatto in rapporto al quale sta scontando la pena. Dato, quest'ultimo, che varr  ad acuire proprio in lui i rimorsi in relazione al reato commesso assai di pi  di quanto possa avvenire per chi alla sentenza di condanna si  , viceversa, sottratto.

Stando cos  le cose, risulta evidente che i rimorsi non sono una prerogativa esclusiva di chi si   sottratto all'esecuzione della condanna

³⁵ In argomento, si vedano le considerazioni svolte da C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 182 e ivi l'ulteriore precisazione che il suo senso di sicurezza attinger  i livelli pi  alti quando nessun trattato di estradizione   stato stipulato fra lo Stato nel quale ha commesso il reato e quello presso il quale ha trovato rifugio.

³⁶ Rimarca questa differenza C. NARAT, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

pronunciata nei suoi confronti; ma investono, *ex adverso*, pure il condannato. Se, nondimeno, si continua ad attribuire loro la valenza di autentici surrogati della pena *legale*, si dovrebbe pervenire all'assurdo di ammettere che, a carico del condannato in espiazione di pena, vengano a realizzarsi le condizioni di un (iniquo) *bis in idem* sostanziale. Ciò in quanto a suo carico, in relazione allo stesso fatto, sarebbero applicabili sia una pena legale, sia una pena naturale; mentre il condannato a pena ineseguita potrebbe, di contro, scontare solo quella (presunta) naturale ed esimersi da quella legale.

L'inaccettabilità di un siffatto corollario induce necessariamente al rigetto della sua premessa: quella, cioè, che i rimorsi patiti dal condannato che si sottrae alla condanna, durante il tempo necessario alla sua prescrizione, possano essere davvero equivalenti alla pena legale collegata alla sua effettiva esecuzione³⁷.

7. (segue). *La prescrizione della pena quale istituto deputato a «convalidare» le inefficienze dello Stato nel perseguire i colpevoli. Critica*

Critiche stringenti incontra, nel lavoro di Narat, un ulteriore modello di giustificazione, *rectius* di autogiustificazione, della prescrizione della pena calibrato non già sulla persona del reo, ma sull'esigenza dell'ordinamento di mantenere una propria credibilità innanzi, *in primis*, a sé stesso.

In quest'ottica, la prescrizione delle condanne penali viene avvertita come una sorta di «copertura» normativa, della quale l'ordinamento si serve per mascherare la propria soccombenza nella lotta nei confronti di coloro che si sono sottratti alla loro esecuzione. Programmando in anticipo l'avverarsi di questa evenienza e sanzionandola, ricorrendone gli estremi previsti, con l'estinzione del proprio potere punitivo, l'ordinamento stesso appresterebbe *ab origine* il mezzo per rimuovere il conflitto immanente al dato sostanziale che un *dictum* dei suoi organi giurisdizionali possa rimanere inevaso per l'abilità dei suoi destinatari a sottrarvisi.

³⁷ Per una decisa critica, di impronta positivista, alla tesi della presunzione d'espiazione quale fondamento della prescrizione della pena si veda, nella nostra letteratura, A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale. Studio giuridico*, Torino, 1893, p. 5 s.

Che questa via giuridica per sfuggire a detto conflitto, teorizzata anche nella letteratura tedesca³⁸, valga effettivamente ad esorcizzarlo resta, peraltro, quanto mai dubbio. L'impressione che si tratti di un mero *éscamotage* verbale³⁹, inidoneo, in quanto tale, a rimuovere la sostanza delle cose, *id est* la capitolazione dell'ordinamento di fronte a soggetti le cui forze lo soverchiano, resta immutata.

Nella stessa manualistica francese meno lontana nel tempo, d'altro canto, è dato riscontrare questo richiamo alla prescrizione della pena come a una sorta di rimedio preventivamente preconstituitosi dall'ordinamento onde tacitare la cattiva coscienza procurata dall'inefficienza dei propri organi chiamati a dar esecuzione alla pena⁴⁰. La circostanza che questa inefficacia possa essere in qualche modo edulcorata dalle vestigia di un istituto giuridico deputato, sul piano *formale*, a legittimarla, come appunto la prescrizione della pena, nulla toglie e nulla aggiunge all'elemento fattuale della sua constatazione.

8. (segue). *Le modifiche de lege ferenda auspiccate da Narat: valutazione critica*

È aliena da flessioni e compromessi la vena critica nei confronti della prescrizione della pena, che del lavoro di Narat rappresenta il filo conduttore. Totale e senza eccezioni risulta, in effetti, il ripudio dell'idea che al solo decorso del tempo competa la valenza di escludere dall'ambito della punibilità chi, durante un tale periodo di maggiore o minore durata, si è sottratto all'esecuzione della sentenza di condanna (definitiva) pronunciata a suo carico.

Viene *ex professo* respinta, a questo riguardo, la tendenza a calibra-

³⁸ Ad opera di R. HEINZE, come esattamente riferisce C. NARAT, *De la prescription de condamnations pénales*, cit., p. 165 s.

Poiché, peraltro, della trattazione della posizione di Heinze ci si occuperà più ampiamente nel dar conto degli orientamenti espressi in relazione alla prescrizione della pena nel contesto tedesco, ne rinviemo a quella sede un'esposizione e una valutazione critica più dettagliate. Si veda, infatti, sul punto il par. 6 del capitolo che segue.

³⁹ Ampie critiche all'orientamento che fa capo a Heinze possono comunque rinvenirsi in C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 195 s.

⁴⁰ In questo senso, infatti, G. STEFANI-G. LEVASSEUR-B. BOULOC, *Droit pénal général*, XIV ed., Paris, 1992, p. 532, ne giustificano la presenza (anche) con il rilievo che «è preferibile non richiamare l'attenzione sulle *défaillances* dei servizi che avrebbero dovuto vigilare sull'esecuzione della sanzione».

re l'imprescrittibilità delle diverse condanne sull'entità della misura di pena che esse, rispettivamente, importano⁴¹. Sotto questo profilo, l'atteggiamento di chiusura, che Narat manifesta con riferimento a questi temperamenti (della tesi) dell'imprescrittibilità della pena, è l'unico compiutamente coerente con l'assunto dell'irrilevanza, a questi fini, del solo decorso del tempo. In ultima analisi, il *Leitmotiv*, che aggalla dall'intera riflessione di Narat, è che qualsiasi mutamento delle statuizioni concernenti il reo ed emergenti dalla sentenza di condanna possa aver luogo soltanto se, entro una determinata cornice di tempo, si siano palesate circostanze *reali* – e non semplicemente presunte – che ne attestino un mutamento *in melius*. Il non casuale richiamo alla figura, tratta da *I miserabili* di Victor Hugo, di Jean Valjean⁴², dà la misura di quanto la palingenesi richiesta, perché vengano meno le ragioni di punire il condannato, debba assumere contorni tangibili ed effettivamente verificabili.

Queste linee-guida dell'impostazione di Narat contrasta(va)no in modo evidente con quanto disposto dalla legislazione francese e da altri codici penali dell'epoca in relazione alla prescrizione della pena; corpi normativi indirizzati, tutti, a fondarla sul mero dato del decorso di un certo lasso di tempo, variabile a seconda dell'entità della pena inflitta, dall'intervento della sentenza irrevocabile di condanna. Di qui l'esigenza, per uniformare l'assetto normativo esistente al diverso ordine di idee propugnato nel lavoro qui analizzato, dell'elaborazione di una possibile riforma orientata a questo scopo. Cómposito, questo, cui Narat non si sottrae, anche se – come subito vedremo – i risultati raggiunti appaiono tutt'altro che condivisibili.

Supposto come espunto dal sistema l'istituto della prescrizione della pena, Narat delinea il meccanismo chiamato ad operare in sua vece e a garantire proprio quella concreta verifica del cambiamento del condannato, che non può essere assicurato dal *solo* fatto che è trascorso un lasso di tempo più o meno lungo dalla pronuncia della sentenza di condanna a suo carico senza che questa abbia avuto esecuzione. Si ipotizza, a questi effetti, che, ogniqualvolta si debba procedere all'esecuzione di una sentenza di condanna nei confronti di un soggetto che vi si è sottratto lungo un determinato arco di tempo, questa sia preceduta da un giudizio di *riesame* – Narat parla testual-

⁴¹ Cfr. C. NARAT, *De la prescription des condamnations pénales*, cit., p. 211.

⁴² Il richiamo a Jean Valjean, quale idealtipo di condannato effettivamente redento, trovasi puntualmente in C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 213.

mente di *revision*, ma è chiaro come questa verifica nulla abbia a che fare con l'omonimo mezzo straordinario di gravame conosciuto nella nostra esperienza – diretto ad accertare gli eventuali cambiamenti intervenuti nel condannato rispetto al tempo della sua pronuncia⁴³. Competente ad effettuare tale riesame sarà lo stesso giudice cui si deve la pronuncia di quella condanna⁴⁴, reputandosi evidentemente questi fornito delle basi di conoscenza migliori per apprezzare eventuali mutamenti del condannato rispetto al suo *status quo ante*.

Dall'esito di questo riesame, deputato alla verifica di cambiamenti *in melius* o *in peius* del condannato denotati dalla sua condotta successiva alla condanna, dipenderà la sorte della pena che, a mezzo di quest'ultima, gli era stata originariamente inflitta. Sicché, sulla base delle sue risultanze, questa potrà essere diminuita o, addirittura, esclusa. Ma, al tempo stesso, sarà suscettibile di un *inasprimento*, ove le circostanze concrete lascino intravedere un mutamento *in peius*, in particolare *sub specie* della sua pericolosità, del condannato⁴⁵.

Segnatamente tale ultima eventualità, peraltro, fa emergere in modo lampante quello specifico *vulnus* al rapporto di indefettibile correlazione fra pena e colpevolezza per il fatto, che la prospettiva di riforma affacciata da Narat inevitabilmente comporta. Viene rimossa quella correlazione quando si collega un aumento di pena alla circostanza, penalmente irrilevante (ché non si postula una recidiva), data dalla condotta del reo *successiva* alla commissione del reato.

Il che non manca di sortire effetti esiziali anche rispetto ad un ulteriore principio-cardine relativo alla misura della pena, riconosciuto da tutti gli ordinamenti: quello della sua necessaria determinabilità. Le varianti che la sua entità può conoscere, in rapporto al comportamento tenuto dal reo posteriormente alla commissione del reato, finiscono con il renderla, di fatto, *indeterminata*. Breve: la sanzione ipotizzata da Narat quale esito del giudizio di riesame del condannato, da lui stesso prospettato, è decisamente meglio assimilabile alla *misura di sicurezza* stabilita, nel nostro ordinamento, sulla base del riesame di cui all'art. 208 c.p., che alla pena. Non senza aggiungere, *per incidens*, che precisamente il carattere potenzialmente indeterminato di tali misure è un

⁴³ Cfr., al riguardo, C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 214.

⁴⁴ Cfr. C. NARAT, *op. ult. cit.*, p. 214 s.

⁴⁵ Accenna a quest'ulteriore possibilità, in modo espresso, C. NARAT, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

dato che i più recenti progetti di riforma del nostro Codice penale si propongono di eliminare⁴⁶.

Che lo sforzo riformatore di Narat sfoci in una sanzione, quale quella risultante dal giudizio di riesame dianzi delineato, nominalisticamente definibile come pena ma contenutisticamente riprodotte piuttosto i caratteri della misura di sicurezza pare, nondimeno, un fatto storicamente del tutto comprensibile. All'epoca alla quale risalgono le sue riflessioni, l'elaborazione teorica in materia di misure di sicurezza era agli albori. E, d'altra parte, il legislatore francese per lungo tempo ne ha ritardato la recezione⁴⁷.

9. *Il dibattito successivo sulla prescrizione della pena e le prese di posizione del legislatore francese in sede di riforma. Cenni all'esperienza tedesca: rinvio*

Sviluppata a quasi un secolo di distanza dalla sua introduzione nel sistema francese, la serrata critica di Narat alla prescrizione delle condanne penali e la contestuale ricerca di validi succedanei utili a rimpiazzarla incarnano una sorta di compendio conclusivo delle obiezioni alle quali questo istituto si è esposto nell'esperienza francese. Dopo di esso, fatta salva qualche venatura polemica incidentale sulla sua presenza⁴⁸, la *prescription de la peine* non forma più oggetto di discussioni. E anche le argomentazioni addotte per giustificarne la presenza non si discostano sostanzialmente da quelle di identico segno riportate nell'ampio e documentato studio di Narat.

Permane, comunque, un'invariabile costante nel contesto francese:

⁴⁶ Infatti, l'art. 21, primo comma, lett. g), dello *Schema di disegno di legge recante delega al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale del nuovo Codice penale*, in materia di imputabilità, specifica che la durata massima delle misure di cura e di controllo disposte nei confronti di un soggetto *completamente* incapace di intendere e di volere «non possa comunque superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge». Cade, pertanto, quell'idea di indeterminatezza della loro durata, che aveva caratterizzato il regime di applicazione delle misure di sicurezza, delle quali le misure indicate nell'art. 21 dello *Schema* sono, evidentemente, i succedanei.

⁴⁷ Lamenta, in effetti, la mancanza di un'organica regolamentazione delle *measures de sûreté* all'interno del Codice penale (francese) P. BOUZAT, *Droit Pénal général*, V ed., in P. BOUZAT-J. PIGNATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I, Paris, 1963, p. 333.

⁴⁸ Ne danno conto R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel*, cit., p. 1043.

la netta recisione concettuale fra la prescrizione della pena e quella dell'azione penale (corrispondente alla nostra prescrizione del reato). Già ben radicato a livello teorico, questo distacco risulta scolpito in modo ancor più inequivoco dalla ratifica che ne operano le scelte fatte in sede di riforma del Codice penale. Immutata l'allocazione della seconda nel Codice di rito, la prescrizione della pena è stata travasata – a suggellarne la natura sostanziale – nel *Code pénal* del 1992⁴⁹.

Una vivace *querelle* intorno alla ragion d'essere della prescrizione della pena, snodantesi per ampia parte del XIX secolo, si riscontra, invece, nella letteratura tedesca. Qui, fino all'entrata in vigore del RStGB del 1871, mancava una presa di posizione del legislatore nazionale sul punto. Pertanto il modello francese costituì un paradigma al quale non tutti i legislatori degli Stati pre-unitari e non tutta la letteratura coeva giudicarono opportuno conformarsi. Di qui l'interesse per una rivisitazione degli orientamenti espressi al riguardo nell'esperienza germanica.

⁴⁹ Su questa scelta cfr. R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel*, cit., p. 1042.

CAPITOLO III

L'esperienza tedesca

SOMMARIO: *Sezione I.* – 1. Generalità. – 2. Lo stato della questione nell'epoca anteriore ai codici Preunitari nelle indicazioni di Hirzel. – 3. Prescrizione del reato e prescrizione della pena nei codici Preunitari nella ripartizione propostane da Hirzel. Critica. – 4. La legittimazione della prescrizione della pena nell'impostazione di Hirzel. Critica. Rinvio. – 5. La recezione della *Vollstreckungsverjährung* nel Codice del 1871. Le obiezioni di Binding. – 6. La difesa dell'istituto fra la concezione «processuale» di Rindfleisch e quella «pragmatica» di Heinze. Valutazione critica di queste teoriche. – 7. L'avvento della concezione sostanziale della prescrizione del reato e la spinta verso una ricostruzione unitaria di entrambe le specie di prescrizione. – 8. Breve *excursus* sulle ascendenze comuni a prescrizione della pena e grazia. – 9. Il fondamento sostanziale delle concezioni unitarie della prescrizione. La tesi di Lourié. Critica. – 10. Un adagio irresistibile: la prescrizione si fonda, in penale, sul venir meno della memoria sociale del reato. Critica. – 11. Il contributo al dibattito sulla prescrizione del periodo nazionalsocialista. – 12. Verso un concetto di memoria sociale meno vago e inconsistente di quello consegnatoci dalla tradizione penalistica. – 13. L'apporto delle scienze sociali nella delineazione di una diversa nozione di memoria sociale: la memoria culturale. – 14. I mezzi (di conservazione) della memoria culturale di cui dispone il diritto penale: la loro insensibilità all'azione del tempo. – *Sezione II.* – 15. Il ruolo della prescrizione della pena nel dibattito sulla natura della prescrizione. – 15 *bis*. La natura sostanziale della prescrizione della pena come argomento per rivendicare la stessa natura a quella del reato. Critica. – 16. Le indicazioni della giurisprudenza tedesca circa la natura della prescrizione (del reato). – 17. La recente rielaborazione del tema della prescrizione da parte di Hong: analisi e critica.

Sezione I

1. Generalità

Influssi assai significativi riguardo alla prescrizione erompono, investendone la tematica globale, dall'esperienza tedesca, laddove con quest'espressione si vuole designare l'intero complesso delle fonti – normative, giurisprudenziali e dottrinali – capaci di lasciare tracce tangibili sulla conformazione dell'istituto.

Muovendo dalla distinzione fra prescrizione dell'azione penale e prescrizione della pena e seguendone lo sviluppo cronologico, si può constatare come la discussione intorno alla seconda abbia occupato essenzialmente il XIX secolo, conoscendo il suo epilogo nel *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB) del 1871. Nel suo contesto, è possibile operare una periodizzazione atta a riflettere, altresì, le differenti prese di posizione dei codici preunitari sul punto.

Sulla scia, più o meno consapevolmente riconosciuta¹, dell'influsso francese, le legislazioni degli Stati preunitari segnalano, con riferimento alla prescrizione delle condanne penali (*Vollstreckungsverjährung*), un triplice modo di atteggiarsi: alcuni l'ammettono *de plano*; altri la rifiutano *in toto*; altri ancora le danno ingresso subordinandola, peraltro, alla condizione che il condannato abbia tenuto una buona condotta nel periodo necessario alla maturazione dei suoi termini.

L'approdo ultimo di questo approccio variegato all'istituto che interessa è, comunque, la sua recezione integrale e incondizionata nel quadro dello RStGB del 1871. Ciò non vale, certo, a fugare tutte le perplessità che questo aveva suscitato²; ma segna comunque un punto di non ritorno, destinato a non essere travolto neppure dagli orientamenti globalmente contrari alla prescrizione in sé e per sé emersi durante il periodo (del diritto penale) nazionalsocialista.

Anche questo stagione si presta, nondimeno, ad indagini non prive di interesse, perché, malgrado i condizionamenti ideologico-culturali dei quali inevitabilmente risente, contiene anche il germe di «provocazioni» con le quali il dibattito sulla prescrizione non si può esimere dal confrontarsi.

Proprio l'esperienza del nazionalsocialismo e, in particolare, dei crimini che la segnarono è all'origine di una precisa svolta teorica negli atteggiamenti della letteratura penalistica tedesca nei confronti della prescrizione. L'esigenza di colpire i loro autori, malgrado fosse ormai prossimo il maturare dei relativi termini prescrizionali pertinenti all'azione penale, la sospinge a concentrare tutta la propria attenzione intorno a questa specie di prescrizione (la *Verfolgungsverjährung*); e a

¹ Occorre pur sempre tener conto a questo riguardo, infatti, della possibilità di rintracciare taluni dei caratteri, che successivamente si riterranno propri della prescrizione penale in genere, nel preesistente istituto della grazia: rinviamo, sul punto, a quanto esposto *infra*, par. 8, cap. III.

² Si deve registrare, a questo proposito, la ferma opposizione all'introduzione di questo istituto autorevolmente manifestata, *de lege lata*, dallo stesso Karl Binding. Su ciò si veda, *infra*, par. 5, cap. III.

sviluppare la tesi del suo carattere *misto*, sì da potervi ravvisare una compenetrazione fra una componente processuale ed una sostanziale. Evidente il riflesso pratico di quest'opzione teorica: il riconoscimento di una valenza processuale alla prescrizione dell'azione penale e alle norme che la disciplinano la estromette dal divieto di retroattività costituzionalmente stabilito per le norme di diritto penale *sostanziale* (Art. 103, Abs. 2, *Grundgesetz*). E permette, pertanto, di procedere a quell'allungamento retroattivo dei rispettivi termini, che l'attribuzione ad essa di una natura *sostanziale* avrebbe viceversa impedito.

D'altra parte, quello del rapporto fra prescrizione e crimini contro l'umanità è un *topos* destinato a divenire costante ogniqualvolta il diritto penale si faccia carico di colpire coloro che, sotto la vigenza di un regime totalitario, si sono resi autori di delitti commessi proprio per dar corso alla politica di quel regime. Non deve quindi stupire né il dato che per superare l'*impasse* derivante dall'eventuale incombenza del maturare dei termini prescrizionali – si allude, lo si ripete, alla prescrizione dell'azione penale – si siano approntati interventi normativi *ad hoc*; né la circostanza che la prescrizione di detti delitti sia stata sovente eccepita dalle difese degli imputati ai quali essi erano contestati: la storia del diritto penale internazionale sta a provarlo³.

In questo clima di rinnovata attenzione per i problemi che la *Verfolgungsverjährung* può creare rispetto alla persecuzione penale della c.d. «criminalità di regime», inevitabilmente accentuata nell'esperienza tedesca dalla necessità di confrontarsi con crimini commessi nella ex DDR, è del tutto naturale che l'interesse tanto per la prescrizione della pena, quanto per l'*ubi consistam* della ragion d'essere della prescrizione in genere, sia andato scemando. In sostanza, si è tacitamente convenuto sul fatto che l'una e l'altro costituissero dati ormai definitivamente acquisiti.

Sorprende relativamente, pertanto, la circostanza che l'unica trattazione monografica recente, in lingua tedesca, reperibile in materia si deva ad un autore sud-coreano⁴. Vi si può rinvenire – come più avanti vedremo – un tentativo di rielaborare i fondamenti della prescrizione

³ Se ne possono rinvenire significative esemplificazioni nelle ricognizioni degli svolgimenti dei processi a carico di Eichmann e Barbie riportate da K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2. Auflage, Berlin, 2004, rispettivamente a pp. 189 e 226 per quel che riguarda Eichmann e a p. 196 s. per quanto attiene alla posizione di Barbie.

⁴ Si tratta di quella di YOUNG GI HONG, della quale daremo ampiamente conto *infra*, par. 17 di questo capitolo.

penale sulla scorta di sollecitazioni ispirate da influenze filosofiche dell'Asia orientale. Condivisibili o meno (si reputino) i risultati cui questo approccio giunge, va ascritto, comunque, a questo lavoro il merito di aver riaperto un dibattito, quale quello avente ad oggetto le motivazioni ultime dell'istituto prescrizione, da lungo tempo silente nella cultura penalistica tedesca.

2. Lo stato della questione nell'epoca anteriore ai codici Preunitari nelle indicazioni di Hirzel

Sono databili agli inizi della seconda metà del XIX secolo le discussioni sviluppatesi in seno alla letteratura tedesca intorno alla prescrizione della pena. Non è certamente casuale questa loro collocazione cronologica: essa si riallaccia a due passaggi fondamentali ai fini della configurazione che l'istituto va *in itinere* assumendo. Da un lato, il riferimento corre all'introduzione della *prescription de la peine* nel sistema francese, sulla quale ci siamo dianzi soffermati⁵. Dall'altro, non si può sottacere il dato che, nel contesto dei codici Preunitari tedeschi, quello della Sassonia del 1838 contempla *ex professo* la prescrizione della pena⁶.

La rassegna delle opinioni, favorevoli e non, all'introduzione di questa *species* di prescrizione ricalca, in buona parte, modelli di spiegazione assai prossimi a quelli esaminati analizzando l'opera di Narat⁷. A questi, pertanto, faremo solo un accenno fugace, al fine di evitare ripetizioni ridondanti; e ci concentreremo, piuttosto, su quelli marcati da segni di novità autentica.

In particolare, Hirzel rileva un primo indizio, sia pure in forma meramente embrionale, dell'efficacia estintiva del tempo sull'applicazione della pena nella regola, di derivazione consuetudinaria, del diritto penale medievale tedesco, alla cui stregua poteva sfuggire all'esecuzione della pena il reo che, dopo la commissione del reato, avesse trascorso un determinato arco di tempo in esilio *volontario*⁸. Ciò in quanto, evidentemente, a questa scelta di vita del reo si poteva associare

⁵ Cfr. *antea*, par. 1, cap. II.

⁶ Per precisi ragguagli sul punto cfr. A. HIRZEL, *Kritische Betrachtung*, cit., p. 18, nt. 2.

⁷ Non possiamo che rinviare, pertanto, a quanto esposto nei parr. 3-7, cap. II.

⁸ Cfr. A. HIRZEL, *Kritische Betrachtung*, cit., p. 8.

una (sua) afflittività intrinseca, tale da compensare la mancata esecuzione della pena inflitta mercé la sentenza di condanna. L'intendimento dell'esilio volontario *sub specie* di surrogato della pena sconta, certo, nell'esperienza tedesca, l'assenza di una pena *legale* sulla quale (potere) modellarsi, come invece è dato riscontrare in Francia in forza del sottolineato parallelismo fra l'esilio volontario e il *Banissement*⁹. Non-dimeno, vista la cornice temporale – *id est*, l'epoca medievale – nella quale si dà spazio all'esilio volontario come *poena naturalis* tenente luogo di quella legalmente stabilita, possono esserci meno dubbi sulla sua reale afflittività. Nel contesto storico medievale, in effetti, lo stato dei mezzi di comunicazione fra Paesi si prestava a confinare l'esiliato (reo) in quella condizione di effettivo *isolamento* da cose e affetti personali, che lo esponeva ad un *malum passionis* – per usare la terminologia propria del retribuzionismo, allora imperante – assai poco dissimile dall'esecuzione della pena legale inflittagli.

Malgrado alberghi nella cornice del retribuzionismo, non ci sembra possibile negare che la valorizzazione del tempo necessario alla prescrizione della pena, *sub specie* di esilio volontario, come un surrogato della pena legale, possa rinvenire una propria legittimazione anche nel contesto delle teorie specialpreventive della medesima. Non si allude certamente, con questo, alla fondazione della pena in chiave di prevenzione speciale *positiva*, *ergo* di rieducazione e/o di risocializzazione, ché l'esilio ne rappresenta l'antitesi per antonomasia. Meglio si armonizza, piuttosto, la concezione del tempo trascorso all'estero come succedaneo della pena ineseguita con una concezione della pena ispirata alla prevenzione speciale *negativa*, *id est* con l'indirizzo che le assegna lo scopo di (pervenire ad) una mera *neutralizzazione* del reo¹⁰. In questo senso, il dato che questi si trovi in esilio è una condizione ideale perché se ne possa considerare estirpata, per tutto il tempo in cui vi permanga, la (relativa) pericolosità sociale; e perché, quindi, la società possa sentirsi difesa, attraverso il suo allontanamento, dai potenziali pericoli di cui è portatore.

⁹ Cfr. quanto esposto, a proposito di questa sanzione, par. 2, cap. II.

¹⁰ Questa possibile valenza che è suscettibile di assumere la prevenzione speciale è precisamente sottolineata, nella nostra letteratura, da M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale. I. Artt. 1-84*, III ed., Milano, 2004, *Pre-Artt. 1/35*, p. 15.

3. *Prescrizione del reato e prescrizione della pena nei codici Preunitari nella ripartizione propostane da Hirzel. Critica*

L'evoluzione storica delle posizioni dei codici Preunitari rispetto alla prescrizione della pena, che Hirzel schizza, ravvisa il proprio spartiacque nel Codice penale della Sassonia del 1838: *prima*, se ne ignorava, *rectius* se ne sarebbe ignorata, l'esistenza; *dopo*, la si è, invece, riconosciuta, fino a giungere alla sua definitiva recezione nello RStGB del 1871¹¹.

In realtà, la linea di demarcazione tracciata da Hirzel non possiede quella nitidezza di contorni che le si attribuisce. Ad infirmarne la precisione sono, specificamente, alcuni codici (sott. Preunitari), che Hirzel annovera fra quelli, anteriori a quello della Sassonia, che non ammettevano tale forma di prescrizione. Sono, segnatamente, le anfibologie e le imprecisioni che denotano il Codice penale della Baviera (1813) e quello dei *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo (1814), che del primo ricalca pedissequamente le formule, a non armonizzarsi perfettamente con la linea divisoriosa scolpita da Hirzel.

Se ne può scorgere agevolmente la ragione soffermandosi sulle disposizioni, di identico tenore, che questi due codici dedicano alla materia della prescrizione.

Vi si statuisce, in prima battuta, che «il decorso di un determinato [lasso di] tempo non costituisce di per sé motivo giuridico alcuno, per estinguere il reato e la sua pena» (Art. 139 Abs. 1, StGB per la Baviera; Art. 144, Abs. 1, StGB per i *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo). Subito dopo, però, a temperamento di questa prima lapidaria affermazione, vi si aggiunge che «quando, tuttavia, l'autore del reato è rimasto ignoto al giudice, ovvero l'omissione dell'indagine o della decisione richiesta è dovuta a colpa del giudice *e*¹² dal momento della commissione del reato sono trascorsi i termini stabiliti nel successivo Art. 140 [per i *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo la norma di riferimento è l'Art. 145 del rispettivo StGB], e inoltre, comunque, durante il loro corso l'autore del reato ha dato prova di un'ininterrotta buona condotta, questi deve essere esentato da pena, impregiudicato il diritto delle parti alle riparazioni di diritto privato» (Art. 139, Abs. 2, StGB per la Baviera; Art. 144, Abs. 2, StGB per i *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenbur-

¹¹ Cfr. la linea divisoriosa tracciata al riguardo da A. HIRZEL, *Kritische Betrachtungen*, cit., p. 15.

¹² Il corsivo è aggiunto.

go). Queste limitazioni al dogma dell'intangibilità del reato e della pena ad opera del tempo, enunciato nella loro prima parte, che entrambe queste disposizioni contengono, sono foriere di una duplice difficoltà ermeneutica: da un lato sfuggono ad una precisa e compiuta esegesi testuale; dall'altro, risultano di non semplice allocazione all'interno della sistematica della prescrizione.

Sotto il primo profilo, non è dato comprendere esattamente *per quanto tempo* l'autore di un determinato reato debba rimanere ignoto al giudice, perché possa intervenire la prescrizione. Le richiamate disposizioni del Codice penale della Baviera, da una parte, e (di quello) dell'Holstein e dell'Oldenburgo, dall'altra, non contengono alcuna precisazione al riguardo. Per evitare incongruenze al proposito ed escludere che il reato, il cui autore è ignoto, si prescriva *ipso facto* per l'impossibilità di giungere ad una sua (immediata) identificazione da parte del giudice competente, non resta che ritenere che i termini richiamati nelle norme ricordate non si riferiscano – come pure la loro collocazione testuale lascerebbe supporre – alle sole ipotesi nelle quali non si arrivi al completamento delle indagini o alla pronuncia di una sentenza per «colpa del giudice»; ma anche a quelle in cui, evidentemente *senza* sua colpa, il responsabile del reato gli sia rimasto sconosciuto.

Sotto il secondo profilo, è certamente disagevole comprendere a quale tipo di prescrizione l'Abs. 2 dell'Art. 139 StGB della Baviera e l'Abs. 2 dell'omologo Art. 144 StGB dei *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo abbiano inteso alludere. Il riferimento alla mancata identificazione dell'autore del reato e al fatto che, per colpa del giudice, non siano state tempestivamente svolte le indagini ovvero non sia stata pronunciata sentenza in relazione al reato sottoposto al suo esame, farebbe propendere per una sua qualificazione in termini di fattori produttivi della prescrizione del reato (*id est*, della prescrizione dell'azione penale – *Verfolgungsverjährung* – per usare una terminologia più consona al lessico del diritto penale tedesco su questo tema). *Per incidens*, è appena il caso di ricordare come la tendenza a poggiare la ragion d'essere della prescrizione del reato su un'inerzia *colposa* degli organi deputati al suo perseguimento trovi riscontri significativi anche in posizioni – peraltro decisamente minoritarie – della nostra letteratura in argomento¹³. Il che è destinato inevitabilmente a sposarsi con un'op-

¹³ Orientata in questa direzione pare essere (stata) la monografia di G. PENSO, *La prescrizione penale*, Parte I, *I principi*, Messina, 1939, riportata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, V ed., Torino, 1981, p. 530, nt. 4.

zione del diritto processuale a favore del sistema accusatorio. Ed è, all'opposto, votato a configgere con gli orientamenti della nostra cultura penalistica dominante, permeata dall'idea che sia il solo decorso del tempo in sé e per sé, indipendentemente da eventuali incidenze dell'attività giudiziaria, a fondare la prescrizione del reato¹⁴.

Nondimeno, la seconda parte delle statuizioni qui ricordate mette seriamente in discussione il dato che con queste si sia voluto designare, davvero, soltanto un'ipotesi di prescrizione del reato. Quando vi si legge che varrà ad esonerare il reo da pena la circostanza che questi, durante il decorso degli ordinari termini prescrizionali, abbia dato prova di un'ininterrotta buona condotta, si arriva, in sostanza, a prefigurare una situazione nella quale, presente l'estremo della sua buona condotta, il tempo varrà ad operare un'estinzione della pena irrogabile o effettivamente irrogatagli. Ciò che non si traduce in alcunché di diverso da una primigenia apparizione della prescrizione della pena.

A corroborare quest'ipotesi interpretativa è (anche) l'identica scelta lessicale compiuta dai compilatori dei due codici preunitari, dianzi richiamati, per designare i soggetti destinati a fruire degli effetti delle due forme di prescrizione ivi adombrate. In effetti, mentre per individuare la persona che, rimanendo ignoto l'autore del reato, beneficia di quella che, all'interno di queste disposizioni, pare essere la porzione *stricto sensu* riservata alla prescrizione del reato, si impiega la più generica espressione di *autore (Thäter)*, senza aggiungervi specificazione alcuna; quando, invece, ci si intende riferire a colui sul quale sembrerebbero irradiarsi gli effetti della prescrizione della pena, si ricorre ad un'espressione maggiormente pregnante, qualificandolo in termini di *responsabile della violazione (Uebertreter)*.

Al tentativo, che qui abbiamo abbozzato, di scorgere nelle unitarie formulazioni dell'Art. 139 StGB della Baviera e dell'Art. 144 StGB dei Länder dell'Holstein e dell'Oldenburgo il germe di una primigenia contrapposizione prescrizione del reato *versus* prescrizione della pena, si potrebbe obiettare che ciò che osta a riconoscerne la fondatezza è l'identità dei termini prescrizionali previsti per queste ipotesi, rispettivamente, dall'Art. 140 StGB della Baviera e dall'Art. 145 StGB dei Länder dell'Holstein e dell'Oldenburgo. Ciò in quanto è caratteristica assolutamente costante di tutte le legislazioni (penali), che conoscono entrambe le tipologie di prescrizioni in parola, quella di stabilire, in rela-

¹⁴ Paradigmatica, sul punto, proprio la posizione di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit, p. 528., nt. 13.

zione a ciascuna di esse, termini di completamento del tutto *differenti*; e, in ogni caso, assai più lunghi per la prescrizione della *pena* che per la prescrizione del *reato* ¹⁵.

Questo tipo di obiezione, peraltro, contiene già in sé l'errore di metodo che consente di respingerla e di replicarvi efficacemente. Si tratta, cioè, della tendenza ad applicare alle prime e, soprattutto, embrionali apparizioni di un istituto gli schemi classificatori che soltanto la sua *completa e definitiva* evoluzione ha visto consolidarsi. Questo *modus procedendi* può vantare senz'altro il merito di prospettare una ricostruzione storica di un determinato istituto priva di incongruenze e sbavature. Nondimeno, preso da queste esigenze di coerenza sistematica, trascura il dato che la sua conformazione ultima e consolidata non è altro che il precipitato finale di un processo scandito, al suo interno, da quelle fasi di *progressivo avvicinamento* alla sua configurazione conclusiva, che con quest'ultima non possono per definizione coincidere. In questo senso, se pure è assodato che la conformazione attuale della prescrizione della pena ne prevede termini di durata comunque superiori a quelli fissati per la prescrizione del reato, ciò non esclude che durante il ciclo della sua evoluzione e, soprattutto, al momento della sua prima e incerta apparizione, questo fattore di diversificazione potesse risultare assente. Il che è, appunto, quel che si riscontra nei codici penali della Baviera e dei *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo, che qui abbiamo avuto modo di richiamare.

Resta poi da aggiungere, a questo punto, che delle menzionate disposizioni contenute nei codici or ora ricordati sembra possibile offrire una *terza* chiave di lettura. Una plausibile ricostruzione ermeneutica che si discosta tanto da quella di Hirzel, votata a ravvisarvi il riconoscimento (soltanto) della prescrizione dell'azione penale e *non* di quella della pena; quanto da quella qui appena sostenuta, che inclina a rinvenirvi i primi segnali normativi dell'accoglimento di quest'ultima.

Si articola come segue questa opzione interpretativa.

Così nella seconda parte dell'Art. 139, Abs. 2, StGB della Baviera, come nell'omologa seconda parte dell'Art. 144, Abs. 2, StGB dei *Länder* di Holstein e Oldenburgo, l'esenzione da pena è accordata, sul presupposto che nei termini stabiliti abbia tenuto «una buona condotta inin-

¹⁵ Per indicazioni relative al sistema tedesco cfr. H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, V ed., Berlin, 1996, p. 918. Per riferimenti alla diversificazione dei termini di cui al testo cfr., altresì, in una prospettiva comparatistica più allargata, F. DELPERO, *La prescription pénale*, Berne, 1993, p. 211.

terrotta», all'*Uebertreter*. In precedenza abbiamo utilizzato questa espressione nel suo significato più ampio, ritenendovi insita l'allusione al responsabile – accertato – di *qualsivoglia* reato. Sennonché, facendo riferimento al suo più ristretto significato letterale, la persona indicata con tale termine ben si presta ad essere identificata con il responsabile di una *Übertretung*, vale a dire (con l'autore) di una *contravvenzione*. Ora, è noto come queste figure di illecito da tempo siano state espunte dall'area del penalmente rilevante e, per converso, allocate nel contesto degli illeciti amministrativi nell'ordinamento tedesco¹⁶. Ciò non toglie che i codici preunitari della Baviera e dei *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo, ancora ritagliati sulla diade delitti-contravvenzioni (*Verbrechen-Übertretungen*), le contemplassero a pieno titolo nel registro dei reati. In quest'ottica, data la minor gravità delle *Übertretungen* rispetto ai *Verbrechen* sorprende(rebbe) relativamente il fatto che i legislatori della Baviera e dei *Länder* di Holstein e Oldenburgo avessero circoscritto l'«apertura» al nuovo istituto della prescrizione della pena soltanto ai reati meno gravi. E, ad ulteriore sottolineatura della cautela con cui vi avevano proceduto, l'avessero circondata dell'ulteriore presupposto che il reo, durante il rispettivo periodo prescrizione, avesse tenuto la buona condotta richiesta.

Se questa lettura può valere ad accreditare l'idea che l'art. 139, Abs. 2, seconda parte, del Codice penale della Baviera e l'art. 144, Abs., 2, di quello dei *Länder* dell'Holstein e dell'Oldenburgo contengano una prima, per quanto parziale, recezione della *Vollstreckungsverjährung*, ciò suona, nel contempo, come un'inesorabile smentita dell'assunto sostenuto da Hirzel, il quale in questi codici rinveniva il riconoscimento della sola prescrizione *dell'azione penale*¹⁷. Un'opinione siffatta, rapportata al testo delle norme in oggetto, sarebbe giunta a risultati inaccettabili. Infatti, mentre per ciò che attiene ai resti più gravi, *id est* i *Verbrechen*, la prescrizione del reato sarebbe maturata per effetto del solo decorso del tempo legislativamente stabilito, per le *Übertretungen*, figure di reato comparativamente meno gravi, si sarebbe dovuto pretendere questo stesso presupposto e, *in più*, la dimostrazione che il responsabile, nell'arco di tempo stabilito, avesse dato altresì prova di una «ininterrotta buona condotta». La palese irrazionalità di questo esito con-

¹⁶ Per un quadro dell'evoluzione storica del diritto penale tedesco in ordine alle diverse classi dei fatti punibili e alla loro denominazione cfr., per tutti, H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 55 ss.

¹⁷ Cfr. A. HIRZEL, *Kritische Betrachtungen*, cit., p. 15.

clusivo conduce al rigetto della tesi di Hirzel, che ne costituiva la premessa.

4. *La legittimazione della prescrizione della pena nell'impostazione di Hirzel. Critica. Rinvio*

Accanto agli argomenti *stricto sensu* giuridici ovvero politico-criminali, non mancano neppure quelli da lui stesso definiti come attinenti alla filosofia del diritto fra gli enunciati favorevoli alla prescrizione della pena che Hirzel passa in rassegna¹⁸.

All'interno di questi ultimi, un ruolo preponderante è certamente quello giocato dal richiamo alla *forza del tempo* (*die Macht der Zeit*), quale fattore capace comunque di porre un limite a pretese statuali in sé e per sé perfettamente legittime, come quella di procedere all'esecuzione della pena inflitta ad un determinato individuo sottoposto ad un regolare processo, quando sia trascorso un congruo lasso di tempo senza che vi sia dato corso¹⁹. La valenza estintiva della punibilità attribuita al tempo risulta, del resto, un *topos* ricorrente nell'ambito di pressoché tutta la letteratura – che si è vista e si incontrerà anche in séguito – favorevole all'efficacia della prescrizione in materia penale, in generale; e a quella della prescrizione delle stesse condanne penali, in particolare. Lo stesso Hirzel, peraltro, si mostra ben conscio della vaghezza e della correlativa inconsistenza insite nel riferire l'efficacia estintiva della pena soltanto al (decorso del) tempo. E mette puntualmente in evidenza come questa efficacia *non* si possa associare – e, di fatto, non venga associata – al tempo in sé, ma agli *effetti* che durante il suo corso si producono²⁰.

Le impostazioni polarizzate esclusivamente sul decorso del tempo non mancano poi, al fine di conferire (un')ulteriore legittimazione alla tesi della sua incidenza determinante nel dar luogo all'effetto estintivo della punibilità, di corroborarne la portata mediante una sua trasfigurazione in chiave etico-religiosa. Sviluppando spunti essenziali della dottrina cristiana, si fa presente come il legislatore non possa dimostrarsi addirittura più intransigente di Dio stesso. Sicché, se Dio si fa

¹⁸ Cfr. A. HIRZEL, *Kritische Betrachtungen*, cit., p. 28.

¹⁹ Alla *Macht der Zeit* allude precisamente A. HIRZEL, *Kritische Betrachtungen*; cit., p. 28.

²⁰ Cfr. ancora A. HIRZEL, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

portatore di un messaggio di *perdono* nei confronti di quanti, pure, abbiano trasgredito ai suoi comandi, non potrebbe esimersi dal concedere perdono e oblio il legislatore rispetto a coloro che hanno violato le sue leggi, una volta che sia decorso un ampio lasso di tempo dal momento in cui ciò è avvenuto²¹. Nella modulazione di scelte legislative ispirate a criteri etico-religiosi, peraltro, si intravede quel pericolo di commistione fra diritto e morale e, con ciò stesso, quel rischio di far dipendere le scelte del legislatore da opzioni meramente soggettive²², la cui neutralizzazione è stata precisamente alla base delle scelte compiute dal diritto penale moderno, orientato in senso laico.

In ultima analisi, Hirzel giudica maggiormente persuasiva, nella prospettiva della fondazione della *Vollstreckungsverjährung*, la posizione di chi vi ravvisa un mezzo per trattenerne il soggetto già condannato dal commettere ulteriori reati. Ciò in quanto il decorso del relativo termine prescrizionale senza che questi abbia ad incorrere nella recidiva gli schiuderebbe le porte dell'impunità²³. Sui riflessi negativi che l'uniformarsi a questo ordine di idee comporterebbe sul versante della prevenzione generale e sulla sua antinomia rispetto ad esigenze complessive del sistema ci siamo già soffermati trattando, nell'esperienza francese, l'omologa posizione di Narat²⁴. E a quei rilievi critici sul punto non possiamo che rinviare.

5. *La recezione della Vollstreckungsverjährung nel Codice del 1871. Le obiezioni di Binding*

Recide *tranchant* particolarismi regionali e divergenze di opinione in ordine alla prescrizione della pena il § 66 del *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB) del 1871. In questa sede essa viene *expressis verbis* ammessa, sì da far pensare che le precedenti discussioni circa il suo *an* non avrebbero più avuto modo di perpetuarsi a causa del venir meno ..della materia del contendere. Viceversa, la soluzione normativa adottata, ad onta dell'inequivocità della sua formulazione, non ne determina la cessazione.

Che non sempre alle ragioni della forza di un intervento legislativo

²¹ Cfr. A. HIRZEL, *op. ult. cit.*, p. 28 s.

²² In questo senso A. HIRZEL, *op. ult. cit.*, p. 29.

²³ A questo proposito, cfr. A. HIRZEL, *op. ult. cit.*, p. 30.

²⁴ Cfr. par. 5 del capitolo precedente.

se ne accompagni la forza della ragione, è un dato (sin) troppo noto perché qui se ne debba dare ulteriormente conto. Quel che occorre, se mai, rimarcare è l'autorevolezza delle voci che si opposero, in questo caso, all'*auctoritas* della legge, sfociata nell'introduzione della *Vollstreckungsverjährung*. Spicca, in questo contesto, quella di Karl Binding, il quale, nel suo *Handbuch* di poco posteriore all'entrata in vigore del RStGB²⁵, ne denuncia l'irrazionalità e ne auspica, senza mezzi termini, l'eliminazione²⁶. Laddove il pericolo della dispersione del materiale probatorio per effetto del decorso di un lungo lasso di tempo dal momento della commissione del reato costituisce, per Binding, la ragione unica, ma al contempo sufficiente, per ammettere la prescrizione *dell'azione penale*²⁷, nessun valido fondamento giustificativo viene giudicato idoneo a supportare quella della pena²⁸. I ristretti margini di una trattazione manualistica del tema non consentono a Binding di sviluppare e ponderare in modo approfondito i diversi argomenti addotti in letteratura a favore e contro l'istituto di cui trattasi. Sicché ci si limita, per quanto attiene alle motivazioni asseritamente in grado di legittimarlo, a far menzione della cessazione del bisogno di pena – senza peraltro indicare che cosa precisamente varrebbe a determinarne il venir meno – e dell'impressione suscitata nel condannato dalla presenza di una sentenza passata in giudicato a suo carico²⁹. L'allusione a quest'ultimo fattore si presta ad essere letta come un riferimento, espresso peraltro in termini fin troppo compendiosi, a tutti gli effetti negativi che sul reo si producono in forza della sentenza di condanna e che la sua mancata esecuzione non vale, comunque, a pregiudicare. Vi si possono inglobare tutti i tormenti e le angosce personali, che il condannato vive, *rectius* si suppone viva, in conseguenza sia del senso di colpa sprigionantesi dalla commissione del reato, sia del timore di incappare nell'effettiva esecuzione della sentenza pronunciata nei suoi confronti. È proprio sullo sfondo di tali motivazioni che una parte della letteratura finora presa in esame ravvisa – com'è noto – nel tempo (sott.: necessario alla maturazione della prescrizione della pena) in cui questi si sottrae all'effettiva esecuzione della pena un surrogato capace di rimpiazzarla legittimamente. Ora,

²⁵ Cfr. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*. Erster Band, Leipzig, 1885.

²⁶ Così, recisamente, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 828.

²⁷ Assai esplicito, anche a questo riguardo, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 823.

²⁸ In tal senso K. BINDING, *op. ult. cit.*, p. 828.

²⁹ Cfr. sempre K. BINDING, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

Binding si sofferma su quest'aspetto – sia pure in forma eccessivamente sintetica, tanto da far dubitare che ne abbia colto davvero tutte le valenze – e non nega che questo meriti un riconoscimento nel quadro della determinazione della sanzione da infliggere al condannato. Detto significato, nondimeno, non potrebbe essere per Binding quello che conduce addirittura all'estinzione della pena, come invece pretenderebbero i fautori della *Vollstreckungsverjährung* (e come già imponeva, soprattutto, il § 66 RStGB); ma esclusivamente quello di comportare una sua attenuazione³⁰.

Di qui il rigetto conclusivo, da parte di Binding, della prescrizione della pena come causa estintiva di quest'ultima. E il suo inevitabile collegamento con quella caduta delle esigenze di prevenzione generale, peraltro non paventata in modo esplicito da Binding medesimo, che la sua presenza nel sistema comportava, dando luogo ad un ingiustificato privilegio dei condannati nei confronti dell'«autorità dello Stato»³¹.

6. *La difesa dell'istituto fra la concezione «processuale» di Rindfleisch e quella «pragmatica» di Heinze. Valutazione critica di queste teoriche*

Una difesa energica della prescrizione della pena, a mezzo di argomenti che in parte si discostano da quelli più diffusi addotti a suo sostegno e in parte tentano addirittura di armonizzarla con le stesse premesse teoriche dalle quali muove Binding, è quella operata da Rindfleisch³².

Una prima caratterizzazione, che ne denota la diversità d'impostazione rispetto alle ricostruzioni finora passate in rassegna, consiste nel rifiuto di quella presunzione di emenda che le teorie orientate in chiave specialpreventiva rinvencono nel fatto che il reo, durante il corso del relativo termine prescrizionale, si sia astenuto dal commettere nuovi reati. Ciò che merita di essere segnalato, nello snodarsi dei passaggi argomentativi seguiti da Rindfleisch, non è tanto il rilievo che per tale via le suddette teoriche non sono in grado di dare la prova *positiva* dell'emenda del reo e si vedono, pertanto, costrette a ripiegare su

³⁰ Cfr. ancora K. BINDING, *op. ult. cit., ibidem*.

³¹ Cfr. sempre K. BINDING, *op. ult. cit., ibidem*.

³² Cfr. G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., *sub* nt. 65, cap. I, *passim*.

quella meramente *negativa* incentrata sulla sua mancata commissione, durante il tempo richiesto per la prescrizione della pena, di nuovi reati³³. Interessa invece la constatazione che proprio la ricorrenza di questo elemento negativo, *id est* – lo si ripete – la mancata commissione di ulteriori reati da parte del condannato, risulta di problematico accertamento rispetto a chi, per sfuggire all'esecuzione della condanna pronunciata a suo carico, si nasconde. Ciò lo obbliga quasi necessariamente ad espatriare. Questo solo fatto poteva apparire preclusivo dell'accertamento della commissione di ulteriori reati, da lui realizzati all'estero, all'epoca alla quale risalgono le considerazioni di Rindfleisch. Oggi schiudono certamente maggiori possibilità i rapporti di cooperazione giudiziaria esistenti fra i diversi Stati. Nondimeno, come si può evincere dai percorsi dei (nostri) vari ex terroristi all'estero, anche in questo contesto non è raro che essi vivano in uno stato di clandestinità o quasi clandestinità³⁴. Se ne può arguire che, con specifico riferimento a questi ultimi, le difficoltà relative all'accertamento della commissione di reati da parte loro, denunciate da Rindfleisch, sussistono ancor oggi³⁵.

La vera chiave di lettura della prescrizione della pena va ricercata, secondo Rindfleisch, nel dato che la durata del tempo intercorso – in questo caso si ha ovviamente riguardo al termine stabilito per dar luogo a questa specie di prescrizione – fra il reato e l'esecuzione della pena farebbe venir meno il necessario legame con il reato che questa ha lo scopo di punire³⁶. Non si limita, peraltro, Rindfleisch ad enucleare un assunto che, in sé e per sé, risulterebbe inevitabilmente apodittico, ma ne addita possibili motivazioni. I *cambiamenti* intervenuti nell'autore del reato rispetto al momento in cui si dovrebbe assoggettarlo alla relativa condanna si inquadrano, in questa prospettiva, nel novero dei fattori che potrebbero rendere insensata l'applicazione della pena³⁷.

³³ In argomento cfr. G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., p. 17.

³⁴ Il dato secondo il quale queste persone «diventano ombre», sì che ciò che le accomuna risulta essere proprio la (forzata) clandestinità nella quale esse vivono, è efficacemente sottolineato da D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 53 ss.

³⁵ Evidenzia queste stesse difficoltà, in epoca successiva, S. LOURIE, *Die Kriminalverjährung. Prinzipien- und Gestaltungsfragen*, Breslau, 1914, p. 13.

³⁶ G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., p. 25.

³⁷ Cfr. G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., p. 25 s.

Si stempera, nondimeno, la portata delle motivazioni addotte alla luce di quanto Rindfleisch asserisce subito dopo. Da una parte, infatti, si precisa che l'intervento, durante il termine prescrizionale rispettivamente previsto, di fattori suscettibili di privare di giustificazione alcuna la punizione di un determinato reato vale non soltanto per la prescrizione della pena, ma anche per quella del reato (*Verfolgungsverjährung*)³⁸. Dall'altra, si riconosce che sarebbe sì auspicabile che fosse il giudice a stabilire quando, decorso il lasso di tempo stabilito, ricorran circostanze tali da legittimare la prescrizione della pena (ma anche, coerentemente con quanto appena riportato, quella del reato), ossia quei cambiamenti di cui si postula la presenza. Senonché, le esigenze pratiche del diritto e, *in primis*, quella della *certezza del diritto* impediscono di adottare soluzioni differenziabili caso per caso e impongono, all'opposto, di fissare termini legali previamente stabiliti. Ciò potrà ridondare in danno della giustizia del singolo caso concreto, ma rappresenterà un sicuro vantaggio sotto il profilo della (garanzia della) certezza del diritto³⁹. E si conclude che, quali che siano le ragioni, corrispondenti alle diverse motivazioni della prescrizione del reato o della pena, presenti nel singolo caso, che all'una o all'altra danno luogo, queste resteranno comunque in subordine rispetto a quella assolutamente primaria, data dal maturare dei diversi termini all'uopo previsti. Il che si presta ad essere letto come una conferma del primato della certezza del diritto rispetto ad ogni altra ragione concorrente.

Come spiegare la posizione di Rindfleisch?

La sua ragion d'essere prioritaria sembra essere quella di optare per una teoria, che munisce di una piattaforma *comune* di legittimazione la prescrizione del reato e quella della pena. Nondimeno, stante la profonda diversità di queste due forme del fenomeno prescrizionale, le teorie che puntano ad unificarne la *ratio essendi* sono invariabilmente votate ad una dosimetria imperfetta degli elementi che le compongono. Ciò nel senso che, a dispetto dell'equilibrato apporto che, *prima facie*, l'una e l'altra (forma) recano, *rectius* dovrebbero recare, a delinearne il contenuto, è nondimeno inevitabile la prevalenza dell'una o dell'altra nella formulazione ultima che le compendia. Così, il primato che nel modello di spiegazione adottato da Rindfleisch occupa la certezza del diritto finisce con l'essere la conseguenza dell'importanza preponderante che, al suo interno, assume la *Verfolgungsverjährung*.

³⁸ Così G. RINDFLEISCH, *op. ult. cit.*, p. 26.

³⁹ G. RINDFLEISCH, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

All'interno di quest'ultima, la certezza della durata del termine ha un significato pregnante, perché limita temporalmente la possibilità di esercizio dell'azione penale nei confronti di un soggetto del quale la responsabilità è incerta, sì da non potersi pretendere che continui a versare in questa condizione *ad libitum* dell'accusa.

Si tratta di una situazione che, di contro, non si verifica rispetto alla prescrizione della pena. Qui un elemento di certezza (del diritto) c'è ed è indelebile: la sentenza definitiva di condanna a carico di colui che è stato giudicato responsabile di un determinato reato. Per dare una spiegazione di questa diversa forma di prescrizione bisognerà ricorrere, pertanto, ad argomenti diversi da quello dell'esigenza di certezza.

Percorre, allora, un ulteriore sentiero argomentativo Rindfleisch al fine di dotare, *ad adiuvandum*, di una legittimazione plausibile la prescrizione della pena. Il punto sul quale si insiste è quello della fallibilità dei giudizi posti alla base di una sentenza di condanna. Fallibilità che li investe interamente e non risparmia neppure quelli contenuti in sentenze passate in giudicato (*rechtskräftige*), dal momento che si tratta di un attributo immanente a qualsivoglia giudizio umano⁴⁰. Ora, proprio postulando una sentenza di condanna passata in giudicato a carico di un *innocente*, Rindfleisch vede nell'attesa dello spirare dei termini di prescrizione relativi a quella condanna l'unico strumento del quale il soggetto ingiustamente condannato può disporre per sottrarsi ad una sentenza iniqua. Vero che non gli sarebbe preclusa la via del giudizio di revisione (*Wiederaufnahme*)⁴¹, Rindfleisch nega decisamente che questa prospettiva possa allettarlo e spingerlo a comparire in giudizio. Troppo forti sarebbero le remore psicologiche a compiere un tale passo indotte dalla precedente sentenza ingiusta, perché questi possa spingersi a sfidare il pregiudizio ineludibilmente collegato a tale condanna⁴². Nella misura in cui la prescrizione della pena risulterebbe servente, in questa specifica prospettiva, alla tutela dell'innocente (nei confronti di una sentenza di condanna ingiusta), Rindfleisch vi ravvisa evidenti punti di contatto con le stesse motivazioni che spingo-

⁴⁰ G. RINDFLEISCH, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁴¹ Per una ricognizione (dello stato) della problematica riportabile alle coordinate normative entro le quali lo stesso Rindfleisch si muoveva, cfr. E. MAYER, *Ueber die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. Geltendes und künftiges Recht*, Breslau, 1931.

⁴² Cfr. G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., p. 27.

no Binding a schierarsi a favore della *Verfolgungsverjährung*⁴³. Questa, essendo funzionale alla conservazione del materiale probatorio a discarico dell'imputato, fungerebbe da mezzo di tutela *preventiva* dell'innocente; quella, invece, appresterebbe un rimedio *successivo* a salvaguardia delle sue ragioni.

La perfetta simmetria che in tal modo si instaura fra prescrizione del reato e prescrizione della pena è certamente suggestiva. Ciò nonostante, non tutti i passaggi della trama argomentativa seguita da Rindfleisch per giungervi paiono persuasivi.

In particolare, almeno a fronte del nostro sistema processuale vigente, non sembrano del tutto comprensibili le ritrosie del condannato ad intraprendere la strada del giudizio di revisione, così come Rindfleisch le prospetta.

Intanto, nello stesso sistema processuale tedesco la via del giudizio di revisione presupponeva comunque la presenza di elementi *nuovi* rispetto a quelli sui quali si era basata la sentenza di condanna⁴⁴. Di qui la problematicità dell'allusione a un perdurante pregiudizio collegato alla precedente sentenza di condanna, che proprio *l'alterità*, rispetto ai motivi sulla quale questa si era fondata, di quelli dedotti in sede di revisione valeva a scongiurare.

Prima ancora, però, non si capisce – al lume del nostro diritto – a quali rischi si potrebbe concretamente esporre il condannato presentando la richiesta di revisione di cui all'art. 633 c.p.p. Si ammette pacificamente, infatti, che fra i soggetti legittimati a proporla rientri anche il *latitante*⁴⁵. E tale è, appunto, il soggetto che si sottrae all'ordine di esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva passata in giudicato (art. 296 c.p.p.); il quale, sotto questo profilo, viene a coincidere con il soggetto che fruisce della prescrizione della pena. Dal che si deduce che, in questa veste, anche quest'ultimo può richiedere la revisione, senza correre rischio alcuno.

Sempre nel rapportarsi *de lege lata* all'assetto delineato dal *Reichsstrafgesetzbuch*, si eclissa ogni velleità di dare dell'istituto prescrizione – almeno per quel che concerne il suo segmento che investe l'esecuzione delle condanne penali – un inquadramento e una raziona-

⁴³ Cfr. G. RINDFLEISCH, *op. ult. cit.*, p. 27 s.

⁴⁴ Sui presupposti del giudizio di revisione cfr. E. MAYER, *Ueber die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß*, cit., p. 8 ss.

⁴⁵ In ordine alla legittimazione di un tale soggetto alla presentazione della richiesta di revisione cfr. G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 74 s., nt. 5.

lizzazione, che ne consentano una piena armonizzazione con i principi del sistema materiale e processuale del diritto penale, nella posizione di Heinze⁴⁶. Questa si informa, infatti, ai canoni di un disincantato pragmatismo, che impone di prendere atto essenzialmente dei fatti che fungono da cornice alla prescrizione della pena, tralasciando di occuparsi degli (eventuali) orpelli giustificativi che varrebbero a spiegarne l'efficacia.

E, in questo contesto, si mette in evidenza come, mentre ordinariamente i fatti rilevanti per il diritto penale ricadano sotto la sua signoria, sì che questo puntualmente vi si applica⁴⁷, ciò non accada, di contro, laddove interviene la prescrizione della pena. In questo caso, invece, non sono i fatti ad assoggettarsi al diritto penale, soggiacendo alla sua applicazione e alle pene che questa comporta. Ma è invece il diritto penale che, constatata la sua inidoneità per tutto l'arco di tempo corrispondente al termine di prescrizione della pena a (ri)portare quei fatti nell'ambito della propria signoria, finisce con il riconoscere *giuridicamente* la loro prevalenza rispetto alle ragioni della sua applicazione, sì da decretarne la non punibilità⁴⁸. Lungi dal riconoscere una propria soccombenza nell'esecuzione delle condanne relative a tali fatti, il diritto penale interviene a *giuridicizzare* e, con ciò stesso, a legittimare la loro prevalenza, anche *sul piano del diritto* e non del solo fatto, rispetto alle sue regole. *Ergo*, anziché riconoscere la propria soccombenza, il diritto riafferma la propria autorità assegnando *formalmente* il primato a quegli accadimenti che non è stato in grado di dominare. Il che si riassume nell'icastica metafora richiamata sul punto da Heinze: «Se la montagna non va a Maometto, Maometto va alla montagna»⁴⁹; nella quale, evidentemente, a Maometto e alla montagna corrispondono, rispettivamente, le regole del diritto penale positivo e i fatti ai quali queste riconoscono la prevalenza.

Non si può certamente negare che la rappresentazione di Heinze ora esposta abbia l'attitudine a rendere plasticamente i rapporti tra fatti e diritto penale sottostanti alla prescrizione della pena. Resta dubbio, nondimeno, che ad essa si possa (e si debba) associare una valen-

⁴⁶ Cfr. R. HEINZE, *Wegfall der Strafe*, in F. von HOLTZENDORFF (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen, Zweiter Band, Die allgemeinen Lehren*, Berlin, 1871, p. 587 ss.

⁴⁷ Così R. HEINZE, *Wegfall der Strafe*, cit., p. 610.

⁴⁸ R. HEINZE, *Wegfall der Strafe*, cit., *ibidem*.

⁴⁹ Così R. HEINZE, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

za meramente descrittiva. In sostanza, dietro l'eleganza della forma con cui è resa, la metafora di Heinze evoca pur sempre i sospetti di una sostanziale resa dell'ordinamento a fronte di fenomeni criminosi che non è stato – o non sarà verosimilmente – in grado di contrastare. Il fatto di esprimerla nei modi appena visti vale sì a tacitarne o, addirittura, a metabolizzarne la presenza, operandone una sorta di «giuridificazione»; ma non ad occultarne la sostanza, come la stessa letteratura francese a suo tempo richiamata ha avuto modo di mettere in risalto⁵⁰.

7. L'avvento della concezione sostanziale della prescrizione del reato e la spinta verso una ricostruzione unitaria di entrambe le specie di prescrizione

Il lavoro di Rindfleisch è l'ultimo contributo monografico *ex professo* dedicato, nella letteratura tedesca, al tema della *Vollstreckungsverjährung*. Da questo momento in poi, infatti, l'argomento comincia ad essere trattato, entro margini decisamente più ristretti, all'interno di opere che hanno ad oggetto la prescrizione *in tutte le sue forme* e investono, pertanto, anche quella sua *species* incarnata dalla prescrizione delle pene.

È un dato casuale, questo? E, se così non è, quali sono le ragioni che ne stanno alla base?

Gli interrogativi appena proposti sottendono risposte così scontate che ne sembrerebbe consentita anche una formulazione in chiave meramente retorica. E, in effetti, questo diverso approccio al fenomeno prescrizionale nella sua globalità non è frutto del caso, quanto – piuttosto – di un completo mutamento di paradigma che investe la *natura* stessa della prescrizione (nella fattispecie riverberandosi specificamente su quella del *reato*). Tracciando le linee evolutive della prescrizione tanto nell'esperienza francese, quanto in quella tedesca, abbiamo potuto constatare come si sia delineato *ab imis* un rapporto di *secundum alteritatem* fra prescrizione del reato, *rectius* prescrizione dell'azione penale, e prescrizione della pena. Laddove alla prima si riconosceva una valenza *stricto sensu* processuale, mettendo essa capo all'esigenza di salvaguardare l'imputato rispetto ai pericoli, derivanti dal decorso di un lungo lasso di tempo dall'epoca della commissione del reato, di di-

⁵⁰ Rinviamo, a questo proposito, a quanto esposto nel par. 6, cap. II.

spersione delle prove che avrebbero potuto dimostrarne l'innocenza, alla seconda si riconosceva, invece, una natura esclusivamente sostanziale. Sia pure attraverso percorsi argomentativi tutt'altro che persuasivi, quali quelli radicati su dubbie – a voler usare un eufemismo – presunzioni (di espiazione, di emenda, e altre che si vedranno), si intendeva porre in evidenza la ragione per la quale, decorso il tempo rispettivamente stabilito, non dovesse più aver luogo l'esecuzione della pena, non potendo quest'ultima più assolvere alle funzioni alle quali era teleologicamente orientata.

Risale agli inizi del secolo scorso il *revirement* della cultura penalistica tedesca che oscura il nitore di questa distinzione concettuale. Ad esserne investito è il polo della prescrizione del reato. Spogliata delle note che ne avevano caratterizzato l'assegnazione al versante processuale, se ne propone, di contro, una lettura in chiave sostanziale. Il decorso del tempo, in questa prospettiva, affievolisce gradualmente, fino ad estinguerlo, per le ragioni che andremo ad analizzare, il rapporto tra il fatto e il suo autore e fa venir meno, di conseguenza, la giustificazione della sua punizione. In questa diversa ottica, la prescrizione del reato assume anch'essa una precisa rilevanza sul piano del diritto sostanziale (e non più processuale), sì da potersi qualificare come una causa di esclusione della punibilità (*Strafaufhebungsgrund*)⁵¹.

La distinzione che per tale via viene a stagliarsi fra prescrizione del reato e prescrizione della pena assume contorni ben diversi da quelli risultanti dalle teoriche finora esaminate: non ha più un carattere *qualitativo*, ma *quantitativo*. Rifacendocisi alla fondazione meno remota della loro rivisitazione in chiave sostanziale, elaborata da Lorenz⁵², si può dire che entrambe rinvengano la loro ragion d'essere nel venir meno, nella memoria dei consociati, del loro oggetto: *id est* del reato, per ciò che concerne la prescrizione del reato; e della condanna (passata in giudicato), in rapporto alla prescrizione della pena. Si capisce, a questo punto, come la diversificazione tra queste due *species* del *genus* prescrizione penale, attestata dalla recisa differenziazione dei termini rispettivamente previsti nelle codificazioni per la loro maturazione, ben si possa far risalire al diverso impatto e, con ciò stesso, alla diver-

⁵¹ In questi termini la qualifica M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, München, 1955, p. 56.

⁵² Cfr. M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung*, cit., in part. p. 55 ss.

sa intensità del *ricordo sociale* che si associa alla commissione del reato, da un lato; e alla condanna definitiva del suo accertato responsabile, dall'altro. Breve: ciò che le accomuna è il loro poggiare sulla dispersione della memoria dei consociati, indotta dal decorso del tempo, riguardo a determinati fatti. Quel che le separa, di contro, è il differente grado di resistenza che a questa loro progressiva rimozione (sott.: dalla memoria sociale) oppongono quei fatti, in ragione della diversa caratura che si abbina al solo dato della commissione di un reato, da una parte; o a quello, ulteriore, che riguardo ad esso sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna a carico del suo autore, dall'altra. Vista la loro identità genetica, individuabile nel dato comune che il tempo ne cancella il ricordo, la loro diversificazione si lascia cogliere solo sul piano quantitativo del differente *quantum* di tempo occorrente allo spegnersi della memoria dei fatti sui quali esse incidono. Di qui il carattere puramente quantitativo della loro distinzione.

L'attacco alla concezione processuale della prescrizione del reato, in vista di una sua rimodulazione in senso sostanziale, muove dalla sua pretesa incompatibilità con la garanzia, oltre che dell'integrità, anche della completezza del materiale probatorio. In sostanza, si afferma che se fosse davvero l'esigenza di salvaguardare l'efficacia del materiale probatorio dalla portata corrosiva del tempo la *ratio* sottostante alla prescrizione dell'azione penale, questa dovrebbe fare eccezione per i casi nei quali il decorso del tempo (oltre i termini prescrizionali, s'intende), ben lungi dall'occultarle, renda chiare e inconfutabili prove prima mancanti o, quanto meno, incerte⁵³. Il che, viceversa, non è. Dello stesso segno è, d'altra parte, l'obiezione basata sull'incongruità, rispetto alla pretesa vocazione di tale prescrizione a porsi come presidio delle garanzie probatorie, della sua operatività nei casi nei quali, malgrado la maturazione dei suoi termini, sia intervenuta la *confessione* dell'imputato⁵⁴.

Che queste siano riserve suscettibili di infirmare la concezione processuale della prescrizione del reato è certamente innegabile. Nondimeno, ci sembra che, prima di decretarne la soccombenza rispetto a quella sostanziale, sia necessario fare i conti con due ordini di considerazioni.

⁵³ Cfr., sul punto, le indicazioni riportate da G. RINDFLEISCH, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, cit., p. 16.

⁵⁴ Su questa evenienza si sofferma specificamente S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 29.

In primo luogo, occorre riandare a quel tipico modo di costruire l'istituto della prescrizione, in materia penale, che anche la nostra esperienza ha perfettamente conosciuto e del quale si tratterà, poi, di stabilire le origini all'interno del pensiero penalistico tedesco. Si tratta della tendenza, già compiutamente messa in risalto in altra parte di questo lavoro⁵⁵, a costruire la prescrizione – in tutte le sue forme – come una sorta di esclusiva autolimitazione, da parte dello Stato, del potere punitivo di propria competenza. Ciò che ne fa emergere tratti di unilateralità incompatibili con una ricostruzione dell'istituto rivolta, anche e soprattutto, alla tutela di precisi controinteressi. Questa è, all'opposto, quella che si è andata consolidando in prosieguo di tempo e che rinviene detti interessi *esterni*, ai quali riservare una specifica protezione rispetto al potere punitivo dello Stato, in quelli dell'imputato. *Rebus sic stantibus*, la salvaguardia dell'integrità dei mezzi di prova rispetto alla loro erosione ad opera del tempo si presta ad essere letta come una garanzia apprestata non a tutela della loro conservazione in sé e per sé, ma ad esclusivo beneficio della posizione dell'imputato. E analogo discorso risulta confacente alla necessità di non prolungare indefinitamente i tempi del processo, onde evitare che questo si trasformi in una (sorta di) spada di Damocle, eternamente gravante sul destino dell'imputato medesimo. Se, dunque, non si tralasciano i profondi nessi intercorrenti fra la *ratio* della prescrizione dell'azione penale (*Verfolgungsverjährung*) e la protezione dell'imputato, non sarà più possibile intravedere eccezioni contrastanti con le esigenze di questa prescrizione nelle ipotesi nelle quali la scoperta della verità dei fatti e/o la confessione dell'imputato abbiano luogo *dopo* la maturazione dei termini prescrizionali di volta in volta stabiliti. Ciò, appunto, in quanto si vuol garantire non il processo penale in sé riguardato; ma soltanto la posizione dell'imputato contro il rischio di erosione del materiale probatorio (a suo favore) indotto dal decorso del tempo.

In secondo luogo, occorrerà considerare partitamente le diverse argomentazioni addotte dai fautori delle concezioni sostanziali della prescrizione del reato nell'esperienza tedesca e verificare se la loro efficacia persuasiva è veramente tale da superare quella rivendicata dalle ricostruzioni in chiave processuale della stessa, anche alla luce dei rilievi critici ai quali queste ultime si sono esposte e di cui abbiamo appena dato conto.

⁵⁵ Rinviando, al proposito, alle considerazioni che abbiamo sviluppato nel par. 1, cap. II.

8. Breve excursus sulle ascendenze comuni a prescrizione della pena e grazia

Prima ancora di procedere ad una sommaria ricognizione delle teorie sostanziali della prescrizione del reato e di tracciarne un bilancio, ci sembra peraltro necessario (tornare a) soffermarsi sui profili di unilateralità – nel senso del loro essere votate alla contemplazione esclusiva dell'interesse statale alla punizione, senza concedere spazio alcuno alle ragioni della difesa dell'imputato, diversamente da quelle processuali – che le connotano; e, se possibile, a reperirne le ragioni.

Senza che, in questo caso, l'incedere unilaterale della prescrizione possa rinvenire le assonanze con il concetto e lo sviluppo in chiave panciviltistica del diritto soggettivo di punire cui dà àdito l'impostazione tracciata sul punto, da noi, da Arturo Rocco⁵⁶, occorre ora vedere quale ne possa essere (considerata) la scaturigine nel panorama storico-culturale del diritto penale tedesco.

Ci sembra che possa essere utile, a questo proposito, rivolgere lo sguardo alla situazione che, in quel contesto, era dato rinvenire nell'epoca *anteriore* all'introduzione della stessa prescrizione del reato da parte delle diverse codificazioni degli Stati preunitari. Se la si esamina, si scorge immediatamente che – com'è stato evidenziato – il suo antecedente storico era dato dalla *grazia* (*Gnade*)⁵⁷. Da un atto di clemenza sovrana individuale, quindi, che andava ad incidere, in modo del tutto unilaterale, sulla *pena* inflitta al condannato. Che, poi, esista una ricorrente correlazione storica fra prescrizione della *pena* e grazia è ulteriormente confermato dal fatto che, a più riprese, coloro che hanno avversato la prima, dichiarandosi favorevoli alla sua soppressione, ne hanno auspicato la sostituzione proprio con la *grazia*⁵⁸.

Si tratta di un'acquisizione di un certo interesse, nella prospettiva che qui interessa. Occorre, tuttavia, guardarsi dal sopravvalutarne il significato, poiché fra prescrizione e grazia sussiste sempre l'insupera-

⁵⁶ D'obbligo, anche in questo caso, il richiamo a quanto esposto al cap. II, *sub* par. 1.

⁵⁷ Cfr., in questo senso, quanto riportato da SCHÄFER, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. 2. Band. Allgemeiner Teil. 14. bis 25. Sitzung*, Bonn, 1958, p. 332.

⁵⁸ E, in effetti, si muovono in questa direzione i propugnatori dell'eliminazione della *Vollstreckungsverjährung* nell'epoca del diritto penale nazionalsocialista richiamati *infra*, nt. 20-27, par. 11, cap. III.

bile linea divisoria corrente fra un istituto di portata *generale*, come la prescrizione; e uno di portata *individuale*, come la grazia. Ciò nonostante, essa non appare priva di corollari. Due, in particolare, sono quelli che possono trarsene *ictu oculi*.

Il primo è quello che, contrariamente a quanto desumibile da tutte le indagini storiche sull'argomento, porta a scorgervi i segni di un inaspettato carattere primigenio della prescrizione *della pena rispetto a quella del reato*. In effetti, dato che entrambe rinvencono il proprio antecedente storico nella grazia; e che quest'ultima incide direttamente sulla pena e non sul reato, se ne dovrebbe evincere che, appunto per il tramite della grazia che ne ha consentito l'ingresso, anche se sotto mentite e, soprattutto, *ridotte* spoglie, nel sistema, la prescrizione della pena vi avrebbe avuto accesso ancor prima di quella del reato. Ciò che segna un evidente punto di scarto dalle analisi storiche sul fenomeno prescrizione in materia penale, di cui finora abbiamo dato conto.

Il secondo attiene, invece, al carattere del tutto discrezionale e unilaterale della grazia. Se questa è, effettivamente, l'antesignano di ogni specie di prescrizione, è evidente che questo suo carattere non ha potuto non riverberarsi, almeno in origine, su quello delle diverse forme di prescrizione. Ne segue che ogni ipotesi in cui quest'ultima ricorrevva doveva essere riportata, in origine, ad una precisa autolimitazione del potere sovrano al riguardo. Il che implica, a sua volta, che rispetto a tale scelta legislativa, così come nei confronti dell'atto di grazia, il singolo cittadino non poteva vantare diritto alcuno, gli effetti favorevoli propagandosi su di lui soltanto in quanto radicati su un'autolimitazione del potere punitivo che prescindeva da qualsiasi rapporto con lui e/o con la sua posizione.

In quest'ottica, appare allora verosimile che tutte le forme di prescrizione abbiano, almeno inizialmente, conservato i segni dell'*imprinting* loro conferito dall'istituto attraverso il quale sono stati veicolati, anche se soltanto per casi *singoli*, nel sistema, vale a dire la grazia. E che questa impronta si sia mantenuta, anche se in modo non del tutto consapevole, nell'interpretazione di tutte le sue *species*, compresa (quella del)la prescrizione del reato.

9. Il fondamento sostanziale delle concezioni unitarie della prescrizione. La tesi di Lourié. Critica

Muovono coerentemente dalle teorie della pena le impostazioni inclini a dare una coloritura sostanziale anche alla prescrizione del reato.

Merita di essere segnalata, al loro interno, per il connubio fra il richiamo sempre ricorrente *in subiecta materia* alla forza del tempo e il rispetto – almeno formale – dei postulati della concezione *retributiva* della pena, la ricostruzione delle sue *motivazioni* offertane da Lourié⁵⁹. Puntuale appare, in prima battuta, la precisazione che non all'efficacia del (decorso del) tempo in quanto tale, ma alle modificazioni che questa irradia nella cornice del rapporto fra reato e pena bisogna far capo per comprendere perché la prescrizione – sott.: anche del reato – determini il venir meno del bisogno di punire che dal primo discende⁶⁰. Tali alterazioni del rapporto fra l'autore del reato e la pena che gli si dovrebbe applicare vanno inquadrare – come detto – nella cornice della concezione retributiva di quest'ultima. Posto che nella sua logica la pena si presenta invariabilmente come il *malum passionis* arrecato *propter* (il) *malum actionis*, si richiede che essa si atteggi a precisa risposta alla volontà criminosa manifestata dal soggetto mercé la commissione del reato⁶¹. Proprio perché possa adempiere a questa funzione, si esige che la pena intervenga a colpire quella volontà finché essa risulta ancora compenetrata nella realizzazione del reato. Solo a queste condizioni sarebbe dato a quella di svolgere quel ruolo *compensativo* di questa, che le è essenziale nella prospettiva di attuare il proprio compito retributivo. Di qui l'esigenza che la reazione, che vi è insita, sia *pronta; ergo*, intervenga entro un ragionevole lasso di tempo.

Ove ciò non accada, la funzione attribuita alla pena non risulterebbe più attuabile. Infatti, il disagio e lo scuotimento morale prodotti dalla commissione del reato sarebbero rimossi e, con ciò stesso, *compensati* da tutta la serie di avvenimenti successivi che si interpongono fra la sua realizzazione e l'intervento della pena⁶².

Di qui, allora, un nuovo modello di spiegazione teorica da utilizzare tanto per la prescrizione del reato, quanto per quella della pena. Il tempo non rilevarebbe in sé e per sé, ma solo in quanto il suo incedere dà luogo a tutta quella serie di fattori, susseguenti al reato, progressi-

⁵⁹ Cfr. S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 59 ss.

L'accento posto nel testo circa il fatto che l'impostazione sostanziale investa le ragioni della prescrizione del reato si spiega con il rilievo che questo stesso Autore, laddove si tratta di darne una collocazione sistematica, opta, invece, a favore della soluzione *processuale* (cfr. *infra* nel testo).

⁶⁰ Così S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 58.

⁶¹ Su questa esigenza cfr. S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 59.

⁶² Cfr. sempre LOURIÉ, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

vamente capaci di incidere sul ricordo e le emozioni collegati al fatto commesso, sì da neutralizzarne le sensazioni che vi si associano nella stessa mente del suo autore; e da rendere, a quel punto, inutile, nonché dannoso, il suo assoggettamento ad una pena che questi non potrebbe più comprendere come vòlta a compensarne una colpevolezza che quei fattori hanno già provveduto ad elidere e, quindi, a compensare.

Sin qui Lourié e la chiave di lettura di stampo sostanziale che della prescrizione in materia penale la sua costruzione fornisce.

Non poche, peraltro, le perplessità che suscita.

Alcune si possono relegare in posizione marginale. Così, l'idea che alla commissione di ogni reato si accompagni una sorta di sconvolgimento morale del suo autore, che l'inflizione della pena deve cogliere e colpire in modo tempestivo perché questi possa rinvenirvi effettivamente una retribuzione per ciò che ha fatto, sconta, già in partenza, il dato che non pochi sono i reati alla cui realizzazione ben difficilmente sembra potersi associare quel *pathos* che questa dovrebbe sempre generare. Basti pensare – ragionando in termini che non sono quelli di Lourié, ma quelli attuali – ai reati *a condotta neutra*, ossia posti in essere in un «contesto lecito di base»⁶³. D'altra parte, per storicizzare il giudizio sull'assunto di Lourié, è sufficiente richiamare quanto da lui stesso esposto, esaminando le teoriche che rinvengono il fondamento della prescrizione in materia nel venir meno del ricordo sociale del fatto per effetto del decorso del tempo, a proposito delle contravvenzioni (*Übertretungen*) e delle tracce che queste possono lasciare nella memoria dei consociati. Sul punto, Lourié non esita a giudicare «ridicola» la pretesa di scomodare la memoria di tutti i contemporanei rispetto alla *Übertretung* della quale è chiamato a rispondere chi «procede in modo troppo veloce su una strada frequentata»⁶⁴. Ma, *ceteris paribus*, non molto più serio sembrerebbe, a fronte della stessa ipotesi, immaginare un autentico «scuotimento morale» nel soggetto che di tale contravvenzione è chiamato a rispondere. La sensazione, insomma, è che il disagio e il caos morale, che Lourié vorrebbe associare alla realizzazione di ogni reato e che gli avvenimenti aventi luogo nel tempo successivo varrebbero a lenire e a cancellare definitivamente, sì che se ne potreb-

⁶³ Mutuiamo l'efficace espressione, presente in diversi contributi dell'Autore di cui trattasi, impiegata da M. DONINI, (ad esempio) in *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 359.

⁶⁴ S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 18.

be predicare la compensazione rispetto al loro autore, *non* possano essere additati come una costante di *tutti* i reati; ma potrebbero, se mai, abbinarsi soltanto ad una cerchia di reati effettivamente più gravi⁶⁵.

La prospettazione della ragion d'essere della prescrizione penale delineata da Lourié (ci) pare poi gravata da incognite di fondo non facilmente superabili. Ammesso e non concesso che la prescrizione valga effettivamente a segnare il limite temporale ultimo oltre il quale, essendosi dissolto quel legame interiore fra il reato e il suo autore dato dal sommovimento morale che il primo genera nel secondo, quest'ultimo non può più rinvenire nella pena la compensazione per ciò che ha commesso, rimane tutto da definire il meccanismo di determinazione degli stessi termini di prescrizione. Come potrebbe conciliarsi la loro previsione da parte della legge, *ergo* in via generale e astratta, con il fatto che il venir meno del bisogno di pena sarebbe condizionato da parametri tanto soggettivi e, per ciò stesso, variabili, quali quelli indicati da Lourié?

Quello che comunque ci appare essere il vizio principale affiorante dall'intera elaborazione teorica di Lourié risiede nella mancata indicazione e/o nella mancata caratterizzazione di quei fattori che, nell'arco di tempo successivo al reato, svolgerebbero la funzione di *compensare* il turbamento creato nel suo autore dal fatto di averlo commesso. E renderebbero per tale via inutile, perché già avvenuta in forza del loro intervento, la successiva applicazione della pena. Per poter assolvere a un tale compito di compensazione, verrebbe da pensare che dovesse essere loro coesenziale una strutturazione in chiave *antagonistica* rispetto al reato commesso. Viceversa, l'impostazione di Lourié non si sofferma su questo aspetto e si limita ad evidenziare la valenza compensativa dei diversi avvenimenti che nel tempo si sono succeduti al reato, evidenziando questa loro connotazione come risultato ultimo del loro concorso. Con il che la loro conformazione resta ineludibilmente *neutra*.

Ciò non manca di far risaltare una grave incongruenza nella costruzione di Lourié. Nata con l'intento di staccarsi dalle teorie che ravvisavano il fondamento della prescrizione penale nella (sola) forza del tempo, finisce con lo sfociare in un esito che è proprio quello che voleva evitare. In effetti, se è vero che la radice della prescrizione dovrebbe risiedere nella capacità di compensare la volontà che ha condotto alla sua commissione da parte di avvenimenti via via succedutisi in un de-

⁶⁵ In tal senso S. LOURIÉ, *op. ult. cit.*, p. 18 s.

terminato arco di tempo posteriore al reato, la mancata specificazione dei loro caratteri ne fa risaltare, conclusivamente, l'indifferenza. Il che significa che quel che conferisce loro la predetta valenza compensativa è il solo fatto che essi, *di qualunque natura siano stati*, si sono prodotti in un certo *lasso di tempo* posteriore al reato. Dunque, il solo dato certo, ai fini della maturazione della prescrizione, resta il fatto che è trascorso un congruo arco di tempo, variabile a seconda della tipologia dei reati commessi, dal momento della loro realizzazione. Il che val quanto dire che ciò che decide dell'*an* della prescrizione è, sempre e soltanto, il decorso del tempo. Cosa che convalida quella teoria della forza del tempo che Lourié, viceversa, puntava a sconfessare.

Quanto all'idea di abbinare, ai fini della legittimazione della prescrizione, la forza del tempo e l'efficacia retributiva della pena, in questo contesto non appare legittimo neppure accennare ad una presunzione di retribuzione del reo durante il tempo necessario alla maturazione dei termini prescrizionali. Data la mancanza di qualsivoglia fondamento che la inficia, piuttosto che di presunzione si dovrebbe parlare *tout court* di *finzione*.

In sostanza, l'insistere delle opzioni teoriche di Lourié sulla sola forza del tempo, anziché su fattori realmente antagonisti alla volontà criminosa – manifestatasi nella realizzazione del reato – sprigionatisi durante il suo corso, ne favorisce un accostamento all'opinione espressa in termini assai più diretti, circa il fondamento della prescrizione in materia penale, più di quarant'anni dopo da Paul Bockelmann. Questi, nel quadro dei lavori svolti dalla *Großen Strafrechtskommission* incaricata della riforma del Codice penale, non esitò ad indicare nella sola forza delle cose e, in questo caso, del tempo l'unica vera ragion d'essere della prescrizione⁶⁶. Ciò in quanto durante il suo corso «*alles fließt*», cioè tutto scorre⁶⁷. Assunto, questo, che ripete la propria validità dal *pànta réi* (πάντα ρεῖ) coniato da Eraclito, alla cui stregua il decorso del tempo determina un'incessante opera di modificazione e trasformazione delle cose che ricadono sotto il suo influsso. Fenomeno, questo, dal quale non può andare esente neppure il rapporto fra il reato e il suo autore, sì da smarrire ogni traccia della sua originaria identità. Doverosa rimane, peraltro, l'avvertenza che, malgrado le sue illustri ascen-

⁶⁶ Cfr. P. BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, cit., p. 330.

⁶⁷ Testualmente P. BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, cit., *ibidem*.

denze filosofiche, questa massima si limita soltanto a *descrivere* in via generalissima il rapporto che corre fra il reato e il suo estinguersi per effetto del decorso del tempo; senza, invece, che se ne possa evincere la spiegazione in chiave penale di questo risultato.

10. *Un adagio irresistibile: la prescrizione si fonda, in penale, sul venir meno della memoria sociale del reato. Critica*

Dopo averne già avuto un primo riscontro nelle sarcastiche valutazioni datene da Lourié, dobbiamo ora confrontarci con uno degli argomenti evocati in modo più ricorrente per giustificare la prescrizione del reato, nella sua versione sostanziale, nonché quella della pena. Alludiamo al richiamo fondante, agli effetti della genesi di quest'istituto, al *ricordo sociale* del reato commesso. Specificandone meglio il ruolo, sarebbe precisamente lo *spegnersi* del ricordo sociale rispetto alla realizzazione *illo tempore* di un determinato reato, indotto dal decorso di un congruo lasso di tempo, a farne venir meno le ragioni della punizione. Breve: la circostanza che il corpo sociale lo abbia *dimenticato* costituirebbe la ragione decisiva per la quale il suo autore dovrebbe andare indenne da qualsiasi conseguenza penale (che vi si ricollegli).

Da sempre ampiamente valorizzata quale piattaforma privilegiata sulla quale erigere la prescrizione penale da parte della letteratura tedesca⁶⁸, l'idea che il decorso del tempo ne abbia cancellato (*getilgt*) o spento (*geschwundet*) il ricordo non manca di rinvenire significative concordanze negli orientamenti della nostra cultura penalistica al riguardo. Da noi, peraltro, all'assunto che l'efficacia estintiva della punibilità inerente alla prescrizione si radichi sul fatto che il tempo ha fatto scomparire il ricordo sociale del reato, si accompagna quello che abbia fatto cessare l'*allarme sociale* che vi si riconnette⁶⁹. Sebbene non si tratti di un'endiadi, il rapporto fra allarme sociale e ricordo sociale – la cui cessazione dà luogo alla prescrizione – è quello intercorrente fra due cerchi concentrici, dei quali il secondo possiede un'estensione co-

⁶⁸ Oltre a quanto desumibile dagli Autori già citati nel presente capitolo, può essere utile rifarsi alle indicazioni generali sulla *ratio* dell'istituto desumibili da H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 911.

⁶⁹ Questo modello di spiegazione (della funzione) della prescrizione in diritto penale è adottato, fra gli altri, da P. PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., p. 80.

munque maggiore del primo. In effetti, si può tranquillamente affermare che tutti i casi rispetto ai quali si riscontra, *rectius* si può riscontrare, (un) allarme sociale sono anche ipotesi in relazione alle quali è dato rilevare un ricordo sociale del reato; mentre non vale la reciproca. Invero, si possono nutrire le sensazioni di globale insicurezza germignanti dalla commissione di un determinato reato, *id est* percepirne l'allarme sociale, solo se di quel reato si conserva la memoria. Laddove, all'opposto, si può benissimo serbare, a distanza di molti anni, il ricordo di reati anche molto gravi realizzati in passato, senza che, peraltro, se ne avverta il pericolo di un'eventuale reiterazione; ciò perché, ad esempio, è venuto meno il retroterra storico-sociale della loro commissione. Così – e sempre salvo il pericolo di ipotetiche loro recrudescenze – si potrà certo mantenere il ricordo dei gravissimi fatti delittuosi commessi nel nostro Paese, a scopo di terrorismo, fra gli anni '70 e '80 del secolo scorso; ma non se ne potrà più avvertire il relativo allarme sociale, stante il venir meno delle condizioni politico-culturali entro le cui coordinate questi avevano avuto luogo.

Ritorniamo, dopo questo breve inciso, a quel concetto di *memoria sociale* del reato e, altresì, della condanna, attorno al quale, *rectius* al venir meno del quale per effetto del decorso del tempo, ruota la giustificazione della prescrizione, rispettivamente, del reato e della pena secondo l'impostazione che in Germania si può considerare prevalente. Ad onta del suo progressivo consolidamento, non sono mancate, sin dalle origini sulla discussione sulla prescrizione, in generale, e su quella della pena, in particolare, voci inclini a metterne in discussione la capacità di fornire delucidazioni effettivamente convincenti allo scopo. Già abbiamo dato conto dell'ironico giudizio di Lourié a proposito dell'attitudine a imprimersi nella memoria sociale di una contravvenzione data dall'inosservanza delle regole sul traffico stradale⁷⁰. Ma è lo stesso Lourié a denunciare, con un'osservazione di pregnanza ben maggiore, la stessa impraticabilità di una ricostruzione in via meramente *empirica* della nozione di memoria sociale. Questa finirebbe con il richiedere, invero, per mantenersi coerente con la propria essenza, la verifica della contemporanea convergenza del ricordo di *tutti* i consociati riguardo ad un certo reato (o, adattando il concetto anche alle esigenze della prescrizione della pena, ad una determinata condanna). Come fa opportunamente notare Lourié, ad impedirlo è il fatto stesso che di una vasta gamma di reati vengono a conoscenza *sol-*

⁷⁰ Lo abbiamo riportato nel paragrafo che precede.

tanto gli organi chiamati a perseguirli ⁷¹ e a dare esecuzione alle sentenze di condanna pronunciate in rapporto alla loro commissione. Né questo dato può reputarsi, *per incidens*, anacronistico nel contesto dell'odierna era mediatica ⁷², posto che, se pur questa contribuisce a catalizzare l'attenzione collettiva su certi fatti criminosi di cronaca, essa non vale certamente ad intaccare il rapporto di abnorme sproporzione fra ciò che giunge a conoscenza del pubblico e lo smisurato *quantum* che non vi perviene. Sempre ad incrinare la correttezza metodologica insita nel rifarsi alla persistenza o alla cessazione della memoria sociale collegata a certi reati (e alle pene irrogate dalle relative sentenze di condanna) per giudicare del perdurare o del venir meno – per prescrizione – del corrispettivo bisogno di pena, non è inopportuno nemmeno ricordare la posizione di chi ne aveva sottolineato l'inevitabile margine di relatività soggettiva. Il che si riassume nella constatazione che coloro che sono stati vittime del reato o, comunque, vi hanno subito un coinvolgimento anche indiretto, continueranno a mantenerne un ricordo per contro inaccessibile a quanti vi sono rimasti del tutto estranei ⁷³.

11. *Il contributo al dibattito sulla prescrizione del periodo nazionalsocialista*

Proprio con riferimento alla memoria sociale del reato e, soprattutto, del suo autentico referente, presenta spunti di interesse l'epoca del diritto penale nazionalsocialista. Come già l'esperienza scientifica ha avuto modo di asseverare in relazione ad altri settori del diritto penale, gli attacchi al diritto penale d'impronta liberale cui questo periodo storico ha dato luogo, malgrado non siano ovviamente condivisibili le matrici ideologiche sulle quali si reggono, hanno avuto comunque il merito di mettere a nudo aspetti di fragilità e criticità di determinati istituti e/o problematiche, sino a quel momento sfuggiti a censure di particolare portata ⁷⁴. Di qui l'esigenza di non rifiutarli pre-

⁷¹ Cfr. S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 18.

⁷² Sull'influsso dell'era mediatica sulla selezione dei fatti dei quali si conserva l'effettivo ricordo sociale, rinviamo all'importante studio di C.E. PALIERO, di cui daremo conto *infra*, par. 13, cap. III.

⁷³ Sul punto cfr. S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 18.

⁷⁴ Un esempio eloquente può essere colto con riferimento alla tematica del rea-

giudizialmente *in toto* e di farli fruttare, invece, in questa specifica direzione.

Circa le prospettive che, *de lege ferenda*, si aprivano in quel periodo per la prescrizione, ogni sua proiezione in senso *sostanziale* veniva drasticamente esclusa. Ciò che si armonizzava perfettamente con le concezioni della pena e della sua funzione che vi andavano prendendo corpo. La radicalizzazione di marca rigorosamente retributiva, che promana da questo versante⁷⁵, porta alla conclusione che *mai* potrà competere al tempo la valenza di cancellare il reato commesso⁷⁶. Se la prescrizione manterrà una ragion d'essere, ciò sarà circoscritto alla sola necessità di evitare che, per via del lungo lasso di tempo trascorso dal (momento del) commesso reato, venga meno la possibilità di reperirne le prove⁷⁷. Ammessa, dunque, la *Verfolgungsverjährung*, intesa in chiave esclusivamente *processuale*⁷⁸, nessuno spazio era disponibile, in ragione dell'impronta sostanziale che la connotava, per la prescrizione della pena⁷⁹. Di qui l'esigenza di sopprimerla e di ricorrere in suo luogo, ove se ne fossero ravvisate le condizioni a beneficio del condannato, alla *grazia*⁸⁰.

to omissivo improprio e, nella specie, dell'individuazione degli obblighi il cui inadempimento, nel concorso del verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva (sott.: causalmente orientata) di parte speciale, dà luogo alla sua integrazione. Proprio durante il periodo del diritto penale nazionalsocialista venne definitivamente rigettata, ad opera di Friedrich Schaffstein, la teorica che puntava ad operarne una selezione sulla sola base delle fonti *formali* dalle quali (detti obblighi) promanavano, sì da determinare quello spostamento di accento – anche – sul loro contenuto, che è diventato patrimonio costante della trattazione di questa tipologia di reati.

Sul ruolo della posizione di Schaffstein al riguardo cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, in part. p. 126 s., nt. 12.

⁷⁵ Per una specifica accentuazione di quest'aspetto cfr. A. HASSELBERG, *Zur Frage der Verjährung im kommenden Strafrecht. Kann das Institut der Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung, wie es in den §§ 66-72 Reichsstrafgesetzbuch geregelt ist, beibehalten werden?*, Erlangen, 1935, p. 29.

⁷⁶ Così, lapidariamente, REIMER, in F. GÜRTNER (a cura di), *Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, 2. Auflage, Berlin, 1935, p. 247.

⁷⁷ In questo senso REIMER, in F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, cit., p. 247.

⁷⁸ Tanto che, in conseguenza di quest'opzione, se ne individuava il luogo di corretta collocazione non già (e non più) nel Codice penale, ma in quello di procedura penale: cfr. REIMER, in F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, cit., p. 249.

⁷⁹ REIMER, in F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, cit., p. 250.

⁸⁰ REIMER, *op. ult. cit., ibidem*.

Quel che si vuole primariamente cambiare, rispetto all'impostazione del diritto penale liberale, sono comunque gli orizzonti entro i quali calare l'istituto della prescrizione penale. Il mutamento investe, prima di tutto, la (questione della) titolarità dello *ius puniendi* e (del-)la sua conformazione giuridica. Cade il postulato che il diritto punitivo sia un diritto soggettivo mettendo capo allo Stato e che soggiaccia alle stesse vicende – in questo caso interessano, evidentemente, quelle estintive – (proprie) degli altri diritti soggettivi, ivi compresa quella di estinguersi per effetto del suo mancato esercizio entro un determinato lasso di tempo⁸¹. E lo si vede, invece, come una prerogativa esclusiva della *comunità*⁸². Quest'ultima, a sua volta, si identifica nell'ordinamento giuridico. Proprio di fronte all'ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*), non ha il tempo idoneità alcuna a cancellare il reato⁸³.

Il corollario di quanto detto, sotto il profilo della memoria sociale – ammesso e non concesso che in questo contesto essa sia in grado di mantenere una sua autonoma rilevanza – che qui interessa, è che il suo referente andrà individuato nell'ordinamento giuridico; e, più precisamente, nei mezzi di cui questo dispone per garantirne la conservazione.

12. Verso un concetto di memoria sociale meno vago e inconsistente di quello consegnatoci dalla tradizione penalistica

Quanto appena dedotto dall'esperienza del diritto penale nazional-socialista non vuol essere assolutamente una conclusione; ma, piuttosto, un avvio per la determinazione del concetto di memoria sociale che si assume rilevante nella prospettiva della prescrizione. Tutto quello che finora abbiamo esposto sul tema deve, in sostanza, rappresentare una sollecitazione a confrontarsi con una problematica che la letteratura penalistica, pur così prodiga di richiami al ricordo sociale e,

⁸¹ Per il rigetto della concezione del diritto penale come diritto soggettivo dello Stato di punire e (della tesi) del correlativo instaurarsi di un *rapporto giuridico* fra lo Stato inteso in tal guisa e il reo, cfr. A. HASSELBERG, *Zur Frage der Verjährung*, cit., p. 28 s.; con specifico riferimento all'idea che tale diritto dello Stato possa estinguersi per effetto del decorso del tempo, se ne veda l'esplicita ripulsa da parte di A. HASSELBERG, *op. ult. cit.*, p. 32 s.

⁸² Su questo aspetto insiste sempre A. HASSELBERG, *Zur Frage der Verjährung*, cit., p. 27 ss.

⁸³ In questo senso ancora A. HASSELBERG, *Zur Frage der Verjährung*, cit., p. 33.

nella specie, all'intervento della prescrizione in conseguenza del suo venir meno, ha di fatto eluso.

Si è così pervenuti a ricorrere al suo impiego *sub specie* di uno stereotipo tralatizio al quale comodamente ricorrere senza nemmeno l'onere di precisarne le modalità d'uso. Un serio confronto con questo concetto è sempre mancato, malgrado l'importanza che gli si è annessa in rapporto al tema della prescrizione. Tutto questo laddove studi di scienze sociali si sono, viceversa, ampiamente soffermati sulla nozione di memoria sociale e sul suo *ubi consistam*. Né si può parlare in modo appropriato di una sorta di atteggiamento autoreferenziale della cultura penalistica nell'accostarsi ai risultati maturati in seno ad altre discipline: ciò avrebbe presupposto che dal suo interno venisse delineato un qualche modo di intendere la memoria sociale, che prescindesse dagli apporti forniti da altre scienze. Il che, precisamente, è quanto *non* è avvenuto.

Di qui l'esigenza di rifarsi agli studi testé menzionati per riempire di contenuto un concetto che, in caso contrario, continuerebbe a risultare irrimediabilmente vuoto.

13. *L'apporto delle scienze sociali nella delineazione di una diversa nozione di memoria sociale: la memoria culturale*

Quelle sinora evidenziate sono ragioni già ampiamente sufficienti a dimostrare l'improcrastinabile necessità di un'implementazione del concetto di memoria sociale.

Un'altra, nondimeno, se ne aggiunge *a latere* e, in un certo qual modo, *a contrario*. Attinge, precisamente, alle caratteristiche dell'era mediatica e del *modus operandi* dei *mass media* sulla percezione della realtà da parte dei consociati. Si allude, in questa prospettiva, alla loro vocazione non soltanto a concentrare il ricordo sociale su determinati eventi; ma altresì, nel quadro di quel meccanismo di selezione (fra i vari accadimenti) che è loro essenziale⁸⁴, a calare il sipario dell'oblio su altri⁸⁵.

⁸⁴ Di questi meccanismi si veda – nella nostra letteratura – l'approfondita disamina di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 306.

⁸⁵ Su questa duplice funzione dei *mass media*, volta a separare ciò che si deve ricordare da ciò che si deve, invece, dimenticare, cfr. C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 307.

Proprio allo scopo di verificare e, se del caso, contrastare questa loro attitudine a *far dimenticare*⁸⁶ certi fatti all'opinione pubblica, così da farli uscire dal circuito della memoria sociale, è indispensabile definire l'*ubi consistam* di quest'ultima e specificarne le capacità di resistenza agli appena indicati fenomeni di erosione e rimozione, che possono investire i dati di cui essa è portatrice.

Assolvere a questo compito implica l'obbligo di rifarsi alle acquisizioni che, sul punto, forniscono i contributi di quegli studi di scienze sociali e di psicologia sociale che si sono confrontati *ex professo* con questo tema.

Ciò che rende doverose due avvertenze: una di *spazio* e una di *metodo*. La prima, certamente di minore importanza, attiene al fatto che l'«incursione» negli ambiti di competenza di altre discipline dovrà essere circoscritta nei limiti dello strettamente indispensabile, ché sarebbe evidentemente un fuor d'opera immergersi in un serrato e pieno confronto con scienze ispirate da criteri loro propri e indirizzate al conseguimento di scopi che non sono ovviamente quelli di questo lavoro. La seconda, in parte (già) insita nella prima ma indubbiamente di maggior peso, attiene all'imperativo di una rigorosa cautela tanto nelle modalità di ricorso ai canoni seguiti da tali scienze, quanto nell'adesione ultima alle valutazioni che da queste discendono.

Salvo scendere a tutte le ulteriori specificazioni che la genericità di questa definizione impone, la memoria *sociale* sembra potersi identificare nel complesso di tutte le *esperienze* presenti in una determinata collettività – di qui la sua fungibilità con la nozione di memoria *collettiva* – in un certo momento storico⁸⁷. A comporla, peraltro, non sono soltanto ingredienti di natura *soggettiva*, quali quelli che si associano a (ricordi di) speranze, desideri o delusioni di epoche passate. Ma sono soprattutto, in virtù della loro minor cedevolezza al logorìo del tempo, tutti quei fattori di carattere *materiale* sui quali i segni di un'epoca passata rimangono impressi in modo tendenzialmente indelebile; in quest'ottica si prestano ad essere valorizzate le testimonianze fornite da architettura, paesaggi, *aut similia* di un dato periodo storico⁸⁸. Questi ultimi veicoli del ricordo del passato si connotano segnatamente per

⁸⁶ Sul punto, rinviamo ai passi di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., ricordati nelle nt. 84-85.

⁸⁷ Cfr. H. WELZER, *Das soziale Gedächtnis*, in ID. (a cura di), *Das soziale Gedächtnis. Geschichte, Erinnerung, Tradierung*, Hamburg, 2001, p. 11.

⁸⁸ Cfr. H. WEIZER, *Das soziale Gedächtnis*, cit., p. 12.

una loro spiccata peculiarità: quella di non essere finalisticamente orientati, nelle intenzioni di chi vi dà luogo, ad una proiezione nel futuro di esperienze del passato; e di svolgere questa funzione, viceversa, in via meramente *oggettiva* (*absichtslos*, per riprendere la terminologia tedesca che ne evidenzia la loro *non* preordinazione alla trasmissione di ricordi del passato⁸⁹). La valenza da loro assunta in questa direzione vale a giustificarne l'inserimento proprio all'interno dei *mezzi* (*Medien*) della *memoria sociale*⁹⁰.

Tralasciando altre distinzioni che pure figurano tra quelle rilevanti in relazione alle forme della memoria sociale⁹¹, ci concentriamo ora su quella – sicuramente di notevole interesse agli effetti che qui interessano – imperniata sul carattere *comunicativo* o *culturale* (del processo di acquisizione) della memoria sociale. Il suo modo di tramandarla e, corrispettivamente, di apprenderla in via *comunicativa* è quello che ha luogo mediante l'interazione diretta, prevalentemente orale, fra più soggetti. Indubbiamente improntata ad un maggior grado di flessibilità e, con ciò stesso, di ampiezza quali-quantitativa, questa forma di trasmissione della memoria sociale sconta, peraltro, il limite di non godere, in ragione della stessa fluidità dei mezzi di cui si avvale, di un grado di consolidamento tale da garantirne la permanenza nel tempo⁹². Il che non toglie, comunque, che anche di essa si possa predicare la qualità di mezzo della memoria sociale.

Sono, tuttavia, il concetto di *memoria culturale* e gli strumenti che danno luogo alla sua formazione a dimostrare una maggior congruenza rispetto allo scopo, che qui ci si propone, di pervenire alla delineazione di una nozione di memoria atta a rispecchiare quella (che si dovrebbe ritenere propria) dell'ordinamento giuridico.

Quando si fa riferimento all'idea di memoria *culturale*, occorre guardarsi preventivamente dal rischio di scambiare con altre due

⁸⁹ Questa loro prerogativa è sottolineata in questi termini da H. WELZER, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁹⁰ Per un'ampia introduzione a questa tematica cfr. A. ERLL, *Medien des kollektiven Gedächtnisses: Ein (erinnerungs-)kulturwissenschaftlicher Kompaktbegriff*, in A. ERLL-A. NÜNNING (a cura di), *Medien des kollektiven Gedächtnisses. Konstruktivität – Historizität – Kulturspezifität*, Berlin-New York, 2004, p. 4 ss.

⁹¹ Si veda, ad esempio, quella tra mezzi *intenzionalmente* rivolti a riprodurre un'immagine del passato e quelli, invece, non preordinati a questo scopo, già affacciata nel testo.

⁹² Si vedano, al riguardo, le osservazioni di H. WELZER, *Das soziale Gedächtnis*, cit., p. 13.

species, in sé decisamente prossime, della memoria sociale; vale a dire, quella *attuale* e quella *funzionale*. L'una e l'altra presentano il tratto comune di avere ad oggetto ricordi che sono effettivamente presenti o in tutti i membri di un certo gruppo sociale di riferimento; o, quanto meno, nei soggetti che, all'interno di una determinata collettività, sovrintendono o cooperano ad apparati od istituzioni, il cui funzionamento postula la conoscenza attuale di informazioni precedentemente selezionate (ciò che pare addirsi sia all'amministrazione in generale, sia a quella della giustizia in particolare). Il vero e proprio tratto caratterizzante della memoria *culturale* sembra invece risiedere nel suo estendersi a ricomprendere non soltanto i dati che vanno memorizzati; ma anche quelli che – almeno contingentemente – vanno *dimenticati*⁹³. Quello di una *memoria che dimentica* è, peraltro, un ossimoro solo apparente. In realtà, le informazioni che non vengono memorizzate non sono *definitivamente* cancellate. Sono, piuttosto, *archivate*. In altri termini, sono accumulate in apposite aree della latenza in attesa, se e quando ciò si verificherà, che maturino le condizioni che loro consentano o impongano di riattualizzarsi.

In che modo potranno presentarsi queste condizioni?

Sotto forma di accadimenti concreti della normalità della vita quotidiana, suscettibili di richiamare alla memoria sensazioni che parevano ormai «archivate» alla stregua di quanto appena precisato, nel caso della «*Madeleine*» di proustiana memoria⁹⁴⁻⁹⁵. Non a caso, si instaura uno specifico parallelismo fra la memoria involontaria dell'individuo ipotizzata da Proust e gli archivi destinati a riempirsi dei ricordi rimossi nel contesto della memoria sociale *culturale*⁹⁶.

Quanto appena detto non deve, soprattutto, ingenerare una confusione fra la natura del materiale accumulato in quegli archivi e la volontà che presiede alla loro creazione. Anche se si accetta l'equazione

⁹³ Su questa specifica connotazione della memoria culturale cfr. A. ASSMANN, *Zur Mediengeschichte des kulturellen Gedächtnisses*, in *Medien des kollektiven Gedächtnisses*, cit., p. 47 s.

⁹⁴ Sulla capacità del *sapere* di un pezzetto di *madeleine* di attivare un universo di ricordi del passato si vedano le splendide pagine di M. PROUST, *Alla ricerca del tempo perduto*, trad. it. di G. RABONI, vol. I, II ed., Milano, 1983, p. 55 ss.

⁹⁵ Il richiamo a Proust e al suo esempio circa la forza evocativa di ricordi posseduta dalla *Madeleine* si rinvergono in A. ASSMANN, *Zur Mediengeschichte des kulturellen*, cit., p. 48.

⁹⁶ Lo si trova tracciato, in effetti, da A. ASSMANN, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

fra memoria involontaria e archivi della memoria culturale, ciò non deve far pensare che il loro approntamento risalga (anch'esso) ad un atto involontario. All'opposto, la scelta di archivi o altri veicoli di accumulazione e trasmissione della memoria culturale⁹⁷ risale ad una precisa volontà di elevarli a mezzi (*Medien*) della memoria sociale; luoghi, quindi, nei quali la memoria sociale è accantonata a tempo indeterminato, ma ai quali è sempre possibile accedere ove se ne manifesti la necessità. Che, poi, questi centri di accumulazione di dati della memoria sociale oggetto di contingente rimozione abbiano una propria precisa consistenza materiale, essendo a ciò destinati biblioteche, archivi o magazzini di musei, non toglie che quel che imprime loro tale qualità sia sempre e comunque quella destinazione e non la loro conformazione materiale. Sicché questa loro qualità, permanendone intatta la destinazione, non viene meno laddove pure intervenga quella smaterializzazione del contesto in cui i dati sono contenuti, che l'avvento di Internet ha comportato⁹⁸.

14. *I mezzi (di conservazione) della memoria culturale di cui dispone il diritto penale: la loro insensibilità all'azione del tempo*

Rintracciati nei percorsi (di raggiungimento) della memoria sociale di tipo culturale gli strumenti più idonei alla formazione di un patrimonio di ricordi capace di perdurare nel tempo all'interno di ogni collettività, resta ora da appurare se l'esperienza giuridica e, in particolare, il diritto penale se ne siano effettivamente serviti; se, in altri termini, nella loro concreta utilizzazione si possa davvero rinvenire il *quid* atto a illuminare le ampie zone d'ombra che la vaga e inafferrabile nozione di memoria sociale, delineata dalla cultura penalistica, ha finito con il generare.

Sulla scorta di quanto sopra esposto, occorre verificare se il sistema penale – per quel che qui interessa – disponga dei mezzi necessari a (dar luogo a) quei processi di accumulazione e immagazzinamento di informazioni *hic et nunc* sprovviste delle note della rilevanza, ma su-

⁹⁷ Sul ruolo assegnato, in questa prospettiva, agli archivi cfr. A. ASSMANN, *Zur Mediengeschichte des kulturellen*, cit., p. 50 s.

⁹⁸ Sulle conseguenze che ne sono derivate in rapporto ai meccanismi di accumulazione della memoria culturale cfr. sempre A. ASSMANN, *Zur Mediengeschichte des kulturellen*, cit., p. 55 ss.

scettibili di acquisirle in séguito, che la creazione di una memoria sociale (in senso culturale) postula.

E la risposta a una domanda formulata secondo queste cadenze non può che essere affermativa.

La giustizia penale dispone, infatti, di strumenti destinati a recepire notizie e informazioni non solo in vista del loro impiego diretto, ma anche nella prospettiva di una loro utilizzazione incerta sia nell'*an*, sia nel *quando*. Di dati, cioè, che si prestano anche ad essere contingentemente rimossi a patto che, ove ciò si renda necessario, sia garantita la possibilità di accedere alla fonte che li custodisce. A questo compito di (luogo di) conservazione di informazioni penalmente rilevanti, come le sentenze di condanna passate in giudicato e le altre tipologie di pronunce che vi devono essere iscritte, è deputato da noi il casellario giudiziale (la cui disciplina è oggi contenuta nel D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313)⁹⁹. Questa stessa funzione di archivio di dati penalmente rilevanti è assolta, nell'esperienza tedesca, dal *Zentralregister*, nel quale devono essere riportate le sentenze di condanna e le altre pronunce in materia penale indicate dal § 3 *Bundeszentralregistergesetz* (BZRG) del 18 marzo 1971 e successive modificazioni. A mezzo di questi archivi – espressione da intendere in senso lato – viene pertanto garantita quella memoria sociale dei fatti in questione, che la sua accezione in chiave *culturale*, appunto, sottende.

D'altra parte, in un circuito di memoria sociale vengono inserite anche le notizie relative all'esistenza di un determinato procedimento penale. Quel che avviene da noi mediante l'iscrizione di ogni notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., ha luogo anche in Germania, laddove le stesse indicazioni devono essere inserite nel *Verfahrensregister* a norma del § 492, Abs. 2, StPO.

Constate le modalità genetiche di questa forma di memoria sociale, che si sostanzia nel rimuovere certi oggetti dallo spazio della riflessione attuale e nell'immagazzinarli in un limbo potenziale che li salvaguarda dalla dispersione definitiva, appare evidente che il suo venir meno potrà aver luogo mediante un *actus contrarius* rispetto a quello che vi ha dato corpo. Il che potrà accadere o facendo venir meno *tout court* il contenitore in cui sono raccolti, *id est* l'archivio che li accoglie; ovvero, in modo meno radicale, espungendone uno o più da

⁹⁹ Definisce icasticamente recipiente della memoria penalistica il casellario giudiziale F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 1252.

quello stesso contenitore. Nell'un caso e nell'altro, la loro fuoruscita dal campo della memoria sociale non potrà che essere sorretta da un intento opposto a quello della loro conservazione, almeno virtuale, che ne aveva determinato l'inclusione in quel contesto.

L'aver specificato le condizioni di cessazione dell'appartenenza di un oggetto alla memoria sociale è importante perché consente di stabilire, *a contrario*, quali fattori *non* possono, per converso, determinarla. E permettono di concludere che, fra questi ultimi, non possa per definizione rientrare il *tempo*. Ciò inerisce alla stessa *ratio essendi* del concetto di memoria sociale cui ci siamo rifatti. Se questo nasce in forza della precisa esigenza di accantonare certi dati dalla memoria attuale, facendoli confluire in luoghi che ne rendano comunque possibile la conservazione in vista di un eventuale utilizzo, ciò significa che questi oggetti sono posti comunque al riparo, in forza della loro collocazione, dall'efficacia corrosiva del tempo.

Di immediata percezione è il corollario che da ciò discende per il tema che qui interessa. Cade, infatti, l'assunto, sostenuto principalmente riguardo alla prescrizione del reato, che questa rinvenga il proprio fondamento nel fatto che il decorso di un ampio lasso di tempo dal momento della commissione del reato faccia venir meno proprio la memoria sociale del fatto. In base a quanto sinora osservato, possiamo invero concludere che, quale che sia il *quantum* di tempo trascorso dalla realizzazione del reato, questo non varrà mai a estrometterlo dalla memoria sociale della collettività.

Ciò non vuol dire, a scanso di equivoci, che il reato sia insensibile agli effetti della prescrizione. Ma, solo ed esclusivamente, che quest'ultima ha una ragion d'essere *diversa* da quella della sua eliminazione dalla malferma e pressoché inconsistente idea di memoria sociale consegnataci dagli studi penalistici in argomento.

Sezione II

15. *Il ruolo della prescrizione della pena nel dibattito sulla natura della prescrizione*

Stante la sua indiscussa – almeno in apparenza – natura sostanziale, la prescrizione della pena sembrerebbe del tutto estranea al serrato dibattito che la letteratura di lingua tedesca ha dedicato al carattere,

sostanziale o processuale, della prescrizione del reato e alle implicazioni che dalle prese di posizione al riguardo discendevano.

Ciò, peraltro, è vero soltanto in parte.

Invero, non è dato rinvenire commistioni sul punto da parte di quelle impostazioni di pensiero inclini a sostenere la valenza *tout court* processuale della *Verfolgungsverjährung*. Al loro interno, la prescrizione della pena ha da sempre occupato una posizione del tutto autonoma, sì da non dar luogo ad interferenza alcuna con la prescrizione del reato e con le motivazioni che ne erano addotte alla base¹⁰⁰.

Lo stesso non si può dire, invece, riguardo agli orientamenti favorevoli ad un'interpretazione in chiave *sostanziale* della prescrizione del reato, ché questi non hanno esitato a fare un'utilizzazione per così dire «strategica» della conformazione dell'istituto della *Vollstreckungsverjährung* e a servirsene come argomento *ad adiuvandum* a sostegno delle proprie tesi.

Prima di confrontarci con le loro cadenze, ci sembra nondimeno opportuna una premessa volta a controbattere eventuali obiezioni a quanto finora esposto.

Si è data, infatti, per scontata un'acquisizione che, almeno dal punto di vista storico, pacifica non è: quella della natura sostanziale della *Vollstreckungsverjährung*. Al contrario, anche se di rado, sono state affacciate opinioni di segno opposto, tendenti a darne una coloritura (anche) *processuale*. Se ne è così intravista una proiezione processuale nel suo atteggiarsi ad ostacolo all'azione degli organi preposti all'esecuzione della condanna penale¹⁰¹. Già Binding, tuttavia, non aveva avuto esitazioni nel rigettare questa ricostruzione della prescrizione della pena e l'aveva liquidata sulla base del rilievo che essa ne scambiava la causa con l'effetto. Che gli organi dell'esecuzione penale non potessero dar corso alla condanna non era, invero, la *causa* di questa forma di prescrizione; ma era, piuttosto, *l'effetto* derivante dalla intervenuta estinzione della relativa condanna¹⁰². Un fenomeno, questo, che era simmetricamente opposto a quello ravvisabile in rapporto alla

¹⁰⁰ Emblematica, in tal senso, è la diversità delle motivazioni poste alla base di queste distinte *species* del *genus* prescrizione da K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., rispettivamente pp. 823 s. e 828.

¹⁰¹ Cfr., per questo orientamento, VON RISCH, *Ueber den rechtlichen Character der Criminalverjährung nach heutigem Recht*, in *GS*, 1884, p. 277.

¹⁰² Cfr. la replica alla tesi sostenuta da von Risch, di cui alla nota precedente, in K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 828, nt. 16.

prescrizione dell'azione penale. Qui, in effetti, era – nel contesto della ricostruzione processuale patrocinata da Binding – l'estinzione dell'azione penale, *sub specie* di causa, a determinare la paralisi del diritto penale sostanziale, quale proprio effetto¹⁰³. Da una valorizzazione del momento processuale della prescrizione della pena non si era mostrato alieno neppure Hans-Heinrich Jescheck all'atto di suggerirne – nel contesto della *Großen Strafrechtskommission* – la collocazione, anziché nel corpo del Codice penale, all'interno di una emananda legge sull'esecuzione penale (*Vollzugsgesetz*)¹⁰⁴. Scelta, questa, che, se vi si fosse dato corso, non avrebbe potuto non farne risaltare uno spiccato profilo *processuale*. Ogni suggestione in tal senso è stata, peraltro, fugata dallo stesso Jescheck nel suo manuale. In questa sede, infatti, si ha cura di precisare che sul versante del processo la prescrizione della pena dispiega soltanto i propri *effetti*, rinvenendo *aliunde* – cioè sul piano del diritto sostanziale – la propria causa¹⁰⁵. Sicché si viene a convalidare l'ordine di idee già sostenuto da Binding.

In prosieguo di tempo, la cerchia dei sostenitori della natura processuale della prescrizione della pena e, con questa, della prescrizione in genere ha conosciuto un inatteso allargamento per effetto dell'adesione a quest'ordine di idee da parte di Lourié¹⁰⁶. Esito, questo, davvero inopinato se rapportato alla fondazione dell'istituto prescrizionale che questo autore – come abbiamo visto¹⁰⁷ – inclina a dare. Ricordiamo, infatti, come questa poggi sul distacco, indotto dal decorso del tempo, del legame soggettivo tra la volontà criminosa dell'autore, nel modo in cui essa si è materializzata nel fatto di reato, e la pena, che dovrebbe intervenire a retribuirlo. Sicché la ragion d'essere di ogni forma di prescrizione parrebbe possedere una matrice inequivocamente *sostanziale*¹⁰⁸.

Nondimeno, all'atto di porsi il problema se questa sua teoria della

¹⁰³ Così ancora K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., *ibidem*.

¹⁰⁴ Cfr. H.H. JESCHECK, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, cit., p. 348.

¹⁰⁵ In questo senso, infatti, H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 911, nt. 1.

¹⁰⁶ S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 103 ss.

¹⁰⁷ Rinviamo alla delineazione del fondamento della prescrizione penale, secondo l'opinione di S. Lourié, di cui abbiamo dato conto al par. 9, cap. III.

¹⁰⁸ Cfr. ancora quanto esposto al par. 9, cap. III, tenendo peraltro conto dell'avvertenza contenuta nella nt. 48.

prescrizione si armonizzi con una sua collocazione sistematica in chiave sostanziale oppure processuale, Lourié opta per il secondo polo dell'alternativa¹⁰⁹. Ciò si spiegherebbe, secondo l'autore, con il dato che la dissoluzione del predetto legame fra reato e pena, nella versione soggettiva che ne viene fornita, non comporterebbe il venir meno della pena in sé e per sé considerata, ma solo quello della *punizione* (*Bestrafung*) che al primo si associa. Si precisa che quel che, per tale via, sarebbe escluso non dovrebbe essere ravvisato nella pena *minacciata in astratto* dalla legge per quel fatto; ma, unicamente, nella *concreta* punibilità del singolo fatto che a quella fattispecie legale corrisponde¹¹⁰. Il che si spiega, appunto, con l'impossibilità per la pena di svolgere, in quel caso, la funzione retributiva che le è essenziale. Si ripete – con un'insistenza degna di essere sottolineata perché conferma la centralità di quest'assunto nell'impostazione di Lourié – che la prescrizione globalmente intesa intacca solo l'esecuzione della pena; mentre non irradia alcun effetto sulla punibilità stabilita dalla legge, ché questa rimane intatta nella previsione astratta della relativa fattispecie incriminatrice ad onta della contingente paralisi della pena che vi si dovrebbe congiungere¹¹¹. In questo modo, il fulcro dell'intero meccanismo prescrizionale viene individuato nella *mancata esecuzione della pena* edittalmente stabilita per il reato commesso. Di qui un corollario decisivo, nel (quadro del) percorso argomentativo seguito da Lourié: la *Vollstreckungsverjährung* non è più una forma della prescrizione, magari da considerare secondaria rispetto alla prescrizione del reato, ma ne incarna l'autentico *ubi consistam*¹¹².

Quanto appena riferito non dice ancora nulla, peraltro, sulle ragioni che hanno spinto Lourié a ritenere conciliabile questa sua impostazione teorica della problematica prescrizionale con una collocazione in chiave *processuale* degli istituti che vi fanno capo. Questa si rinviene, invece, nel rilievo che la *concreta* punizione del fatto di reato non ha luogo *ex se*. Ma in tanto si realizza, in quanto a ciò provvedano gli apparati dello Stato all'uopo competenti¹¹³. Occorre, a questi effetti, lo svolgimento di un'attività alla quale sono preposti gli organi dell'ese-

¹⁰⁹ Cfr., al riguardo, S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 105 ss.

¹¹⁰ Così S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 107.

¹¹¹ Cfr. sempre S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., *ibidem*.

¹¹² È questa l'affermazione che trovasi, *expressis verbis*, in S. LOURIÉ, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

¹¹³ S. LOURIÉ, *op. ult. cit.*, p. 108.

cuzione penale¹¹⁴. Organi, dunque, che si muovono all'interno del processo penale e l'operato dei quali ha, per conseguenza, natura *processuale*. A sostegno di questa costruzione, Lourié fa perno anche su quelle precedenti opinioni (del tutto) minoritarie¹¹⁵ – lapidariamente confutate da Binding¹¹⁶ – che già in passato avevano propugnato la tesi della natura *processuale* della prescrizione della pena. Non è un caso che di tali opinioni avvenga il «recupero». Il tutto si inquadra nel tentativo di far assurgere la *Vollstreckungsverjährung* ad archetipo della prescrizione e ad assegnarle quella connotazione processuale, che Lourié ritiene essere l'unica compatibile con la prescrizione in generale¹¹⁷ e che l'opinione dominante circoscrive – come si è avuto modo di constatare – alla prescrizione del reato.

Al di là del limite rappresentato dal suo rifarsi a costruzioni della prescrizione della pena rigettate in modo quasi unanime, il limite della soluzione teorica affacciata da Lourié consiste nell'*aspecificità* di quella precisa rimozione della punizione (*Bestrafung*), che si indica come l'effetto della prescrizione. Alla domanda sul suo *ubi consistam* si può rispondere, *in negativo*, attingendo alle considerazioni affacciate da Lourié, che questo non si traduce nel venir meno della pena edittalmente minacciata con riferimento al reato commesso. Con questo passaggio, peraltro, si perviene a un risultato assai modesto. Ci si limita a dire, in sostanza, che in forza del suo intervento non si perverrà ad un'*abrogazione* della pena associata ad un determinato reato e, con ciò stesso, ad un'*abrogazione* di quel reato; ma, semplicemente, al risultato che *in concreto* questo non sarà punito. Con il che, nondimeno, si allude ad un effetto, quale quello della paralisi dell'attività degli organi giudiziari deputati all'esecuzione della pena, che è ben lungi dall'essere una prerogativa esclusiva della prescrizione. Lascia impregiudicata la punibilità *in astratto* del fatto e ne determina la non assoggettabilità a pena nel singolo caso concreto tutta una vasta gamma di fattori che va dall'assenza di un elemento del fatto tipico, alla presenza di una causa di giustificazione e, infine, alla ricorrenza di una causa di esclu-

¹¹⁴ S. LOURIÉ, *op. ult. cit., ibidem*.

¹¹⁵ Se ne possono vedere i richiami in S. LOURIÉ, *op. ult. cit., ibidem*.

¹¹⁶ Il pensiero corre, in particolare, a quella di von Risch (della quale abbiamo dato conto alla nt. 90 di questo capitolo), che rinviene una recisa confutazione in K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 828, nt. 16.

¹¹⁷ Rinviemo ancora a quanto sostenuto da S. LOURIÉ, *Die Kriminalverjährung*, cit., p. 107.

sione della colpevolezza. In tutti i casi testé indicati, quell'attività processuale punitiva dello Stato che ha per scopo l'applicazione della pena non può giungere a compimento. Se si polarizza la ricostruzione della prescrizione e del suo significato attorno al mancato prodursi della punizione in concreto del fatto (qui per la distanza temporale che separa la seconda dal primo), si finisce con il denotarne l'essenza sulla base di un effetto che è, invece, comune a un numero molto ampio di fattori suscettibili di incidere sull'esistenza del reato e sulla sua effettiva punibilità. Sicché si tratta di un dato che non fornisce alcuna informazione sullo *specimen* della prescrizione in materia penale.

15 bis. *La natura sostanziale della prescrizione della pena come argomento per rivendicare la stessa natura a quella del reato. Critica*

Ciò posto, va ora ricordato l'impiego «argomentativo» delle disposizioni sulla prescrizione della pena da parte dei non pochi fautori, nel panorama della letteratura tedesca, della concezione sostanziale della stessa prescrizione del reato. In effetti, una delle obiezioni più frequenti che questi indirizzavano nei confronti della ricostruzione in chiave processuale della *Verfolgungsverjährung* si reggeva precisamente sulla sua incompatibilità con l'istituto della prescrizione della pena. Invero, muovendo dal presupposto che *entrambe le forme di prescrizione in materia penale fossero da ricondurre ad una comune ragion d'essere*, si constatava agevolmente che quella addotta dai sostenitori della concezione processualistica della prescrizione del reato era insuscettibile di adattarsi a quella della pena. Si faceva notare come, mentre per la prima risultava pertinente l'idea che il decorso di un ampio lasso di tempo dal momento della commissione del reato comportasse il pericolo del deterioramento o, addirittura, del dissolvimento dei mezzi atti a provarlo e ad individuarne l'autore, da un siffatto pericolo era, viceversa, del tutto immune la *Vollstreckungsverjährung*. Quest'ultima, infatti, postulava quell'esistenza di una sentenza di condanna passata in giudicato, che sarebbe stata per definizione insensibile ad eventuali cangiamenti del materiale probatorio, sui quali si fondava, prodotti dal decorso del tempo. Di qui (la conclusione circa) l'inidoneità delle motivazioni addotte a sostegno della prima ad adattarsi alla seconda¹¹⁸. E la

¹¹⁸ Sviluppato questo rilievo M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Gesetz-*

preferenza per una ricostruzione in chiave sostanziale della *Verfolgungsverjährung* – quale quella che, ad esempio, fa perno sul venir meno, in entrambe, della memoria sociale del fatto – capace di adattarsi ad ambedue.

Ci sembra, nondimeno, che quest'ordine di idee non meriti accoglimento perché (è) inficiato da un vizio di fondo.

Lo si può rintracciare nello stesso presupposto dal quale quest'impostazione muove: quello della necessaria identità di *ratio* fra prescrizione del reato e prescrizione della pena. A tal proposito, è agevole riscontrare la fallacia metodologica del percorso seguito dall'impostazione appena tratteggiata: in luogo di procedere ad un'analisi disgiunta delle due *species* del *genus* dato dalla prescrizione penale e di verificare se queste palesino un'identità o una differenza di natura, si procede dall'assunto apodittico della loro non provata identità; per poi trarre i corollari che questa comporterebbe. Facilmente riscontrabili, quindi, (sono) i segni di una petizione di principio, ché si è dato per dimostrato quel che, invece, era... tutto da dimostrare. Ciò che non è affatto scontato, insomma, è che la prescrizione del reato e quella della pena abbiano la stessa natura. Del resto, la circostanza, attestata proprio dalla loro evoluzione storica in questa sede analizzata, che attorno alla prima si sia immediatamente coagulato quel consenso di opinioni e di legislazioni, che la seconda ha invece stentato a raggiungere, costituisce un indizio significativo della diversità e non della medesimezza della *ratio* ad esse rispettivamente sottostante.

Questa diversità delle due forme di prescrizione, d'altro canto, non ha mancato di trovare importanti riconoscimenti nell'esperienza tedesca, come soprattutto gli orientamenti maturati nella giurisprudenza in tema di prescrizione del reato non hanno mancato – come vedremo – di evidenziare. Dal punto di vista lessicale, peraltro, essa è stata recepita nell'alveo della polivalente nozione delle c.d. teorie *miste* della prescrizione. L'infelicità della denominazione adottata risulta ben chiara, se soltanto si pensa che con la stessa formula si è soliti designare quelle versioni della sola prescrizione del reato (*Verfolgungsverjährung*), che rinvencono, al suo interno, una *componente* sostanziale e una processuale¹¹⁹. Laddove, invece, nel quadro del rapporto fra prescrizione

gebung, cit., p. 56 ss. e gli Autori ivi richiamati. A quest'argomentazione fa riferimento, del resto, anche P. BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, cit., p. 330.

¹¹⁹ Come, ad esempio, quella adottata da H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 912 s.

del reato e prescrizione della pena nel suo complesso, avvalendosi del richiamo alle teorie «miste» si intende valorizzare la relazione corrente al loro interno fra *stadi* diversi dell'universo prescrizionale: quello processuale, corrispondente alla prescrizione del reato; e quello sostanziale, pertinente – dal canto suo – a quella della pena¹²⁰. Scomposizione, quest'ultima, con la quale, pur permanendo l'infelicità della denominazione scelta, si scolpisce in modo esatto il rapporto fra *Verfolgungs-* e *Vollstreckungsverjährung*.

16. *Le indicazioni della giurisprudenza tedesca circa la natura della prescrizione (del reato)*

Come abbiamo anticipato in apertura di questo capitolo, l'esame dell'esperienza tedesca in tema di prescrizione e, più in particolare, dei rapporti fra prescrizione del reato e prescrizione della pena non può pretermettere l'esame delle indicazioni fornite, sul punto, dalla giurisprudenza. Se la prescrizione della pena si deva e si possa intendere come un *aliud* rispetto a quella del reato o, all'opposto, come una sorta di sua appendice del tutto omogenea, dipende in maniera decisiva anche dalla conformazione, rispettivamente processuale o sostanziale, che gli organi giudicanti hanno attribuito, in progresso di tempo, a quest'ultima.

Corre, al riguardo, l'obbligo di sgombrare il campo da una possibile fonte di equivoci, che l'impostazione da noi già abbozzata del problema potrebbe ingenerare¹²¹. Alludiamo all'idea di rinvenire necessariamente, nella scelta a favore dell'una o dell'altra configurazione, unicamente la chiave di volta per risolvere positivamente o negativamente la questione circa la legittimità di quell'allungamento retroattivo dei termini della prescrizione del reato, che il perseguimento dei crimini commessi nella vigenza del regime nazionalsocialista esige.

Ora, è indiscutibile che questo obiettivo si prestasse ad essere raggiunto solo tramite una ricostruzione in termini processuali della

¹²⁰ Di questa diversa chiave di lettura del carattere «misto» della prescrizione dà conto SCHÄFER, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, cit., p. 334.

¹²¹ Alludiamo, in particolare, alle considerazioni introduttive sviluppate nel par. 1 di questo capitolo.

Verfolgungsverjährung, ch  un suo intendimento in senso sostanziale vi avrebbe frapposto tutti gli ostacoli derivanti dall'applicazione del principio di irretroattivit  in materia penale.

Sarebbe tuttavia, oltre che riduttivo, storicamente falso l'assunto che intendesse circoscrivere soltanto entro gli stretti confini di questa problematica la contrapposizione fra concezione processuale o sostanziale – senza aggiungere gli apporti sincretistici offerti dalle posizioni c.d. «miste» – della prescrizione del reato. In realt ,   proprio uno sguardo diacronico agli orientamenti maturati nella giurisprudenza prima del *Reichsgericht* (da questo momento *RGSt.* nelle citazioni) e poi del *Bundesgerichtshof* (d'ora in avanti *BGHSt.* nelle citazioni) a dimostrare come la dialettica fra queste due concezioni risulti di gran lunga anteriore all'emersione, nel secondo dopoguerra, della necessit  di confrontarsi, attraverso gli strumenti del diritto penale, con i crimini commessi nell'era del nazionalsocialismo.

Tre, comunque, sono i passaggi fondamentali, nei quali   condensata l'intera evoluzione giurisprudenziale in materia ¹²².

Il primo si riviene nell'arresto del *Reichsgericht* dell'8 ottobre 1885 ¹²³, nel quale si scorge una totale adesione ai postulati della tesi della valenza *sostanziale* della prescrizione del reato. Vi si ha cura di precisare *ex professo* che le disposizioni dello *Strafgesetzbuch* che la concernono appartengono al diritto penale sostanziale in quanto, per effetto del decorso del tempo richiesto per la sua maturazione, non viene meno soltanto un presupposto per la perseguibilit  processuale del fatto; ma, pi  in radice, ad essere estinto   lo stesso diritto punitivo dello Stato e, con ci  stesso, quel bisogno di pena nei confronti del fatto che ne giustifica la *punibilit * ¹²⁴.

Contengono un completo capovolgimento di prospettiva due sentenze del *Reichsgericht* del 1942 ¹²⁵, che, da una parte, rivendicano alla *Verfolgungsverj hrung* una natura esclusivamente *processuale*; e, dall'altra, ne fanno discendere tutti gli indefettibili corollari sotto il profilo dell'applicazione retroattiva di norme della legislazione speciale, che contemplano una disciplina *in peius*, quanto alla durata dei ter-

¹²² Queste tre fondamentali decisioni sono sottoposte ad una disamina approfondita da M. LORENZ, *Die Verj hrung in der deutschen Gesetzgebung*, cit., p. 20 ss.

¹²³ La quale si pu  reperire in *RGSt.* 12, p. 434 ss.

¹²⁴ Cfr. sul punto *RGSt.*, 12, p. 436.

¹²⁵ Si tratta delle sentenze del 12 febbraio 1942 e del 21 maggio 1942, le quali possono essere reperite, rispettivamente, in *RGSt.*, 67, 64, e in *RGSt.*, 67, p. 159 ss.

mini di prescrizione (sott: ovviamente del reato), rispetto a quella codicistica ¹²⁶.

Di particolare impatto, per la tematica che qui interessa, si presenta la decisione del *Reichsgericht* del 21 maggio 1942. Questa verteva su una contravvenzione in materia tributaria in relazione alla quale *era già intervenuta la prescrizione* in base alle regole del Codice penale, essendosi il rispettivo termine compiuto. La materia *de qua* era stata, peraltro, oggetto di una riforma a mezzo di una nuova legge sulla disciplina dei consumi, che aveva, fra l'altro, stabilito un *allungamento* dei termini di prescrizione delle contravvenzioni *in subiecta materia*. Proprio con riferimento ai termini di prescrizione in tal guisa modificati, la menzionata sentenza del *Reichsgericht* ebbe a statuire che questi si applicassero *anche* alle contravvenzioni a questa disciplina, i termini di prescrizione delle quali, così come fissati nello *Strafgesetzbuch*, erano già completamente decorsi. *Ergo*, venne riconosciuta piena efficacia retroattiva a quelli introdotti dalla nuova normativa. Come giustificare quest'estensione ai fatti commessi *prima* della sua entrata in vigore? Il *Reichsgericht* lo fece richiamandosi, appunto, alla natura *processuale* delle norme sulla prescrizione del reato. Queste vengono lette *sub specie* di altrettanti limiti posti alla potestà sovrana dello Stato di *persequire* penalmente un fatto dopo che dalla sua realizzazione è decorso il lasso di tempo relativamente stabilito. Il che si converte in corrispondenti limiti alla possibilità di promuovere o proseguire il giudizio una volta che questo termine è scaduto ¹²⁷. Questa loro valenza *esclusivamente* processuale comporta che esse non esplicano efficacia alcuna sulla rilevanza *stricto sensu* penale del fatto, che ipoteticamente sarebbe oggetto del giudizio; giudizio che, per effetto di tali ostacoli, non può essere iniziato o proseguito. Rispetto a quel fatto, rimangono intatte la colpevolezza del suo autore, così come la sua punibilità ¹²⁸. Sicché, laddove una legge successiva intervenga a rimuovere quei limiti e a renderlo pertanto perseguibile, ciò non determinerà alcuna violazione del principio di irretroattività in materia penale. L'unico effetto che vi si collegherà sarà, infatti, quello di rendere possibile il giudizio in ordine ad un fatto, la cui rilevanza penale esisteva *ab origine* e non ha mai cessato di esistere.

Abbiamo dato ampiamente conto delle motivazioni sviluppate nella sentenza del *Reichsgericht* del 21 maggio 1942, perché si tratta delle

¹²⁶ Contenuta, allora, nel § 67, Abs.3, StGB.

¹²⁷ Al riguardo cfr., estesamente, *RGSt.*, 64, p. 159 (160).

¹²⁸ Cfr. *RGSt.*, 64, p. 160.

medesime che ebbe a far proprie il *Bundesgerichtshof* nelle sue decisioni in materia. Entrando più nel dettaglio, non può sfuggire il dato che anche in questa sede non si esitò ad applicare retroattivamente leggi speciali posteriori, statuenti l'allungamento degli ordinari termini di prescrizione, anche a fronte di reati che, alla stregua di questi ultimi, erano già (da considerare) prescritti¹²⁹⁻¹³⁰.

Si capisce, sulla scorta di queste acquisizioni, come e perché le spinte inclini ad un allungamento (retroattivo) dei termini della prescrizione del reato con riferimento ai crimini commessi durante l'epoca del nazionalsocialismo abbiano trovato un *humus* favorevole in un contesto culturale propenso ad una sua declinazione in chiave processuale.

All'interno dell'esperienza tedesca, del resto, l'adesione della giurisprudenza alle teorie processuali *tout court* o, quanto meno, miste della *Verfolgungsverjährung* rimane un dato tuttora fermo¹³¹. Il che conferma quel rapporto di alterità fra prescrizione del reato e prescrizione della pena che i fautori della concezione sostanziale della prima si sono sempre sforzati di negare. In definitiva, proprio la prassi si è fatta carico di smentire quella *reductio ad unum* delle due forme di prescrizione che questi postulavano.

17. La recente rielaborazione del tema della prescrizione da parte di Hong: analisi e critica

Del tutto eccentrica rispetto alle impostazioni finora esaminate è la disamina del fenomeno prescrizionale operata da Hong, studioso sud-

¹²⁹ Cfr. BGH. 22 aprile 1952, in *BGHSt.*, 2, p. 301 (e 306, per la precisazione che si trattava di reati già prescritti alla stregua degli ordinari termini della *Verfolgungsverjährung*).

¹³⁰ L'applicazione retroattiva di *nuovi* termini di prescrizione, nei casi nei quali i termini previgenti erano scaduti, solleva la condivisibile obiezione – valida a fortiori nello schema di una ricostruzione processuale della prescrizione del reato – che, in detta evenienza, l'imputato, potrebbe essere stato indotto alla distruzione del materiale probatorio proprio dalla consapevolezza che i termini prescrizionali erano scaduti. Cfr., in tal senso, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. I. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, p. 263.

¹³¹ La netta prevalenza nella giurisprudenza tedesca delle impostazioni favorevoli ad una lettura in chiave processuale della prescrizione del reato è attestata dalle indicazioni riportate da W. STREE-D. STERNBERG LIEBEN, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXVI ed., München, 2001, *sub* vor §§ 78 ff., p. 1019.

coreano al cui lavoro in lingua tedesca su questo argomento¹³² abbiamo già fatto cenno.

Certamente *unitario* è l'inquadramento dell'universo prescrizionale, che traccia Hong. A differenza di quelle sino a questo momento prese in considerazione, peraltro, il tratto comune, che abbraccia entrambe le forme di prescrizione presenti nella materia penale, non è né quello sostanziale, né – tanto meno – quello processuale. A cementarle e a permettere una loro *reductio ad unum* sono, piuttosto, le premesse filosofiche dalle quali Hong muove. Premesse che non mancano di influenzarne tutta l'opera, sì da irradiarsi anche a campi della problematica dell'intervento del diritto penale e a segmenti della teoria del reato, che poco o nulla hanno a che fare con la prescrizione. A prescindere dalla persuasività delle conclusioni ultime cui Hong approda, talora in aperta controtendenza rispetto allo stesso movimento internazionale del diritto penale (come fa registrare la sua ferma opposizione all'imprescrittibilità di qualsivoglia reato), il suo contributo si segnala, comunque, per un'accurata ricognizione (critica) degli orientamenti espressi al riguardo dalla letteratura tedesca.

Proprio dall'impossibilità di rinvenire una fondazione *in positivo* della prescrizione nell'alveo delle soluzioni elaborate dai diversi orientamenti presi in esame, Hong trae lo spunto per costruirne una legittimazione *in negativo*. Sulla base di quest'ultima, la prescrizione viene collocata fra i *limiti* del diritto penale. Laddove, peraltro, è d'obbligo sin d'ora precisare che a quest'espressione non compete – in tutta l'opera di Hong – una valenza c.d. *patologica*, in quanto non designa territori nei quali il diritto penale *dovrebbe* esercitare il suo controllo, ma non è, in realtà, *in grado* di farlo. Ma ha il significato, piuttosto, di segnalare aree che sono *fisiologicamente* estranee al suo accesso. In queste zone si incorpora quel *nulla* dal quale, al pari di ogni altro dato o processo dell'esperienza umana, anche il fronte d'intervento del sistema penale è circondato.

Cambia, nondimeno, il rapporto fra i bacini di estensione e di non estensione di quella che del potere statale è la massima espressione, sotto il profilo dell'efficacia coattiva nei confronti della *libertà dei singoli*, a seconda che lo si guardi nell'ottica del pensiero occidentale o in quella della tradizione orientale.

¹³² Si tratta, appunto, di Young Gi HONG, *Zeitlauf als Grenze des staatliches Strafanspruchs. Eine Studie zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der Verjährung unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Unverjährbarkeit*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2005, *passim*.

Stando al primo, infatti, alla riduzione del potere di intervento del diritto penale corrisponderebbe, invariabilmente, un incremento della libertà dei singoli che, altrimenti, ricadrebbe nel suo raggio di operatività; così come, all'opposto, ad una sua estensione si salderebbe quella progressiva compressione di tale libertà, che comporta il suo azzeramento nei regimi totalitari¹³³.

Un siffatto rapporto di stretta interdipendenza fra il potere dello Stato – laddove di questo potere viene in particolar modo evocata quella sua componente che si traduce nel dettare norme di comportamento per i singoli – e la libertà degli individui non si ritiene, proprio, invece, del modo di pensare orientale. Qui non ci sarebbe spazio per il fenomeno per effetto del quale all'erosione del potere – in questo caso, relativo alla materia penale – dello Stato farebbe da necessario *pendant* un incremento della libertà dei singoli, e viceversa. Ma si assisterebbe, invece, ad una dinamica molto diversa nella quale, alla diminuzione dell'uno o dell'altra, sarebbe associata la correlativa crescita di uno spazio *vuoto*, sottratto ad entrambi, nel cui ambito sarebbero i meccanismi «naturali» di autoregolazione della società a confezionare la disciplina dei rapporti intersoggettivi, compresi quelli sui quali si esplicava *ab origine* il potere precettivo assegnato alle norme penali. Questi meccanismi sarebbero appunto deputati a compensare l'assenza, *ergo* il *non essere* del diritto penale, nei contesti nei quali questo incontra *limiti* (*Grenzen*) alla propria efficacia¹³⁴. D'altra parte, l'ampiezza raggiunta attualmente da questi contesti sarebbe tale da mettere in discussione l'assioma, sostenuto dalla cultura penalistica dominante, secondo il quale, presente un fatto di reato, la pena sarebbe la regola e la non punibilità l'eccezione¹³⁵. All'opposto, la consistenza *quantitativa* che questi ultimi hanno assunto farebbe propendere per una sua completa inversione: la regola sarebbe la non punibilità e dunque il non esserci (il *Nichts*) del diritto penale; mentre l'eccezione sarebbe rappresentata dal suo intervento, vale a dire dalla sua presenza¹³⁶.

Attingendo alle radici filosofiche della sua ricerca, Hong valorizza il non essere quale elemento indispensabile per la comprensione dell'es-

¹³³ Cfr. Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 130.

¹³⁴ Così Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 127.

¹³⁵ Questa tradizionale immagine dei rapporti fra applicazione della pena e non punibilità, rispetto al dato concreto della commissione di un reato, è riportata da Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 121.

¹³⁶ In tal senso Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 124.

sere (*Sein*). L'essere sarebbe, infatti, un'entità inevitabilmente indeterminata e indefinita se guardata in sé stessa e senza la percezione di ciò che la circonda, *id est* il non essere¹³⁷. In questa specifica prospettiva, il non essere, il vuoto (ciò che si denomina come *Nichts*), diventa(no) *ratio cognoscendi* dell'essere. In effetti, la previa determinazione di quel che lo circonda è un presupposto indefettibile per determinarne l'*ubi consistam*¹³⁸.

Abbandoniamo, però, il campo delle mere astrazioni filosofiche e vediamo le ricadute pratiche rispetto alla ricostruzione delle categorie fondamentali del diritto penale. Secondo Hong, esse sono da ravvisare nel fatto che alcune di esse si possono ricavare *negativamente* dalla non ricorrenza di fattori che, se presenti, coinciderebbero con il loro *non essere*. In questo senso, si asserisce che l'antigiuridicità si dedurrebbe esclusivamente dalla constatazione dell'assenza di cause di giustificazione, ché queste, se presenti, ne determinerebbero *ipso facto* il non essere. Dunque, da un punto di vista logico e cronologico la determinazione di tale aspetto precede(rebbe) ogni conclusione sulla presenza o meno dell'essere, ossia dell'antigiuridicità¹³⁹. E analogamente Hong ritiene che si debba procedere per la verifica della colpevolezza. La verifica di ciò che la esclude, comportandone il non essere, sarebbe necessariamente pregiudiziale a ogni esame sulla sua esistenza. In questo senso, soltanto la mancanza di un errore di diritto scusabile o di una situazione di inesigibilità potrebbe condurre ad inferirne la *positiva esistenza*¹⁴⁰.

Questo modello di spiegazione si presta, poi, ad essere perfettamente utilizzato per definire la funzione della stessa *prescrizione*. A quest'ultima spetterebbe la valenza di segnare il *non essere*, *rectius* il *non più essere*, del potere punitivo statale, ogniquale volta ne siano superati precisi limiti cronologici¹⁴¹. In questo modo, essa permetterebbe di afferrare le connotazioni dell'*essere*, vale a dire dello *ius puniendi* dello Stato, erudendo circa il carattere temporalmente determinato che lo contrassegna¹⁴². Poiché – ad avviso di Hong – questa sua caratteristica ne dovrebbe essere una nota inderogabilmente costante, si

¹³⁷ Cfr. Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, p. 134.

¹³⁸ Cfr. ancora Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., *ibidem*.

¹³⁹ Così Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 139.

¹⁴⁰ Cfr. Y. HONG, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. Y. HONG, *op. ult. cit.*, p. 146.

¹⁴² Cfr. Y. HONG, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

propone, *de lege ferenda*, di sopprimere i casi che vi fanno eccezione, cioè le ipotesi di reati *imprescrittibili* ¹⁴³.

Suscita forti riserve nel suo complesso l'impostazione seguita da Hong.

Già l'esito ultimo nel quale sfocia, *id est* l'auspicata eliminazione di *tutti* i reati imprescrittibili *cozza, per incidens*, con l'evoluzione del diritto penale, in generale, e del diritto penale internazionale, in particolare. In seno a quest'ultimo, è bene ricordare che l'art. 29 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale dichiara espressamente l'imprescrittibilità dei crimini sottoposti alla sua giurisdizione.

Quanto agli asseriti limiti fisiologici dell'intervento penale, che ne dovrebbero segnare un *non essere* che è nella natura delle cose e, come tale, da accettare, gli esempi e le motivazioni che a tale riguardo vengono adottati da Hong fanno piuttosto dubitare di tale loro natura e propendere per una loro qualificazione in termini di *deficit patologici*. Ciò vale, in particolare, per quelli che si sostanziano in una rassegnata impossibilità del diritto penale di colpire i casi eclatanti e «macroscopici» – è lo stesso Hong a definirli tali ¹⁴⁴ – dei crimini commessi sotto la vigenza e con la copertura di regimi totalitari (il riferimento va a quelli commessi nel periodo nazionalsocialista e a quelli posti in essere nell'ex DDR ¹⁴⁵). Non sembrano, queste, ipotesi al cospetto delle quali si possa prendere atto con rassegnazione dei limiti dell'intervento penale da consegnare all'area paradigmatica del suo *non essere*; ma, all'opposto, costellazioni di casi che postulano gli adeguamenti necessari affinché un *essere* del diritto penale, almeno in futuro, ci sia. Che, poi, anche nella c.d. «cifra oscura» relativa a reati di *non* macroscopica rilevanza ¹⁴⁶, ossia nella differenza che al loro interno si riscontra fra i fatti punibili commessi e quelli che vengono a conoscenza degli organi competenti ¹⁴⁷, non si annidi solo e semplicemente l'aspetto fisiologico del *vuoto* del e dal diritto penale, ma si possano scorgere anche i segni di una patologia che inficia proprio lo

¹⁴³ Questa soluzione, infatti, è ampiamente sviluppata e sostenuta da Y. HONG, *op. ult. cit.*, p. 157 ss.

¹⁴⁴ Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 124.

¹⁴⁵ Cfr. Y. HONG, *op. ult. cit.*, p. 124 s.

¹⁴⁶ Quelli, cioè, ai quali fa riferimento Y. HONG, *op. ult. cit.*, p. 124 (cfr. par. 1).

¹⁴⁷ Per questa definizione della c.d. «cifra oscura» cfr., nella nostra letteratura, G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 53.

svolgimento delle attività degli organi or ora richiamati, è riconosciuto, anche se in via indiretta, dallo stesso Hong. Fra le remore che trattengono le loro vittime dal denunciare i reati alle autorità competenti viene, invero, *ex professo* inclusa la loro «supposta ineffettività»¹⁴⁸. Il rinvio a questo fattore come a una forma di sfiducia che induce le vittime di reati a non farne denuncia a tali autorità presuppone, evidentemente, che il dato *de quo* sia stato previamente sperimentato da settori più o meno ampi della collettività. Il che, a sua volta, non può che implicare che i soggetti interessati sono venuti a contatto con *deficit* patologici del funzionamento dell'amministrazione della giustizia chiamata a dar corso alle denunce loro pervenute. Gli interventi indispensabili per colmare queste lacune potranno essere di diversa specie. Quel che non cambia, in ogni caso, è l'esigenza di provvedervi, senza rivestirle dell'involucro comodamente giustificativo e puramente descrittivo del contingente *non essere* del diritto penale, come invece Hong fa.

Nonostante l'autorevolezza dei suoi referenti filosofici¹⁴⁹, nemmeno l'idea che l'assenza del diritto penale possa essere surrogata, sul piano della valenza di criterio di orientamento delle condotte umane, da meccanismi naturali in grado di comporre i conflitti *senza l'ingerenza dello Stato* pare sottrarsi alla censura di essere affetta da due vizi: da un eccesso di ottimismo e, soprattutto, da una buona dose di ingenuità politica. Pensare a un'autopoiesi di regole sociali capaci di prevenire e risolvere i conflitti che il diritto penale non può più governare nei campi del suo *non essere* rappresenta, oltre che una professione di ottimismo non suffragata da elementi idonei a sostenerla, una generosa concessione ad utopie più liberistiche che liberali che, se e in quanto smentite dalla realtà, corrono il rischio di dar luogo, all'opposto, a derive autoritarie.

Decisamente da respingere è, ancora, il tentativo di Hong di risalire all'essenza di categorie della sistematica del reato attraverso il riferimento a quei fattori che ne segnano il non essere, *ergo* la non ricorrenza nel caso concreto. Questo metodo di analisi mantiene una propria validità se, e soltanto se, rapportato al singolo caso da giudicare; e, soprattutto, sotto la tacita premessa che siano stati compiuti tutti i doverosi passaggi anteriori, che conducono all'individuazione delle cause di esclusione di questo o quell'elemento del reato.

¹⁴⁸ A farne menzione è lo stesso Y. HONG, *op. ult. cit.*, p. 124, nt. 114.

¹⁴⁹ Cfr. Y. HONG, *Zeitablauf als Grenze*, cit., p. 127.

Chi sia minimamente aduso a trattare questioni di sistematica del reato sa perfettamente che l'attribuzione a un certo fattore dell'attitudine ad elidere un certo elemento della costruzione del reato è un *posterius* rispetto all'individuazione dei contrassegni di detto elemento, che ne costituisce necessariamente il *prius*. Così, per avere informazioni sulla necessaria presenza o meno, all'interno di una causa di giustificazione, di determinati coefficienti soggettivi, occorrerà preliminarmente sapere se il giudizio di antigiuridicità, sul quale essa incide, comprenda o meno anche elementi di natura soggettiva¹⁵⁰. Solo *dopo* avere operato questa verifica, potrà essere data una risposta al quesito circa l'attitudine o meno di una certa situazione di fatto ad integrare la causa di giustificazione, sì da dar luogo a quell'esclusione dell'antigiuridicità di un fatto in sé tipico che le è essenziale.

Mutatis mutandis, queste stesse argomentazioni valgono anche con riferimento alla colpevolezza e alle cause che la escludono. Prima ancora di interrogarsi sulla presenza delle seconde, sarà necessario essere eruditi sulla conformazione della prima per sapere quali sono i fattori suscettibili di escluderla. È noto e pacifico, a questo proposito, come proprio l'approdo alla concezione normativa della colpevolezza, che ne ravvisa l'*ubi consistam* nella rimproverabilità del suo autore per il fatto commesso, abbia rappresentato il passaggio decisivo – nella nostra esperienza – per dare ingresso, *sub specie* di cause che la escludono, alle scusanti¹⁵¹. Categoria, quest'ultima, alla quale questa efficacia non poteva competere nel quadro di una concezione esclusivamente psicologica della colpevolezza medesima.

Criticato su un piano generale il tentativo, intrapreso da Hong, di ricavare dal non essere del diritto penale le condizioni del suo essere, resta ben poco da dire sulla sua applicazione in tema di prescrizione. Se ciò che si evince dalla sua interpretazione come ragione di non es-

¹⁵⁰ Sui «valori soggettivi» che entrano a comporre la struttura delle cause di giustificazione cfr., da ultimo, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. PERINI e F. CONSULICH, Milano, 2006, p. 126 ss.

¹⁵¹ Ritieni che sia ricollegabile «ad un incompleto sviluppo della concezione normativa» (sott.: della colpevolezza) «... la mancata tematizzazione delle cause di esclusione della colpevolezza su un versante diverso ed ulteriore rispetto al dolo e alla colpa» M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 58, specificando successivamente che, a suo avviso, le cause scusanti non avrebbero una rilevanza autonoma, ma andrebbero ricondotte entro la più generale categoria delle cause di esclusione della colpevolezza (cfr. *ivi*, p. 63).

sere della pretesa punitiva statale è, *in negativo*, il solo fatto che tale pretesa è limitata nel tempo, restano del tutto inesplorate le ragioni di quel limite; e, nel contempo, i motivi per i quali quel limite si atteggi diversamente a seconda che si tratti della prescrizione del reato o di quella della pena.

CAPITOLO IV

Prescrizione della pena e sistema italiano fra diritto vigente e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. Verifica delle acquisizioni raggiunte nella prospettiva comparata entro le coordinate del nostro sistema. – 2. Gli argomenti addotti, nella nostra esperienza, a favore della natura sostanziale della prescrizione del reato. – 3. (*segue*). ... e quelli valorizzabili per rintuzzarne la portata. – 4. I fondamenti di segno positivo della natura processuale della prescrizione del reato. – 5. (*segue*). La legge n. 251 del 2005 e la disposizione intertemporale prevista dall'art. 10. – 5 *bis*. Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo penale. – 6. Il definitivo sganciamento della prescrizione della pena da quella del reato e la necessità di verificarne la compatibilità con la funzione della pena. – 7. Prescrizione della pena e sua ricostruzione in chiave specialpreventiva. – 8. (*segue*). La prescrizione della pena al vaglio della lettura costituzionalmente orientata della sua funzione. – 9. (*segue*). Gli spazi per una verifica empirica di tale compatibilità. Le vicende degli ex terroristi italiani riparati in Francia. – 10. La (vana) ricerca di una diversa piattaforma giustificativa della prescrizione della pena. – 11. Prospettive *de lege ferenda*.

1. Verifica delle acquisizioni raggiunte nella prospettiva comparata entro le coordinate del nostro sistema

È giunto, a questo punto, il momento di operare una trasposizione dei risultati delle elaborazioni maturate nel contesto dell'esperienza francese e di quella tedesca entro le coordinate del nostro diritto vigente. Ciò al fine di verificare sino a che punto le soluzioni là invalse con riferimento alla prescrizione della pena e, prima ancora, al rapporto fra prescrizione del reato e della pena, possano trovare riscontri attendibili nel nostro sistema *attuale*; e, in un secondo tempo, di valutare se, sulla scorta di tali acquisizioni, ne siano auspicabili correttivi *de iure condendo*. Prospettiva, quest'ultima, che deve necessariamente muovere dalla situazione *de lege lata* attuale; laddove il reiterato richiamo all'attualità non deve suonare come un ridondante pleonasma, ma come l'imperativo di modulare ogni possibile esito interpretativo in conformità alle profonde modificazioni che alla materia prescrizio-

nale in genere – per quanto circoscritta alla sola prescrizione del *reato* – ha apportato la nota legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge ex Cirielli).

Quanto alle sollecitazioni provenienti da altri contesti, non è stata impermeabile la nostra letteratura più recente a taluni stimoli promananti dalla cultura tedesca. Non sempre, tuttavia, questi sono stati valorizzati nei luoghi più opportuni. È così accaduto che, nel lavoro recente decisamente più importante sulla prescrizione del *reato*¹ – anteriore alla riforma operata a mezzo della testé ricordata legge n. 251 del 2005 – abbiano trovato menzione, nell'ambito delle teorie deputate a legittimare l'istituto della prescrizione in materia penale, tanto quella che fa leva sulla c.d. presunzione di espiazione, quanto quella che poggia, all'uopo, sulla presunzione di emenda². Ora, che entrambe si iscrivano a buon diritto nel patrimonio sedimentatosi, soprattutto, nella letteratura tedesca a fondamento dell'istituto è indiscutibile. Ne appare, nondimeno, quanto meno sorprendente il richiamo in un lavoro concernente la prescrizione del reato, dal momento che l'una e l'altra sono state forgiate a sostegno della prescrizione della *pena*. Entrambe, infatti, fanno perno su quel *presunto* cambiamento indotto nella persona del *reo* dal decorso del tempo, che per definizione non può sussistere a fronte di un soggetto, quale il potenziale beneficiario della prescrizione del reato, che ancora *reo* non si può qualificare.

Tornando all'analisi del nostro sistema e tralasciando, per il momento, ogni considerazione specifica a proposito della prescrizione della pena, corre l'obbligo di verificare preliminarmente se, da noi, tra la prescrizione del reato e quella della pena si ravvisi quella separatezza concettuale che abbiamo potuto constatare lungo tutta l'evoluzione francese, nonché nella stessa giurisprudenza tedesca³; o se, all'opposto, se ne debba registrare un'impostazione fondamentalmente unitaria. Verifica, questa, che non può che implicarne un'altra, sempre concernente il rapporto fra le due *species* del *genus* prescrizione: se, cioè, ferma restando la natura sostanziale della prescrizione della pena, la prescrizione del reato abbia anch'essa natura *sostanziale*, ciò deponendo a favore di una loro strutturazione *unitaria*; ovvero se si deb-

¹ Alludiamo a F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena*, cit.

² Cfr., sul punto, F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena*, cit., pp. 29-30.

³ Si rinvia, al proposito, alle informazioni reperibili nel par. 16, cap. III.

ba riconoscerle, viceversa, una valenza (anche) *processuale*, da una tale risultanza scaturendo l'opposta esigenza di una loro costruzione *separata*.

2. *Gli argomenti addotti, nella nostra esperienza, a favore della natura sostanziale della prescrizione del reato*

Càpita talvolta, esaminando i contributi in lingua tedesca sull'argomento, di imbattersi nell'affermazione che l'intero meccanismo prescizionale andrebbe identificato *iuxta propria principia* e prescindendo, per tale via, dalla conformazione che questo o quell'ordinamento gli ha assegnato. Se questo vuol essere un impulso a svilupparne le cadenze senza farsi astringere dai lacci di un giuspositivismo esasperato e a gettare, altresì, le basi per una sua possibile revisione *de lege ferenda*, non ci sono remore particolari che trattengano dall'accoglierlo. Se, invece, si vuole alludere alla possibilità di definirlo, già in partenza, in modo del tutto avulso dalle caratteristiche che questo denota in un determinato ordinamento, è opportuno respingerlo recisamente ché, in caso contrario, si darebbe corpo ad uno sforzo del tutto sterile, in ragione della sua congenita inidoneità a interagire con (e a influenzare) la prassi. Si tratta di un'avvertenza tanto ovvia, da risultare sinanco superflua. Nondimeno, ci sembra doverosa premetterla all'analisi della (disciplina della) prescrizione penale nel nostro ordinamento, perché, fra l'altro, proprio al suo interno l'opzione a favore dell'uno o dell'altro modo di intendere la prescrizione del reato è stata ed è tuttora fatta dipendere in misura decisiva dalle indicazioni fornite da precisi riscontri di *diritto positivo*.

A scanso di equivoci, possiamo anticipare che il Codice Rocco tradiva un'evidente tendenza ad una ricostruzione in senso *sostanziale* della prescrizione del reato. Già abbiamo avuto occasione di soffermarci sulle ragioni di questa scelta in altra parte di questo lavoro⁴. La stessa inclinazione a spiegarla come il frutto di un'autolimitazione del potere punitivo dello Stato assolutamente unilaterale, senza che questa potesse ricondursi in alcun modo alla tutela dell'imputato sottoposto a processo, ne svela l'assenza di qualsivoglia proiezione processuale. Se, pure, effetti a favore dell'imputato potevano derivare dal

⁴ Rinviamo a quanto esposto al par. 1, cap. I.

fatto che la pretesa punitiva statale nei suoi confronti fosse delimitata entro un determinato arco di tempo, decorso il quale si estingueva, resta il fatto che ciò non ne intaccava il carattere di riflessi meramente *indiretti* di limiti che a quel potere erano posti a salvaguardia di *altri* interessi. In realtà, la prescrizione del reato veniva letta come una *rinuncia*, da parte dello Stato, ad avvalersi dell'esercizio della propria potestà punitiva allorché dalla sua commissione fosse trascorso un congruo lasso di tempo, variabile a seconda della differente gravità dei reati medesimi⁵. E la ragione di questa rinuncia veniva ravvisata – secondo un percorso argomentativo sul quale ci siamo ampiamente soffermati nel precedente capitolo⁶ – nel dato che il progressivo decorso del tempo finisce con il determinare la cancellazione del reato commesso dalla *memoria* dei consociati⁷. D'altra parte, questa prescrizione, per il fatto stesso di fondarsi su una rinuncia del tutto unilaterale dello Stato, produceva soltanto un effetto *estintivo* del potere punitivo dello Stato. Laddove, a specifica e inconfutabile conferma delle note di assoluta *unilateralità* che la contrassegnavano, da essa non discendeva un effetto *acquisitivo* a vantaggio di chicchessia. Non, in particolare, dell'imputato. La sua totale estromissione dal *modus operandi* della prescrizione del reato era attestata, del resto, in modo inequivocabile dal fatto che questa produceva i propri effetti *indipendentemente* dalla volontà del soggetto a favore dei quali questi, quantunque in forma *mediata*, pure si irradiavano. Di qui la sua rilevabilità d'ufficio; e, soprattutto, *l'impossibilità* per l'imputato di *rinunciarvi*⁸.

Corrisponde in modo pieno alla *forma mentis* del legislatore del 1930 questa prima delineazione delle ragioni sottese all'attribuzione di una valenza sostanziale alla prescrizione del reato. Alcune di quelle maturate in questo contesto saranno poi destinate ad essere riprese anche in epoche successive dai fautori della sua natura sostanziale; tale, fra le altre, quella che fa leva sulla mutazione testuale intervenuta nel Codice Rocco rispetto al Codice Zanardelli in relazione al suo oggetto: laddove quest'ultimo riferiva la prescrizione all'*azione penale*, il

⁵ Questa è l'impostazione del tema rinvenibile in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 523.

⁶ Ci rifacciamo, al riguardo, alle considerazioni svolte ai par. 10-14, cap. IV.

⁷ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 528 s.

⁸ Esplicitamente, a questo riguardo, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 532.

Codice vigente ne fissa l'oggetto nel *reato*⁹. Scelta lessicale, questa, che evidenzia come ad estinguersi non sia il versante processuale della pretesa punitiva; quanto, piuttosto, il momento sostanziale che di questa segna la genesi, *id est* il reato stesso.

Altro argomento di carattere generale addotto, in prosieguo di tempo, a supporto della qualificazione (in chiave) sostanziale della prescrizione di cui trattasi è quello afferente alla sua stessa collocazione nell'ambito del Codice penale¹⁰. Scelta, questa, che contrasta con una sua ricostruzione in termini processuali, posto che una siffatta opzione ne avrebbe imposto una coerente sistemazione nel Codice di rito.

Scendendo quindi all'esame di quegli specifici puntelli del diritto positivo vigente cui fa appello l'opinione dominante per rivendicare a tutte le cause di estinzione del reato e, quindi, anche alla prescrizione natura sostanziale e non processuale, non si può certamente pretermettere il rinvio che questa è adusa a fare all'art. 129, secondo comma, c.p.p. (norma, questa, che riproduce sostanzialmente l'art. 152, secondo comma, c.p.p. abr.). All'atto di statuire che «quando ricorre una causa di estinzione del reato, ma *dagli atti* risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato, o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta», questa disposizione verrebbe ad ammettere una pronuncia nel merito anche in presenza di una causa di estinzione del reato. Donde il corollario che il riscontro della prescrizione del reato, rientrando essa nel novero di queste ultime, non condurrebbe a quell'epilogo di carattere meramente processuale, che sarebbe consentito alla sua asserita natura processuale; ma ad una pronuncia di merito. Effetto, questo, che si armonizzerebbe soltanto con una sua lettura in chiave sostanziale¹¹.

⁹ Tale argomento è ripreso, fra gli altri, da M. ROMANO, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III. Artt. 150-240*, Milano, 1994, p. 60.

¹⁰ Cfr. sempre M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., *ibidem*.

¹¹ Sviluppa in modo compiuto quest'argomentazione, trattandola in sede di determinazione della natura da riconoscere a *tutte* le cause di estinzione del reato e da attribuire, di conseguenza, anche alla prescrizione del medesimo, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., p. 4 e letteratura ivi richiamata.

3. (segue). ... e quelli valorizzabili per rintuzzarne la portata

In tal modo conglobati i principali pilastri argomentativi sui quali si regge la tesi della natura sostanziale della prescrizione del reato nel nostro ordinamento, corre l'obbligo, adesso, di sottoporli ad una separata disamina critica.

Svela tutti i risvolti dell'impalcatura autoritaria del Codice Rocco la tesi del carattere assolutamente *unilaterale* della prescrizione, quale espressione di una rinuncia all'esercizio del potere punitivo operata dallo Stato (sott: per effetto del decorso del tempo) rispetto alla quale il suo destinatario, *id est* l'imputato, non può interloquire in alcun modo. Si sposa perfettamente con l'idea che questi sia un soggetto posto in una condizione di mera *soggezione* il postulato dell'irrinunciabilità, da parte sua, degli effetti della prescrizione. D'altra parte, ipotizzare una qualsivoglia posizione *attiva* dell'imputato in ordine alla loro acquisizione sarebbe stato in stridente contrasto con lo spirito di un'epoca certo non troppo incline a preoccuparsi della sua tutela, come attesta la crisi della presunzione d'innocenza che l'attraversa¹².

Ciò posto, non si può però trascurare il fatto che quell'impostazione del rapporto fra lo Stato, come titolare dello *jus puniendi*, e l'imputato, è stata profondamente *rivista* proprio sotto il profilo – che qui interessa – della legittimazione dell'imputato a rinunciare agli effetti della prescrizione. Originariamente negata, questa sua possibilità al riguardo è stata affermata dalla sentenza della Corte Costituzionale 31 maggio 1990, n. 275. A mezzo di questa pronuncia, infatti, è stata dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 157 c.p. nella parte in cui non accordava all'imputato la possibilità di *rinunciare* alla prescrizione¹³. Del tutto naturale, quindi, che la rinunciabilità della prescrizione risulti oggi esplicitamente menzionata all'interno dell'art. 157 c.p. (se ne veda l'ottavo comma), così come riformulato dalla legge n. 251 del 2005.

¹² Già se ne è fatto cenno trattando *antea*, par. 3, cap. II, degli influssi esercitati, al riguardo, dall'affermarsi degli indirizzi della Scuola Positiva. Il suo rifiuto appare, comunque, ancor più conclamato e incontrovertibile nell'opinione di uno dei padri, insieme ad Alfredo Rocco, del Codice di procedura penale del 1930: Vincenzo Manzini. Per un incisivo affresco delle opinioni di quest'ultimo in ordine alla presunzione d'innocenza cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 95 s.

¹³ Se ne può vedere il commento di P.P. RIVELLO, *La «rinunciabilità» della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 717 ss.

Neppure l'intervenuta modificazione dell'oggetto della prescrizione nel passaggio dal Codice Zanardelli al Codice del 1930 pare possedere una valenza decisiva nell'attestare il passaggio da una concezione processuale ad una sostanziale. Vero che nel Codice del 1889 si coglieva l'effetto della prescrizione nell'estinzione dell'*azione penale*, laddove il Codice vigente lo individua nell'estinzione del *reato*, già le acquisizioni discendenti dal quadro comparatistico dianzi delineato sconsigliano di enfatizzare l'importanza di questo dato. Abbiamo avuto modo di appurare, invero, come la formula *Verfolgungsverjährung* (letteralmente: prescrizione dell'*azione penale*), con la quale, nel corpo dello *Strafgesetzbuch*, si designa questo tipo di prescrizione, non ne abbia impedito, tanto nella letteratura quanto nella giurisprudenza tedesca¹⁴, interpretazioni in chiave *sostanziale*.

Il che conferma come alle scelte terminologiche dei diversi legislatori nella denominazione degli istituti non possa essere attribuito un peso determinante ai fini della loro effettiva configurazione giuridica.

Neppure la localizzazione delle disposizioni relative alla prescrizione del reato nell'ambito del Codice penale anziché in quello del Codice di procedura penale può essere letta, d'altronde, come un segno inequivoco della sua natura sostanziale. È ben noto e riconosciuto, a questo proposito, che il nostro Codice penale non contiene soltanto disposizioni afferenti al diritto sostanziale, ma anche previsioni riguardanti istituti di indiscussa natura *processuale*: paradigmatiche, in tal senso, quelle relative alla querela (art. 120 ss. c.p.), alla richiesta (art. 127 ss. c.p.) e all'istanza (art. 130)¹⁵. Sicché non è di per sé sufficiente l'inclusione delle norme sulla prescrizione nel Codice penale per dedurne il loro carattere sostanziale, ché questa sarebbe compatibile – come risulta dagli esempi appena adottati – anche con una sua qualificazione in termini *processuali*.

Con altrettanta disinvoltura non può certamente essere liquidato l'ulteriore argomento, questa volta di stretto diritto positivo, addotto a

¹⁴ Indicazioni circa la ricostruzione in chiave sostanziale della prescrizione del reato nel contesto dell'esperienza tedesca sono rinvenibili, rispettivamente, nel par. 9, cap. III per ciò che attiene agli orientamenti della letteratura; e al par. 16 del medesimo per quel che concerne la giurisprudenza.

¹⁵ Su ciò si registra un'ampia convergenza nella nostra letteratura: cfr., per tutti, M. ROMANO, in M. ROMANO-G. GRASSO, in *Commentario sistematico del codice penale. II. Artt. 85-149*, III ed., Milano, 2005, rispettivamente p. 267 s. per la natura processuale della querela; p. 302, per l'analoga qualificazione spettante alla richiesta e p. 309, per l'uguale patente riconosciuta all'istanza.

sostegno della propria tesi dai fautori della concezione sostanziale della prescrizione (sott.: del reato), così come di tutte le altre cause di estinzione del reato. Trattasi, come detto, di quello che fa perno sull'art. 129, secondo comma, c.p.p. e che riprende considerazioni già fatte valere sotto la vigenza dell'omologo art. 152, secondo comma, c.p.p. abr. Il fulcro attorno al quale ruota è la possibilità, affermata dal Codice di procedura penale del 1930 e confermata da quello attuale, che si possa addivenire ad una sentenza di proscioglimento quando, *malgrado la presenza di una causa di estinzione del reato*, risulta «evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non è previsto dalla legge come reato»; casi, questi, ai quali l'attuale art. 129, secondo comma, c.p.p. ha aggiunto anche quello in cui «il fatto non costituisce reato».

Ciò proverebbe che, nonostante l'ordinaria formula terminativa della sentenza nei processi nei quali si riscontra la presenza di una causa di estinzione del reato sia quella di «non doversi procedere» ed abbia perciò una valenza *processuale* (cfr. artt. 479, quarto comma, c.p.p. abr. e 531, primo comma, c.p.p. 1988), non se ne potrebbe trarre l'assunto conclusivo della sua natura processuale, perché vi osta il rilievo che, nelle ipotesi dianzi richiamate, la sua constatata ricorrenza non è, appunto, d'ostacolo ad una sentenza «in merito» (secondo la formula impiegata, al riguardo, dall'art. 152 c.p.p. abr.). Se, infatti, la sua presenza inibisse effettivamente il giudice dal procedere, questa stasi gli impedirebbe pure di pervenire a quella sentenza di proscioglimento che, viceversa, l'art. 129, secondo comma, c.p.p. – al pari dell'art. 152 c.p.p. abr. – ammette.

Sta e cade la tesi a seconda che il giudice, constatata la presenza della causa di estinzione del reato, sia o meno chiamato o autorizzato a svolgere un'attività *ulteriore* al fine di addivenire alla sentenza di proscioglimento. In caso affermativo, si dovrà ammettere che, non essendo interdetti un'ulteriore indagine, la causa di estinzione del reato non potrebbe esercitare alcuna funzione di «blocco» dell'attività processuale. Sicché la sua ricorrenza si inserirebbe pur sempre in un *iter* destinato a sfociare in una pronuncia, la cui natura *sostanziale* finirebbe con l'eclissare la pretesa valenza processuale della causa di estinzione del reato. Dovesse, all'opposto, emergere che il giudice, acclarata la ricorrenza, non può più ulteriormente procedere, ne uscirebbe corroborata la tesi del suo carattere meramente *processuale*.

La soluzione dell'alternativa schizzata si trova, peraltro, nella stessa cornice testuale delle norme – quella vigente e quella risalente al Codice abrogato – che abbiamo richiamato. In effetti, tanto l'art. 129, se-

condo comma, del Codice di rito vigente, quanto l'art. 152, secondo comma, di quello abrogato – quest'ultimo, *per incidens*, in modo ancor più inequivocabile – lasciano chiaramente intendere che le prove, dalle quali risulta potersi addivenire alla sentenza di proscioglimento, devono in ogni caso *preesistere* all'accertamento della presenza della causa di estinzione del reato. L'*anteriorità cronologica* della presenza di queste prove rispetto a quella della causa di estinzione del reato risaltava in modo peculiare nella formula impiegata dal Codice di rito abrogato, laddove il riferimento a quest'ultima era accompagnato da quello alle prove «già» esistenti, che imponevano il proscioglimento nel merito. Ma, nonostante la lieve modifica testuale, questa condizione risulta (essere) ben presente anche alla giurisprudenza chiamata a dare applicazione all'attuale art. 129, secondo comma, c.p.p.¹⁶. Ciò comporta che, segnatamente per l'essere queste prove *anteriori* alla verifica della ricorrenza della causa di estinzione, esse non ne alterano il normale effetto: quello, cioè, di interdire l'acquisizione di prove ulteriori, una volta che se ne sia accertata la presenza¹⁷. Proprio perché, per tale via, le cause di estinzione del reato riaffermano la propria vocazione ad impedire una pronuncia sul merito, in quanto l'eventualità che ciò avvenga è subordinata all'acquisizione delle prove all'uopo necessarie *aliunde* e, in ogni caso, *prima* del loro intervento (come, appunto, nell'ipotesi dell'art. 129, secondo comma, c.p.p.), ne esce avvalorata la (tesi della) loro natura processuale e non sostanziale¹⁸.

Conclusioni, questa, che risulta perfettamente applicabile, quindi, anche alla prescrizione del reato.

4. I fondamenti di segno positivo della natura processuale della prescrizione del reato

Le argomentazioni finora esposte assolvono esclusivamente alla funzione di rintuzzare quelle più di frequente impiegate a sostegno della tesi *sostanziale* della prescrizione del reato. Con ciò, peraltro, il compito di avvalorarne una lettura di tipo *processuale* non si può cer-

¹⁶ Cfr. sul punto, anche se con sfumature diverse, Cass. 28 marzo 1995, *Lancioni*, n. 201627; Cass. 9 febbraio 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3308.

¹⁷ In questo senso, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 532.

¹⁸ Così ancora P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 533.

tamente considerare esaurito. È necessario, ulteriormente, lumeggiare i fondamenti *positivi* di tale suo carattere processuale. Precisiamo preliminarmente, peraltro, che l'obiettivo, che qui ci proponiamo, è circoscritto alla sola prescrizione del reato e non si estende alle altre cause estintive dello stesso.

Un primo modesto, ma non per ciò solo trascurabile, segnale della funzionalità delle norme in materia di prescrizione del reato al perseguimento di scopi *stricto sensu* processuali si può cogliere – e, in effetti, è stato puntualmente colto¹⁹ – in un lontano arresto della Cassazione del 1986²⁰.

Nella massima si può infatti leggere che «le norme sulla prescrizione costituiscono ... l'espedito di carattere formale escogitato dal nostro legislatore per realizzare quella finalità di carattere *sostanziale*²¹, costituita dalla «durata ragionevole» del processo penale, che è tutelata dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ...»²². Lettura aggiornata probabilmente al di là di ogni tollerabile forzatura della (vera) *forma mentis* del legislatore del 1930, questa interpretazione rivela un'innegabile metonimia laddove scambia il carattere della finalità che si intende attribuire alle norme sulla prescrizione con il tipo di strumento del quale il legislatore avrebbe deciso di avvalersi per raggiungerla. Infatti, mentre la finalità in parola denota una precisa natura *processuale* (al pari, del resto, degli altri mezzi mediante i quali si tende all'obiettivo della durata ragionevole del processo penale), possiedono, invece, un carattere sostanziale – almeno sotto il profilo della loro collocazione nel Codice penale – i mezzi di cui si serve il legislatore per raggiungerli, *id est* le norme sulla prescrizione del reato. Condivisibile o meno nella sua portata di globale ripensamento e non di semplice aggiornamento dell'interpretazione della prescrizione del reato, si può comunque cogliere di questa pronuncia un nucleo minimo, che tradisce un significativo stacco rispetto al tralatizio intendimento che ne veniva offerto. Cade, infatti, il postulato che ne vedeva soltanto un'autolimitazione all'esercizio del potere punitivo di propria spettanza unilateralmente impostasi dallo Stato per effetto del decorso di un

¹⁹ Cfr. nt. 20.

²⁰ Si tratta di Cass., Sez. I, 21 aprile 1986, *Colussi*, in *Giust. pen.*, 1988, c. 18 s., richiamata, non a caso, da M.G. AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997, p. 40 e nt. 22.

²¹ Corsivo aggiunto.

²² Testualmente Cass., Sez. I, 21 aprile 1986, *Colussi*, cit., c. 19.

congruo lasso di tempo dalla commissione del reato²³. Lungi dall'atteggiarsi a mero *riflesso* dell'esercizio, *rectius* del mancato esercizio, di una potestà di esclusiva competenza dello Stato, la situazione soggettiva dell'imputato assurge ora al rango di un *diritto* avente ad oggetto la durata ragionevole del processo.

Rafforzata in questo modo in per effetto dell'art. 6, primo comma, *Conv. Eur. Dir.*, la pretesa dell'imputato ad uno svolgimento del processo entro un termine ragionevole ha ora attinto la soglia di (un) diritto costituzionalmente garantito in base all'art. 111, secondo comma, Cost.

Quel che ora occorre esaminare è come si collochino, entro questo quadro, le modifiche in materia di prescrizione del reato introdotte dalla legge n. 251 del 2005.

Al di là delle «poco nobili» finalità politiche suscettibili di aver esercitato un'efficacia mistificante sulle reali motivazioni sottostanti a quest'intervento legislativo²⁴, resta comunque il dato che le forze, le quali hanno sostenuto le modifiche ai termini prescrizionali e le correlative loro riduzioni contenutevi, ne hanno sempre sottolineato e rivendicato la funzionalità rispetto all'obiettivo ultimo della durata ragionevole del processo (penale)²⁵. Circostanza, quest'ultima, in sé e per sé certamente insufficiente ad erudire sulla natura della prescrizione del reato alla luce della riforma operata dalla legge n. 251 del 2005, ma comunque indicativa di una proiezione dei suoi intenti sul piano processuale.

A prescindere dall'indicazione dei suoi obiettivi in sede di lavori preparatori, è il loro risultato ultimo, vale a dire il testo normativo della legge n. 251 del 2005, a contenere indizi pregnanti circa la natura ascrivibile alla prescrizione del reato sulla base dell'intervenuta riforma.

²³ Tesi, questa, ancor oggi sostenuta, ad esempio, da F. CARDILE-M. ZANOTTI, *Le diverse declinazioni della rinnovata disciplina della prescrizione*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsava*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006, p. 49.

²⁴ Cfr., al riguardo, le osservazioni puntualmente svolte da G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata. Ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 983.

²⁵ Cfr., in tal senso, l'intervento del senatore L. BOBBIO, in *Legislatura 14^a - 2^a Commissione permanente - Resoconto sommario n. 526 del 23 novembre 2005*, p. 3.

5. (segue). *La legge n. 251 del 2005 e la disposizione intertemporale prevista dall'art. 10*

A questo riguardo, la norma che merita più di ogni altra di essere valorizzata è la disposizione intertemporale contenuta nell'art. 10, legge n. 251 del 2005.

All'interno di quest'ultimo, poi, particolarmente denso di informazioni è il rapporto instaurato fra il secondo e il terzo comma. Del tutto insensibile è il significato del loro combinato disposto alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 10 (legge n. 251 del 2005) pronunciata dalla sentenza della Corte Costituzionale 23 novembre 2006.

Il nucleo centrale del secondo e del terzo comma dell'art. 10, legge n. 251 del 2005, che qui non possiamo esimerci dal riprodurre integralmente in vista dei segnali che è possibile estrapolarne ai fini (della determinazione) della natura della prescrizione del reato alla luce della novazione legislativa intervenuta, suona, dunque, nel modo che segue: «ferme restando le disposizioni dell'art. 2 del Codice penale quanto alle *altre norme*²⁶ della presente legge, le disposizioni dell'art. 6 non si applicano ai procedimenti e ai processi in corso se i nuovi termini di prescrizione risultano più lunghi di quelli previgenti» (art. 10, secondo comma); «se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge» (art. 10, terzo comma).

Nelle prime analisi del testo, il richiamo all'art. 2 c.p. viene giudicato come superfluo e scontato²⁷. La parte successiva del secondo comma e il terzo comma dell'art. 10 (sott.: legge n. 251 del 2005) vengono ritenute foriere di difficoltà non necessarie, data – fra l'altro – la già stabilita operatività dell'art. 2 c.p. In sostanza, nell'ottica di una concezione strettamente *sostanziale* della prescrizione del reato, tanto la mancata applicazione dei nuovi termini di prescrizione ove questi siano più lunghi e, pertanto, più sfavorevoli per il reo; quanto l'applicazione a suo vantaggio di quelli più brevi e, di conseguenza, a lui più fa-

²⁶ Corsivo aggiunto.

²⁷ Così D. MICHELETTI, *Commento all'art. 10, legge 5. dicembre 2005 – Modifiche al Codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 506.

vorevoli sembrano iscriversi nella logica di una coerente declinazione dell'art. 2, quarto comma, c.p. In questa prospettiva non è dato, in effetti, comprendere l'esplicita precisazione al riguardo contenuta nella seconda parte del secondo comma e nella prima parte del terzo comma dell'art. 10, legge n. 251 del 2005. Né può bastare a motivarla l'intento di escludere dal suo ambito di operatività – intento poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 393 del 2006 della Corte Costituzionale – i processi specificati nella seconda parte del terzo comma del predetto art. 10. Anche ammesso che ne fosse necessaria un'esplicitazione con riferimento a questi ultimi, dato il rango ordinario del canone della retroattività della legge più favorevole al reo e la relativa possibilità di derogarvi da parte di una legge posteriore, a risultare ultronea era, comunque, la precisazione concernente l'irretroattività di quei termini di prescrizione che, per effetto del loro allungamento stabilito dall'art. 6, legge n. 251 del 2005, constavano essere più *sfavorevoli* all'imputato. La loro inapplicabilità a procedimenti e processi in corso, sempre assumendo la natura *sostanziale* delle norme sulla prescrizione del reato, sarebbe discesa non solo e non tanto dall'art. 2, quarto comma, c.p.; quanto, piuttosto, dallo stesso art. 25, secondo comma, Cost., che per opinione pressoché unanime include nell'area del divieto di irretroattività qualunque effetto sfavorevole, a carico del reo, intervenuto dopo la commissione del fatto²⁸.

Di qui sorge spontanea una domanda: perché il legislatore del dicembre 2005 ha avvertito la necessità di codificare una norma di diritto intertemporale contenente criteri già perfettamente enucleabili *aliunde* (e, addirittura, in parte deducibili dalla stessa Costituzione)? E perché, in maniera ancor più recisa, ha circoscritto l'applicazione dell'art. 2 c.p. alle *altre* norme introdotte a mezzo della legge n. 251 del 2005, provvedendo invece a dettare una regolamentazione *ad hoc* per quelle concernenti la prescrizione?

Questi sono interrogativi destinati comunque a rimanere aperti. Vi si potrà rispondere richiamandocisi genericamente alle imperfezioni e inesattezze sempre più ricorrenti nella legislazione penale contemporanea; o, ancora, rinviando all'esigenza «politica», condizionante alcune delle scelte ultime compiute dalla riforma *de qua*, di evitare che a fruire del *favor rei*, che ispira l'art. 2, quarto comma, c.p., fossero determinati imputati «eccellenti». Resta comunque il fatto – già poc'anzi

²⁸ Cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., p. 45 s.

sottolineato – che, secondo i dettami di una lettura sostanziale della prescrizione, la non applicabilità retroattiva dei più lunghi termini prescrizionali nei confronti di chi aveva commesso il reato prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 sarebbe già scaturita, *de plano*, dall'operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost.

In questo scenario di dubbi e perplessità interpretative, ci sentiamo autorizzati a proporre una nostra chiave di lettura della normativa intertemporale contenuta nell'art. 10, legge n. 251 del 2005; e, soprattutto, delle conseguenze, sul tema della natura della prescrizione, che ne discendono.

Ciò che emerge *ictu oculi* dal suo assetto è l'evidente discrasia fra la qualificazione della prescrizione (del reato) in chiave sostanziale e la sua estromissione dalla sfera di efficacia delle norme non solo di rango ordinario, ma anche di livello costituzionale, che ne regolano la successione nel tempo. In luogo di esse, a disciplinare la vicenda intertemporale avente ad oggetto la disposizioni sulla prescrizione e le loro modifiche indotte dalla legge n. 251 del 2005 è, all'opposto, proprio la normativa di dettaglio contenuta nel secondo e (nel) terzo comma dell'art. 10 della legge in parola. Come del resto si apprende dall'*incipit* del secondo comma dell'art. 10, l'ordinaria applicazione dell'art. 2 c.p. è riservata agli altri campi di materia investiti dalle riforme introdotte con questa legge: quelle in tema di recidiva, di circostanze attenuanti, di giudizio di comparazione fra circostanze e di usura. D'altra parte, il fatto stesso che si sia approntata una normativa *ad hoc* per la successione di norme in materia di termini di prescrizione dimostra, *ex adverso*, che questo istituto non poteva essere riportato entro la cornice di quelli rispetto ai quali valgono le regole dell'art. 2 c.p., ossia quelli di diritto sostanziale.

Ovvio, a questo punto, il profilarsi di un'alternativa secca e l'esito scontato alla quale questa approda: qualificabile in termini processuali o sostanziali, ed esclusa questa possibilità per l'inequivoco tenore del secondo e terzo comma dell'art. 10, legge n. 251 del 2005, la prescrizione, alla loro stregua, rivela una natura *tout court* processuale.

Il fatto di costituire un mero esercizio di fantasia teorica in libertà e, soprattutto, quello di essere un tentativo di una forzosa assimilazione della versione nazionale della prescrizione del reato a quella preponderante nell'esperienza francese e in quella tedesca sono due fra le più probabili critiche alle quali questa sua ricostruzione è destinata ad esporsi.

Nondimeno, riteniamo che questa possa rinvenire un puntello non privo di significato nei lavori preparatori che hanno preceduto, al Se-

nato, l'approvazione della legge n. 251 del 2005. Il che involge inevitabilmente la questione concernente la rilevanza dei lavori preparatori in sede di interpretazione del prodotto legislativo ultimo, in cui sono sfociati. Senza voler minimamente avventurarci in questa problematica, sia qui sufficiente ricordare che il processo di oggettivazione e di progressivo acquisto di autonomia del secondo rispetto ai primi va senz'altro riconosciuto senza esitazioni rispetto a *performances* legislative risalenti nel tempo, ch  il loro significato si distacca progressivamente dagli intenti dei rispettivi autori. Laddove, all'opposto, con riferimento alle normative di recente conio, il collegamento con i lavori preparatori si presta ad essere valorizzato come (un) importante strumento di ausilio nella loro interpretazione²⁹.

Tanto premesso, ci sembra degno della massima attenzione quanto sostenuto dal rappresentante del Governo, proprio in relazione alla genesi e al contenuto dell'emanando art. 10, nella Seduta pomeridiana della 2^a Commissione permanente Giustizia del 23 novembre 2005. In quella sede   stato segnatamente precisato che, a voler supporre «la natura esclusivamente *sostanziale* dell'istituto (sott.: della prescrizione), ... ben difficilmente si potrebbe escludere l'applicabilit  dell'articolo 2 del Codice penale»; si   aggiunto, peraltro, che «la natura *mista* della disciplina in tema di prescrizione   avvalorata dal dato innegabile che alcuni profili della stessa sono inscindibilmente connessi con meccanismi di tipo *processuale*³⁰»³¹. Dal che si evince che proprio la presenza di questa componente processuale della prescrizione   stata alla base dell'opzione di non affidarne la disciplina dei rapporti fra vecchia e nuova normativa alle soluzioni predisposte per il diritto sostanziale dall'art. 2 c.p. e di predisporne, invece, una regolamentazione *ad hoc*.

Quel che emerge dai lavori preparatori  , allora, una trasfigurazione della prescrizione del reato da istituto di natura *esclusivamente* sostanziale – qual era agli occhi del legislatore del 1930 – a istituto *misto*,

²⁹ Si esprime in questo senso, su un piano generale, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., p. 48. E lo ribadisce, occupandosi dell'interpretazione dell'abuso d'ufficio nella sua ultima formulazione, in ID., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335 bis cod. pen.*, Milano, 2002, p. 259.

³⁰ Il corsivo   nostro.

³¹ Cfr. l'intervento del relatore G. ZICONE, in *Resoconto sommario n. 526 del 23 novembre 2005*, cit. *antea*, sub nt. 5, p. 3.

nel quale si assiste(rebbe) ad una compenetrazione fra diritto sostanziale e processuale. Non è nuova, del resto, la configurazione in chiave mista della prescrizione: già abbiamo fatto cenno alle differenti accezioni che la letteratura tedesca ha assegnato a questa formula³². Il richiamo al suo carattere misto contenuto nei lavori preparatori della legge n. 251 del 2005 non sta, peraltro, a denotare quella scomposizione in uno stadio processuale e in uno sostanziale che corrisponderebbero, rispettivamente, alla prescrizione del reato e a quella della pena³³. Ma designa, invece, una duplicità di aspetti pertinente alla sola prescrizione del reato.

Come abbiamo avuto modo di ripetere, questa ricostruzione ha goduto e gode tuttora di un non indifferente credito nella produzione di lingua tedesca³⁴. Nondimeno, un suo esame minimamente approfondito ne fa risaltare il carattere di un modo edulcorato di prendere commiato dall'impostazione sostanziale per lungo tempo prevalente in sede teorica, piuttosto che i segni di un'effettiva combinazione fra il versante *processuale* e quello *sostanziale* della *Verfolgungsverjährung*. Se è vero che il carattere di un determinato istituto si ricava dalla disciplina cui è soggetto in un certo ordinamento, se ne deve dedurre che la natura *processuale* della prescrizione nel sistema tedesco non è oggetto di discussioni. Anche i fautori del suo carattere «misto», del resto, non esitano a riconoscere l'inevitabilità ad essa del principio di irretroattività; e, di conseguenza, la legittimità costituzionale di disposizioni che ne allungano i termini, così da modificare *in peius*, retroattivamente, la posizione del potenziale reo³⁵. Quanto agli argomenti addotti per assumerne la permanenza nell'alveo del diritto sostanziale, si fa leva – essenzialmente – su due fattori: la dipendenza della durata dei termini prescrizionali dalla gravità del reato al quale si riferiscono; nonché (il dato del-)l'*imprescrittibilità* di taluni reati in ragione della soglia di estrema gravità che questi attingono³⁶.

³² Riferimenti alle concezioni «miste» della prescrizione e alle diverse accezioni che è stata loro assegnata in seno alla letteratura tedesca possono rinvenirsi, in particolare, par. 15, cap. III.

³³ Di questo modo di intendere il carattere *misto* del fenomeno prescrizionale nella sua globalità, fatto proprio da alcune voci della letteratura tedesca, abbiamo dato conto nella sez. II, par. 15 *bis*, cap. III.

³⁴ Un'autorevole adesione a quest'ordine di idee si può rinvenire in H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 911 ss.

³⁵ Cfr. H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 911 s.

³⁶ Cfr., a questo riguardo, sempre H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *op. ult. cit.*, p. 912.

Ma si tratta, a ben vedere, di argomentazioni non insuperabili.

Sotto il primo profilo, è agevole constatare come nel nostro sistema l'*an* e il *quomodo* degli stessi istituti del processo penale siano talvolta condizionati dal *quantum* di pena inflitta per i reati ai quali si riferiscono, senza che ciò valga ad immutarne la valenza *stricto sensu* processuale: si veda, nell'abbondante casistica al riguardo, la disciplina dettata per il patteggiamento dall'art. 445 c.p.p. e l'obbligatorietà o meno dell'esclusione della pena accessoria a seconda che la pena irrogata *non* superi o superi i due anni³⁷.

Quanto alle implicazioni derivanti dall'esistenza di reati, *melius* delitti, imprescrittibili, non (ci) sembra che la loro presenza deponga necessariamente a favore della concezione sostanziale della prescrizione del reato. L'unico punto realmente incontrovertibile è che questa categoria di delitti ne comporta una deroga. È dubbio, peraltro, che questa possa ricevere una spiegazione adeguata entro le coordinate della sua lettura in senso sostanziale. Alla sua stregua, infatti, il reato si prescrive – come si ricorderà – per il suo venir meno nella memoria sociale della collettività³⁸. Acclarato che, uniformandoci ad un concetto di memoria sociale ben più definito e stabile di quello labile ed impreciso consegnatoci dalla letteratura penalistica al riguardo, si può di contro asserire che la memoria sociale di quel reato è destinata a non venire mai meno³⁹, non si potranno conseguentemente spiegare le ipotesi di imprescrittibilità del reato con una maggior resistenza di quei reati a quell'efficacia corrosiva del tempo che, comunque, ... non è in grado di cancellarne il ricordo sociale. Di qui la necessità di contrapporre l'imprescrittibilità del reato non ad un imprecisato e cedevole concetto di memoria sociale della collettività; ma, piuttosto, al diritto dell'imputato ad una ragionevole durata del processo.

Sotto questo profilo, i casi di imprescrittibilità potrebbero armonizzarsi con l'esigenza appena menzionata. Cosa che potrebbe avvenire facendo filtrare nel parametro della ragionevole durata del processo

³⁷ Ciò non toglie, peraltro, che l'aggancio dei termini prescrizionali alla gravità del reato costituisca, a tutt'oggi, il segno più intangibile e indelebile della loro natura sostanziale.

Nondimeno, il dato che se ne ammetta l'allungamento retroattivo, sottraendoli al regime previsto per le norme di diritto sostanziale (cfr. quanto riportato nel testo con riferimento all'esperienza tedesca), dimostra come la disciplina loro applicabile valga ad eclissarne anche quest'innegabile coloritura sostanziale.

³⁸ Rinviamo, al proposito, a quanto esposto nella sez. I, par. 10, cap. III.

³⁹ Ci rifacciamo alle considerazioni sviluppate *retro*, *sub* sez. I, par. 14, cap. III.

o, meglio ancora, facendoli operare come *limiti* alla sua portata operanti *ab externo*, canoni che portino a diversificare i reati per i quali vi-ge il regime dell'imprescrittibilità da quelli sottoposti a procedimenti e processi di durata ordinaria, i quali attingano la loro fonte nel criterio di ragionevolezza desumibile dallo stesso art. 3 Cost. La deroga caratterizzante la loro durata, rispetto al limite contenuto nell'art. 111, secondo comma, potrebbe rinvenire una giustificazione ragionevole segnatamente nella gravità dei reati per i quali è stabilita l'imprescrittibilità. Di qui l'esistenza di una loro innegabile differenza rispetto ai reati per i quali si impone l'ordinaria esigenza di una delimitazione temporale della loro perseguibilità.

Plausibile o meno appaia questo modo di coniugare le ipotesi di imprescrittibilità con la ragionevole durata del processo, non ne darà in ogni caso una spiegazione tanto deficitaria, quanto quella lumeggiata dalle teorie sostanziali. Queste, invero, possono illustrarne il significando solo affermando, in modo del tutto contraddittorio, che in questi casi non è venuta meno quella memoria sociale del reato che ..., in realtà, non viene *mai* meno.

5 bis. *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo penale*

In più occasioni abbiamo avuto modo di richiamare, nelle pagine che precedono, il principio – oggi costituzionalizzato – della ragionevole durata del processo penale.

Per completare il quadro degli spunti provenienti dai lavori preparatori della legge n. 251 del 2005 e per individuarne in modo ancor più deciso il segno, ci sembra importante sottolineare che la riforma dei tempi della prescrizione e, in particolare, la loro riduzione sono stati, in quella sede, presentati come uno strumento deputato precisamente a dare attuazione a quel principio⁴⁰. Il che conferma quella valenza marcatamente *processuale*, che abbiamo attribuito all'istituto in questione nella versione partoritane, appunto, dalla legge n. 251 del 2005.

A confortare questa diagnosi sono, inoltre, talune riflessioni ormai consolidate in ordine alle finalità che il canone della durata ragionevole del processo penale è chiamato ad assolvere.

⁴⁰ Cfr., ancora, G. ZICONE, in *Resoconto sommario n. 526 del 23 novembre 2005*, cit., p. 3.

Fra queste compare, fra l'altro, quella di prevenire il rischio che, per effetto del decorso del tempo, ad es. i testimoni non riescano a trattenerne e riferire quanto del fatto hanno percepito⁴¹. Il rischio, cioè, che il protrarsi del tempo determini una compromissione, di grado più o meno ampio, dei *mezzi di prova*.

Se questo è uno degli scopi al cui conseguimento è votata la ragionevole durata del processo penale; e se la prescrizione del reato viene valorizzata come strumento per raggiungerla, ciò costituisce la riprova della fondatezza delle impostazioni che a questo istituto sono state assegnate dall'esperienza francese e da quella tedesca. La prescrizione del reato è, insomma, un mezzo per salvaguardare l'integrità del materiale probatorio dagli effetti distorsivi della durata del tempo e denota, pertanto, un'incontestabile natura processuale⁴²⁻⁴³.

⁴¹ Su questa esigenza si sofferma, in particolare, M.G. AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, cit., p. 35 s.

⁴² Da una compenetrazione fra una componente *processuale* e una *sostanziale* non può considerarsi alieno neppure il meccanismo prescrizionale tratteggiato dall'art. 46 dello *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale del nuovo Codice penale*, cit. Qui il collegamento fra prescrizione del reato e mancato esercizio dell'azione penale è reso ben evidente dal fatto che la prima viene fatta dipendere esclusivamente dal secondo, sì da potersi designare come il suo effetto indefettibile. Non c'è più spazio per fondazioni *autonome* della prescrizione del reato, quale quella che la fa dipendere dalla cessazione della memoria sociale del fatto. Contrariamente al diffuso adagio incline a rappresentare la prescrizione del reato come un istituto sostanziale con *effetti* processuali, la sua nuova delineazione consente piuttosto di rinvenirvi i segni di un fenomeno processuale con effetti sostanziali. Il che – ci pare – vale ad allontanarla da una dimensione esclusivamente sostanziale e a renderla inquadrabile in un paradigma misto processuale e sostanziale. Ciò che non può che attestare la sua completa separazione dalla prescrizione della pena, la cui natura di segno solamente sostanziale è già emersa da quanto detto in precedenza e non tarderà ad essere confermata neppure dalle riflessioni esposte *infra* nel testo.

⁴³ Ancóra più marcata è la venatura processuale che alla prescrizione del reato riserva la versione ultima dello *Schema di disegno di legge delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, presentato dalla relativa Commissione il 21 marzo 2008.

Con una scelta inequivoca (anche) dal punto di vista topografico, la prescrizione del reato (art. 25 dello Schema) viene ad essere definitivamente sganciata dall'area delle cause di estinzione del reato (alle quali sono dedicati gli artt. 42 ss. di detto Schema).

Che a questa opzione corrisponda una mutazione consapevole nell'inquadramento dell'istituto risulta, *expressis verbis*, da quanto asserito, sul punto, dalla stessa *Relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale*: vi si ha cura di specificare che la prescrizione (sott.: del reato) non debba più rientrare. Tra le cause di estinzione del reato, ma “tra le cause di procedibilità” (così p. 39 di tale Relazione).

Proprio per effetto dello stretto connubio per tale via instauratosi fra il tempo necessario alla prescrizione del reato e il canone della ragionevole durata del processo, consacrato nell'art. 111, secondo comma, Cost., un *indifferenziato* allungamento dei termini prescrizionali previsti per *tutti* i reati, quale quello progettato da un recentissimo disegno di legge governativo – del quale, in realtà, si è saputo ben poco di preciso⁴⁴ – sarebbe stato, comunque, già *ab origine* indiziato di forti sospetti di incostituzionalità per il suo contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost.

A suffragare ulteriormente la tesi della natura processuale della prescrizione del reato interviene, quindi, (un argomento collegato a) un diverso e aggiuntivo mutamento della sua configurazione codicistica rispetto a quella originaria, che già abbiamo avuto modo di richiamare. Si tratta, per la precisione, del profilo attinente alla sua *rinunciabilità*, oggi espressamente contemplata dal settimo comma dell'attuale art. 157 c.p., in forza del quale ha trovato pieno riconoscimento legislativo quanto statuito dalla già ricordata sentenza n. 295 del 1990 della Corte Costituzionale⁴⁵.

Come è stato esattamente notato, se è dato alla volontà dell'imputato il potere di paralizzare l'efficacia estintiva della prescrizione (sott.: del reato) al fine di ottenere una decisione *nel merito* eventualmente a lui più favorevole, ciò significa che in questi casi l'intervento della prescrizione ha un'incidenza circoscritta soltanto al terreno *processuale*⁴⁶. Infatti, la possibilità dell'imputato di rinunciarvi comporta che, pur in presenza di detta causa estintiva, si possa addivenire comunque ad una sentenza di condanna. Ciò che equivale a rinnegarle qualsivoglia effetto sostanziale. Sicché non stupisce che proprio dal versante dei propugnatori della natura sostanziale della prescrizione del reato si siano levate isolate voci favorevoli all'eliminazione della possibilità di rinunciarvi⁴⁷.

Evocano certamente lo spettro dell'allungamento retroattivo dei re-

⁴⁴ Si allude(va), in questa sede, ad un disegno di legge contenuto nel c.d. «pacchetto sicurezza», approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 ottobre 2007. A prescindere dalla fine anticipata della legislatura, non consta, peraltro, che tale disegno di legge abbia formato oggetto di discussione parlamentare alcuna.

⁴⁵ Cfr. *antea* par. 3 di questo capitolo.

⁴⁶ In questa direzione E. FASSONE, *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*, cit., p. 1196 s., nt. 11.

⁴⁷ Riferimenti sul punto (possono rinvenirsi) in F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Temperi cedere*, cit., p. 65 s.

lativi termini la natura processuale della prescrizione del reato, qui prospettata; e il conseguente assoggettamento del suo regime al principio del *tempus regit actum*, anziché alle ben più solide garanzie assicurate dall'ombrello protettivo dell'art. 25, secondo comma, Cost., che ne discendono.

Nondimeno, ci pare che l'esigenza di non lasciare il cittadino in balia degli allungamenti, retroattivi o meno, dei tempi di prescrizione del reato e, con ciò stesso, del processo, decisi *ad libitum* dal legislatore, possa essere attualmente salvaguardata dal canone, pur esso di rango costituzionale (cfr. art. 111, secondo comma, Cost.), della durata ragionevole del processo.

6. *Il definitivo sganciamento della prescrizione della pena da quella del reato e la necessità di verificarne la compatibilità con la funzione della pena*

Reciso ogni legame che ancora la congiunga alla prescrizione del reato per effetto della constatata natura processuale di quest'ultima, la prescrizione della *pena* mantiene intatti quei profili spiccatamente sostanziali, che giustificano l'esigenza di trattarne in stretta connessione con il tema della funzione della pena. Ciò al fine di stabilire quali siano le ragioni che giustifichino il suo venir meno una volta che siano decorsi i termini previsti, rispettivamente, dagli artt. 172 e 173 c.p.

Di fatto, la sua legittimità sta e cade con la possibilità di operarne un'armonizzazione con le finalità alle quali deve assolvere l'impiego della pena, sì da rinvenire una propria giustificazione all'interno delle diverse teorie che ne designano lo scopo. In questa prospettiva, diventa allora imprescindibile saggiare la compatibilità della prescrizione della pena con le differenti concezioni che di quest'ultima sono state via via prospettate.

Da quest'angolazione, parrebbe emergere *ictu oculi* l'antinomia della prescrizione della pena rispetto ad una sua ricostruzione in senso *retributivo*. Postulando in via assoluta l'esigenza che al *malum actionis* faccia séguito inderogabilmente il corrispondente *malum passionis*, questa dovrebbe rimanere tendenzialmente insensibile al lasso di tempo, più o meno ampio, intercorso fra l'uno e l'altro⁴⁸. Nondimeno, per

⁴⁸ Riferimenti agli orientamenti (dei) retribuzionisti, inclini a negare *tout court*

quanto non se ne possa sconfessare la generale validità, la tesi dell'incompatibilità *assoluta* fra la prescrizione della pena e la sua interpretazione in chiave retributiva ha storicamente conosciuto temperamenti non decisivi, ma tuttavia significativi. In quest'ottica, non è inutile rifarsi alla posizione di Lourié, nella cui impostazione generale in tema di prescrizione (penale) – giova ricordarlo – la *Vollstreckungsverjährung* funge da principale modello di riferimento⁴⁹. A suo giudizio, infatti, nell'arco di tempo successivo alla commissione del reato e necessario al maturare del relativo termine prescrizionale, sarebbe comunque dato rinvenire elementi *compensativi*, quantunque il loro *ubi consistam* rimanga di incerta definizione, idonei a fungere da succedanei della pena ineseguita. Proprio l'indeterminatezza che li circonda, d'altra parte, ne attutisce l'efficacia esplicativa in ordine alla loro reale attitudine a retribuire il male recato mercé la realizzazione del reato commesso; e finisce con lo svuotarne la portata, condensandola esclusivamente – come si è avuto modo di constatare⁵⁰ – intorno al tempo decorso dal reato commesso.

Decisamente poco favorevole ad adattarsi alla (recezione della) prescrizione della pena appare *prima facie* la concezione che le assegna una finalità generalpreventiva. Guardata nell'ottica del singolo destinatario della norma penale, si prospetta, in effetti, incongruo un istituto che gli comunica che andrà sostanzialmente esente da pena qualora riesca a sfuggire alla sua esecuzione per un lasso di tempo prestabilito; lungi dall'ammonirlo sugli effetti della sua inosservanza, lo erudisce, invero, su un modo mediante il quale può sottrarvisi. A dispetto di questa prima impressione, una conciliazione fra prescrizione della pena e istanze della prevenzione generale è invece possibile ed è stata, in effetti, sostenuta. La trave argomentativa, sulla quale poggia, si presta ad essere identificata nell'assunto che la motivazione ad uniformarsi al messaggio contenuto nella norma incriminatrice non è *semper* suscettibile di essere rimossa dal fatto che, in un caso in cui se ne è verificata la violazione, a quest'ultima non segua regolarmente la pena minacciata. Ciò non avrà precisamente a verificarsi quando, per il lungo intervallo di tempo trascorso dal momento della commissione del reato, di questa non rimanga più traccia nella me-

la legittimità della prescrizione nel diritto penale, si possono rinvenire in F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 22 s.

⁴⁹ Cfr., *retro*, quanto riportato al cap. III, sez. I, par. 15.

⁵⁰ Cfr., *antea*, le considerazioni sviluppate nel cap. III, sez. I, par. 9.

moria sociale⁵¹. Sicché la mancata esecuzione della pena non si potrà più prestare ad essere letta come una minaccia che l'ordinamento non è stato in grado di mantenere, poiché (dell'origine) della sua necessità sono andate smarrite le tracce.

Nondimeno, questo tentativo di armonizzare le ragioni della prescrizione della pena con quelle della prevenzione generale si espone ad essere infirmato dai riferimenti a quel concetto di memoria sociale, tramandato dalla letteratura penalistica, che già abbiamo avuto modo di criticare⁵².

In effetti, prima di tutto si pone l'interrogativo: quand'è che di un fatto, in questo caso della commissione del reato cui dovrebbe seguire la conseguente applicazione della pena, viene meno il ricordo sociale? Deve essere scomparso nella *maggioranza* dei consociati o, viceversa, in *tutti*? Di talché, in questo secondo caso, basterebbe che un *singolo* cittadino ne conservasse il ricordo perché l'effetto estintivo, ordinariamente collegato alla prescrizione della pena, non si producesse? Riemergono, sul punto, tutte le imprecisioni e le approssimazioni che il predetto concetto di memoria sociale sconta.

Ché qualora, invece, se ne circoscrivesse la riferibilità ai soli organi deputati al perseguimento dei reati, risulterebbe, in base alle precisazioni che intorno alla nozione di memoria sociale si sono fatte nel capitolo che precede, il dato che questa *non* viene mai *meno*⁵³.

Rebus sic stantibus, anche il tentativo di coniugare la prescrizione della pena con le esigenze della sua ricostruzione in chiave general-preventiva si rivela destinato ad un invariabile insuccesso.

7. Prescrizione della pena e sua ricostruzione in chiave specialpreventiva

Incontra un ambiente decisamente più confacente al suo accoglimento la prescrizione della pena nella cornice delle concezioni specialpreventive di quest'ultima.

L'astensione dalla commissione di ulteriori reati per un ampio arco

⁵¹ A questo «classico» *topos* argomentativo utilizzato per legittimare *ogni* forma di prescrizione in materia penale abbiamo fatto riferimento nel capitolo precedente, *sub* sez. I, par. 10.

⁵² Cfr., in particolare, quanto esposto al , cap. III, sez. I, par. 12.

⁵³ Cfr. ancora *antea*, cap. III, sez. I, par. 14.

di tempo – *id est*, quello stabilito negli artt. 172 e 173 c.p. – da parte da chi è già stato condannato per uno precedente è un risultato più che appetibile da una teoria della pena che ne vede il precipuo scopo nell'impedirne la recidiva. Il suo conseguimento vale, pertanto, a legittimare pienamente la rinuncia dello Stato ad eseguire la pena inflitta per quel reato precedente. Il raggiungimento e il mantenimento di quest'obiettivo entro l'ambito temporale legislativamente prefissato dà ragione di quella cessazione della pretesa punitiva che il solo decorso del tempo non basterebbe in sé e per sé a motivare. Anche chi non manca di fare appello al venir meno della memoria sociale del reato per legittimare la prescrizione del reato, infatti, ritiene questa giustificazione inidonea a fondare quella della pena: acutamente si osserva come questa scolorisca fino a cessare del tutto non solo quando il condannato sfugge all'esecuzione della condanna; ma pure allorché la sconti regolarmente⁵⁴. Il che dimostra come non possa essere questo l'argomento in grado di legittimare l'estinzione della pena a fronte di una condanna ineseguita.

L'impronta specialpreventiva che connota l'istituto in parola trova, poi, una significativa conferma nel regime dell'esclusione dai suoi effetti delle categorie di soggetti rientranti nelle tipologie di pericolosità legale indicate dall'art. 172, ult. cpv., c.p.⁵⁵.

Al cospetto della plausibilità che garantisce, già *de iure condito*, una ricostruzione in chiave specialpreventiva della specie di prescrizione di cui ci si occupa, si profila, peraltro, un ineludibile quesito: può la prescrizione della pena presentarsi davvero come un (autentico) surrogato della pena? Ovvero, riformulando la domanda in termini di maggiore completezza e correttezza, si può asserire che questo istituto legittimamente aspiri al rango di legittimo succedaneo di una pena calibrata secondo i parametri costituzionali, che ne definiscono la funzione; e, pertanto, possa proiettarsi verso quella mèta rieducativa, che l'art. 27, terzo comma, Cost. le assegna?

⁵⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 404; nonché ID., in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale. III. Artt. 150-240*, cit., p. 197.

⁵⁵ In questo senso, T. PADOVANI, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale. III. Artt. 150-240*, cit., *ibidem*.

8. (segue). *La prescrizione della pena al vaglio della lettura costituzionalmente orientata della sua funzione*

Gli interrogativi appena delineati non sono suscettibili di una risposta immediata. Impongono, infatti, un pur sommario riesame del volto costituzionale della funzione della pena condotto non solo alla stregua del già richiamato art. 27, terzo comma, Cost., ma anche delle altre disposizioni costituzionali che ne precisano il significato; nonché dell'evoluzione della stessa legislazione ordinaria, che alla nozione di pena estrapolata dalla Costituzione si è sforzata di dare attuazione.

Un primo passaggio obbligato, anche se – oggi come oggi – assolutamente insufficiente, deve prendere le mosse dall'endiadi rieducazione – risocializzazione, nella cui ottica è stata condotta l'elaborazione interpretativa della funzione costituzionalmente orientata della pena da parte della letteratura più sensibile negli anni '70 del secolo scorso⁵⁶.

Sulla premessa di una corresponsabilità sociale nella determinazione delle cause del reato, analizzato con uno sguardo privilegiato ai fenomeni di devianza criminale promananti da settori della collettività collocati in una condizione di prevalente emarginazione e di mancata possibilità di accesso ai presupposti per la realizzazione economica e sociale aperti agli altri, la declinazione del disposto dell'art. 27, terzo comma, Cost. si è rivelata bisognosa di una necessaria integrazione con altre sollecitazioni dettate dal testo costituzionale. Si è quindi manifestato fecondo, in questa direzione, il collegamento con l'art. 3, cpv., Cost., nella misura in cui vi si sottolineava l'imperativo di rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini», ne pregiudicano il rispettivo sviluppo personale⁵⁷. E, una volta individuata la genesi della fenomenologia criminale nelle discriminazioni ridondanti in danno dei gruppi socialmente svantaggiati, si è resa parte integrante del contenuto rieducativo della pena la dotazione al condannato degli strumenti idonei a consentirgli di superare il *gap* economico-sociale che era stato alla base della sua propensione criminosa. Ovvio che questo approccio al

⁵⁶ Un ampio quadro ne è fornito da G. FIANDACA, *Commento al terzo comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, cit., p. 243 ss.

⁵⁷ D'obbligo rifarsi, sul punto, alle indicazioni desumibili dal fondamentale lavoro di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 175 s.

problema criminale abbia dimostrato, in prosieguo di tempo, tutta la ristrettezza di vedute discendente dall'essere modellato soltanto su una tipologia di autori, *ergo* quella dei soggetti socialmente ed economicamente discriminati⁵⁸; e dal tralasciare di prenderne in considerazione altre, che in séguito la prassi giudiziaria non avrebbe più conosciuto in modo soltanto sporadico, come – *in primis* – quelle riconducibili alla cerchia dei c.d. «colletti bianchi». Nondimeno, resta pur sempre vitale l'impulso all'utilizzo della pena per rimuovere le condizioni sociali che hanno determinato il reo a commettere il reato; e che verosimilmente, ove non rimosse, lo indurranno a realizzarne altri. Con l'ovvia avvertenza – in questa sede meramente incidentale, in quanto non oggetto di alcun ulteriore approfondimento – che questa esigenza non sarà generalizzabile. E non potrà formare oggetto di traslazione nei confronti, ad es., della criminalità d'impresa, ossia di fenomeni criminali che hanno come attori soggetti perfettamente inseriti nei meccanismi sociali. Per questi ultimi non avrebbe senso tradurre l'espressione rieducazione in termini di risocializzazione. E occorrerà, all'opposto, costruire – come in parte sta già avvenendo⁵⁹ – un sistema di sanzioni congruamente articolato al fine di tendere all'esclusivo risultato della conformità esteriore dei loro comportamenti alle statuizioni delle norme penali⁶⁰.

Si colloca in una prospettiva strettamente funzionale al conseguimento dell'effetto rieducativo della pena l'individualizzazione del trattamento cui il condannato dovrà essere sottoposto. È, infatti, evidente come solo un'esecuzione calibrata sulle caratteristiche e sulle pulsioni del singolo potrà godere di *chances* sufficienti per ottenerne un'adesione alle richieste comportamentali incorporate nelle norme penali e per evitare che incorra in ulteriori violazioni delle medesime. Il che è precisamente quanto si postula affinché la pena possa sortire la sua auspicata efficacia rieducativa.

E proprio in direzione di questa individualizzazione del trattamento si muove, da ultimo, il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure

⁵⁸ Lo rileva, infatti, G. FIANDACA, *Commento al terzo comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, Artt. 27-28. *Rapporti civili*, pp. 244, 276 s.

⁵⁹ A mezzo, ad esempio, dell'introduzione in aree sempre più vaste, della responsabilità penale-amministrativa delle persone giuridiche, penetrata nel nostro sistema attraverso il D.Lgs. n. 231 del 2001.

⁶⁰ Cfr. ancora G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 278.

privative e limitative della libertà). Al fine di dare attuazione a quell'individualizzazione del trattamento che già richiedeva l'art. 13, legge 26 luglio 1975, n. 354, il regolamento appena ricordato impone, a mezzo del suo art. 29, la compilazione di un programma individualizzato di trattamento di ogni detenuto da parte del gruppo di osservazione e trattamento, di cui al secondo comma dello stesso art. 29, D.P.R. n. 230 del 2000.

9. (segue). *Gli spazi per una verifica empirica di tale compatibilità. Le vicende degli ex terroristi italiani riparati in Francia*

Come detto, è sulla scorta di questi parametri che deve essere vagliata l'attitudine del decorso del tempo fissato nell'art. 172 (e nell'art. 173) c.p. a porsi come succedaneo della pena e, pertanto, a conseguire quegli obiettivi al cui raggiungimento è preordinato il rispetto dei parametri anzidetti.

Al quesito se possa sortire un effetto di rieducazione il decorso di un ampio margine di tempo, successivo alla condanna definitiva, senza che colui che vi dovrebbe essere sottoposto e, invece, vi si sottrae, abbia a commettere nuovi reati, è bene non fornire risposte affrettate. Ammesso e non concesso che si possa arrivare ad una verifica compiuta di tale condizione⁶¹, ciò che conta ci sembra essere non solo il *risultato ultimo* relativo al fatto che il condannato non abbia effettivamente commesso nuovi reati, come unicamente pretende l'art. 172 c.p.; ma altresì il *quomodo* mediante il quale vi perviene. Ciò acquista un peculiare significato se raffrontato al percorso seguito da altri condannati, che si trovino nelle stesse condizioni di partenza, per raggiungere o meno tale traguardo.

Se, infatti, fosse dato riscontrare, in capo a quanti si sottraggono all'esecuzione della condanna definitiva nei loro confronti intervenuta, un'identità dei presupposti necessari a conseguire il beneficio della definitiva non punibilità (loro) accordata dall'art. 172 (e dall'art. 173) c.p., non c'è dubbio che il decorso dei rispettivi termini ivi stabiliti suonerebbe come un ideale rimpiazzo della pena ineseguita. Paradossalmente, si accrediterebbe come un'alternativa addirittura pre-

⁶¹ Le difficoltà di addivenirvi, con specifico riferimento a condannati rifugiati all'estero, erano già state denunciate dalla letteratura tedesca riportata al par. 4 del capitolo precedente.

feribile alla via ordinariamente prescritta, *id est* quella dell'esecuzione della pena, visto che *nella sua dimensione concreta* quest'ultima ben di rado garantisce a tutti, in egual misura, il corredo degli strumenti necessari alla loro completa reintegrazione sociale e, con ciò stesso, alla prevenzione della commissione, da parte loro, di ulteriori reati.

L'esperienza dimostra, peraltro, come la fiducia sull'efficacia tauturgica immanente al periodo di tempo, che il condannato trascorre sottraendosi all'esecuzione della pena e facendo – nel caso – maturare il termine indispensabile alla sua prescrizione, sia mal posta.

Un affresco assai significativo sulle varieguate situazioni che si trovano a vivere condannati che sfuggono all'esecuzione di una condanna definitiva e nei confronti dei quali decorre, quindi, il termine di prescrizione della pena, ci viene fornita da un documentato lavoro, cui già abbiamo attinto⁶², dedicato alle vicende degli ex terroristi italiani tuttora rifugiati in Francia. Ne riportiamo per esteso un breve brano, perché ci pare una testimonianza decisamente eloquente in ordine alla problematica che stiamo affrontando. Dopo essersi soffermata su quelli, tra loro, che risultano perfettamente integrati nella realtà sociale francese⁶³, quest'indagine volge il proprio sguardo ai *non* integrati. Ecco alcune precisazioni riguardo alle loro condizioni: operano come «venditori ambulanti, imbianchini e muratori sono impiegati in condizioni di illegalità. ... I disoccupati sopravvivono grazie alla rete informale di solidarietà parigina e al denaro che giunge una volta al mese da amici e parenti residenti in Italia. ... C'è ... chi percorre le strade dell'alcolismo e della tossicodipendenza». Di taluni si evidenzia

⁶² Cfr. D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., *passim*.

⁶³ Ne è l'archetipo la figura di Gianfranco Pancino. Condannato in via definitiva a venticinque anni e sei mesi di reclusione, Pancino vive in Francia dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, svolgendovi la professione di medico e ricercatore. Le sue qualità di studioso sono tanto apprezzate, da averne fatto, attualmente, «un ricercatore del prestigioso Istituto Pasteur di Parigi» e una figura di riferimento nell'ambito della comunità scientifica internazionale, che si occupa dell'area di interesse medico di sua competenza. La stima da lui guadagnata nel contesto della sua professione non ha mancato, poi, di avere precise ricadute sulle vicende giudiziarie che lo hanno riguardato. Sin dall'epoca del suo arresto, avvenuto il 17 dicembre 1987, contro la sua estradizione –poi negata dalla *Chambre d'accusation* nel 1988 – si è mobilitata una folta e autorevole schiera di «medici, ricercatori qualificati, premi Nobel». Per la ricostruzione delle vicende personali e giudiziarie relative a Gianfranco Pancino cfr. sempre D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 67 ss.

il fatto che «fanno ricorso ad *attività illecite, piccole rapine ...*». E si conclude osservando che «*solo pochi* si possono considerare soddisfatti»⁶⁴.

Ce n'è abbastanza per dedurre che, nel contesto di un gruppo suscettibile di assumere una valenza paradigmatica rispetto ai diversi soggetti che sfuggono all'esecuzione della condanna e possono appetire alla prescrizione della pena, non solo non si sono realizzate, per effetto del decorso del tempo *tout court*, le condizioni favorevoli ad un loro proficuo reinserimento sociale. Ma, all'opposto, continuano a prodursi dinamiche che, pur differendo indiscutibilmente da quelle che li hanno indotti originariamente a delinquere, li rendono alquanto vulnerabili rispetto al pericolo della reiterazione di reati.

Rebus sic stantibus, si può tranquillamente affermare che, in rapporto a questa vasta tipologia di «esuli» francesi non integrati, il periodo utile alla (maturazione del termine per la) prescrizione della pena non può certamente essere additato come un valido succedaneo di quella pena ricostruita alla stregua dei parametri della Costituzione, alla quale ci siamo rifatti nel paragrafo precedente.

Rimane, insomma, fra condannati che sfuggono all'esecuzione della pena reinseriti socialmente e non, un *gap*, che questo loro destino comune non colma ma, all'opposto, accentua.

Di fronte a questa constatazione, si può obiettare che chi ne rimane vittima lo deve alla propria scelta di *rifiutare*, sottraendosi alla sua esecuzione, quella pena improntata al concetto costituzionale di rieducazione, che sarebbe stata suscettibile di rimuoverla. Dunque, *imputet sibi* la scelta di respingerla e di precludersi, con questo, la rimozione di quegli ostacoli che questa sarebbe valsa ad assicurare.

Ora, al di là del necessario richiamo alla *dimensione reale* delle concrete prestazioni che questa pena è concretamente in grado di garantire, a quest'obiezione si può comunque replicare che essa dà per scontata e, in questo modo, convalida una distinzione, che impedisce *ex se* di configurare il periodo di tempo necessario alla prescrizione della pena come un legittimo surrogato di quest'ultima. Invero, questo potrebbe costituire un equipollente della pena ineseguita soltanto per coloro che, in ragione del proprio *background* culturale originario o acquisito, riescono ad inserirsi e/o si sono di fatto inseriti in un certo tessuto sociale malgrado la loro latitanza. Laddove non potrebbe esserlo, invece, per quanti, sprovvisti di questo bagaglio *ad hoc*, non riescano a

⁶⁴ Questo è il quadro delineato da D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 57.

conseguire questo scopo, perché sprovvisti dei mezzi all'uopo occorrenti. Data l'inevitabile disparità di trattamento che questa situazione reca in sé, la causa di estinzione della pena di cui agli artt. 172 e 173 c.p. pare, quindi, indiziata da un palese sospetto di incostituzionalità scaturente da un contrasto con l'art. 3 Cost., considerato nella sua globalità.

In ultima analisi, la prescrizione della pena sembra esporsi a questo tipo di censure perché può rappresentare un legittimo surrogato della pena, nella sua valenza rieducativa lumeggiata dalla Costituzione, soltanto nei confronti di alcuni soggetti *e non* di altri.

Di qui la conclusione ultima circa l'inidoneità del mero decorso del tempo, previsto negli artt. 172 e 173 c.p., a conciliarsi con una (nozione di) pena privilegiata nella sua funzione specialpreventiva. A ciò osta, in particolare, la sua incapacità di rispecchiarne il modello di rieducazione assegnatole dalla Costituzione.

Il che trova una conferma ulteriore nella forzata assenza, per tutto il tempo nel quale il condannato si sottrae all'esecuzione della pena sino a guadagnarne la prescrizione, di quella risposta condotta nel segno della sua *individualizzazione* rispetto alla personalità del condannato medesimo, che soltanto il trattamento operato nei suoi confronti può praticare. Sarebbe stata superflua – quando non addirittura controproducente, in ragione delle *reali* condizioni nelle quali il trattamento ha, *rectius* avrebbe avuto, luogo – comunque, visto che il condannato nel termine prestabilito non ha commesso ulteriori reati? Una risposta in senso assoluto non sembra possibile. Certo, anche ad ammetterla in taluni casi, resta pur sempre il dato che questa non risulterebbe generalizzabile dal momento che, accanto a soggetti che non ne risultano bisognosi, rimane nondimeno prospettabile l'ipotesi di condannati che ne necessitano. Sicché, a fronte di un surrogato di pena che opera in modo necessariamente *indifferenziato* al cospetto di situazioni fra loro suscettibili di essere profondamente diverse, rampolla inevitabilmente il dubbio di un suo contrasto con l'art. 3 Cost.

In questo quadro, si capisce a quale tipo di condannato si possa attingere la prescrizione della pena prefigurata dagli artt. 172 ss. c.p.

In astratto, vi è adombrato l'idealtipo di un condannato capace – a mò di *self-made man* – di emendarsi e reinserirsi da sé, sì da non essere bisognoso, dunque, di alcun contributo solidale da parte della società.

In concreto, vi è piuttosto schizzato il modello realistico di un latitante di lunga data, rispetto al quale le prove circa il fatto che abbia nuovamente delinquito sono, il più delle volte, difficili da trovare, anche in ragione del fatto che non è infrequente il suo riparare in Paesi

soggetti a endemiche crisi istituzionali⁶⁵. Il che rende problematica la stessa acquisizione di informazioni utili a ricostruirne la condotta.

10. *La (vana) ricerca di una diversa piattaforma giustificativa della prescrizione della pena*

Negata la possibilità di operarne una legittimazione in chiave specialpreventiva, resta assai dubbio che la prescrizione della pena possa armonizzare in qualche modo con la funzione della pena.

Non resterebbe, a questo punto, altra soluzione che quella di ammettere che questa sia stata *ab initio*, in modo più o meno consapevole, concepita come uno strumento per conferire una parvenza di legittimità, al cospetto dei consociati, alla sperimentata incapacità degli organi della giustizia statale di far fronte, punendone i responsabili, alla globalità dei reati commessi. Compiutamente teorizzata da Heinze⁶⁶, la tesi che la prescrizione della pena assolve al compito di egida per occultare i *deficit* degli apparati della giustizia statale nel perseguimento dei responsabili della commissione di reati forma oggetto di meno lontane insinuazioni nella letteratura francese⁶⁷. Del resto, il suo poggiare su concetti gnoseologicamente problematici come quello della memoria sociale e del suo venir meno – nell’elaborazione che la letteratura penalistica ne fornisce – conferma e non smentisce questi sospetti.

Se fosse davvero questa la sua effettiva funzione, occorrerebbe porsi seriamente il quesito circa l’opportunità della permanenza di un siffatto istituto.

Né, d’altra parte, sembra proponibile un mantenimento della prescrizione della pena diretto esclusivamente a fornire garanzie *aliunde* non assicurate. Il riferimento va, in particolare, al processo in contumacia, le insufficienze del quale, nel tutelare la posizione dell’imputato, erano state – come noto – alla base della valorizzazione della prescrizione della pena nel pensiero di Carrara⁶⁸. In effetti, navigare sotto la falsa bandiera della prescrizione della pena risultava una neces-

⁶⁵ Paradigmatico, in questo senso, il caso del Nicaragua, paese nel quale hanno trovato rifugio altri «latitanti della lotta armata di sinistra». Si vedano, al riguardo, le informazioni reperibili in D. BIACCHESI, *Vie di fuga*, cit., p. 94 s.

⁶⁶ Se ne può reperire un sunto nel cap. III, sez. I, par. 4.

⁶⁷ Al riguardo, ci rifacciamo a quanto esposto al par. 7, cap. II.

⁶⁸ Sulla posizione di Carrara, rinviamo a quanto esposto nel par. 2, cap. I.

sità ineludibile in un contesto storico nel quale i diritti minimi del condannato in contumacia erano manifestamente compressi e non potevano farsi valere in via *diretta* ⁶⁹.

Un abisso, nondimeno, lo separa dal momento odierno. Anche oggi la posizione del contumace risulta(va) non sufficientemente garantita dalle norme del nostro diritto processuale penale alla stregua dei *dicta* della Corte europea dei diritti dell'uomo ⁷⁰. E dopo le stesse modifiche all'art. 175 c.p.p. apportate dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, risulta certamente perfettibile. Ciò non toglie che a ciò si possa provvedere mediante interventi operati *in medias res*, appunto, sulle norme processuali interessate ⁷¹; e senza la necessità di trincerarsi, quindi, dietro lo schermo di istituti di diritto sostanziale come la prescrizione della pena.

11. Prospettive de lege ferenda

Di fronte ai dubbi sulla legittimità di quest'istituto, che abbiamo finora evidenziato, una presa di posizione sul suo *futuro* non può realisticamente prescindere neppure dalle sue concrete possibilità d'impiego nel *presente*.

Allocata nel contesto di un corpo codicistico che dispensava in dosi massicce la pena detentiva, la prescrizione della pena dev'essere oggi ripensata, quanto alla sua incidenza, alla luce di una legislazione successiva che ne ha progressivamente eroso l'impiego. Fenomeno, questo, al quale ha dato e continua a dare impulso la sempre più frequente possibilità di ricorrere, in luogo della sua applicazione, a quella delle misure *alternative* alla detenzione ⁷².

L'area dei possibili fruitori della prescrizione della pena si presta

⁶⁹ Valgano, ancora, le considerazioni svolte al par. 2, cap. I.

⁷⁰ Per una ricognizione delle prese di posizione più significative della Corte europea in questa materia cfr., da ultimo, A. BALSAMO, *Ancora su contumacia e su dichiarazioni predibattimentali*, Osservazioni a Corte eur. diritti dell'uomo, Sez. III, 8 febbraio 2007, n. 25701/03, *Kollcaku c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 884, p. 3095 ss.

⁷¹ Sull'esigenza di un globale ripensamento delle norme (del Codice) di procedura penale dedicate alla contumacia insiste A. BALSAMO, *Ancora su contumacia*, cit., p. 3099.

⁷² Cfr., per indicazioni precise in ordine alle aree della loro più recente espansione, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, II ed., Milano, 2006, p. 524 s.

così ad essere circoscritta a forme di criminalità decisamente *gravi*, con l'eccezione delle ipotesi nelle quali è prevista la pena dell'ergastolo, non ricompresa nell'ambito di operatività dell'art. 172 c.p.

Così delimitata l'area di coloro che possono effettivamente appetirvi, resta da sondare l'eventualità di orientarsi, in ragione di tutte le perplessità – anche di ordine costituzionale, se e in quanto raccordate alla nozione di pena che la Costituzione lumeggia e di cui la prescrizione in parola dovrebbe essere il legittimo succedaneo – che questa suscita, *de lege ferenda* verso quella sua soppressione, che già Binding, pur se con altre motivazioni, aveva a suo tempo auspicato⁷³.

Occorre, peraltro, tenere presenti anche le controindicazioni che ad una sua eliminazione *secca* parrebbero opporsi. In particolare, una logica specialpreventiva osterebbe a pretermettere del tutto la circostanza che chi si è sottratto all'esecuzione della pena si sia astenuto, per un arco di tempo comunque considerevole (quale quello oggi ritenuto necessario a dar luogo alla prescrizione della sua condanna), dal commettere *ulteriori* reati. Abbiamo, d'altro canto, esposto le ragioni per le quali questo dato non è suscettibile di essere valutato in una dimensione esclusivamente *oggettiva*. Troppi possono essere gli ingredienti di carattere *soggettivo* partecipati della sua realizzazione: il differente livello socio-culturale di coloro che si sottraggono all'esecuzione della pena funge da fattore che può primariamente incidere su tale risultato ultimo. Ciò induce a una necessaria cautela nel soppesarne la valenza.

Sembrerebbe quindi opportuno, in questa prospettiva, trasformare il *quantum* di tempo trascorso dal momento in cui la condanna è diventata irrevocabile, opportunamente ridotto nel suo limite *massimo*⁷⁴, da causa di estinzione della pena, quale risulta dall'odierno art. 172 c.p., in fattore operante nel senso di comportarne una diminuzione *obbligatoria*.

Se e in quanto sottoposta al regime dell'obbligatorietà, detta diminuzione di pena non dovrebbe radicarsi sul solo aspetto della mancata reiterazione di reati nell'arco di tempo preso in considerazione; ma, al

⁷³ Cfr. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 828.

⁷⁴ Abbassato dalla soglia dei trenta anni attuali a quella dei venticinque contemplata dall'art. 52 dello *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale del nuovo Codice penale*, cit. Questo (nuovo) limite massimo sembra poi suscettibile di un'ulteriore riduzione sulla base della diversa funzione che, *de iure condendo*, proponiamo di attribuire ad un istituto *non più* deputato all'estinzione della pena, ma – viceversa – esclusivamente ad una sua riduzione.

fine di garantire un'effettiva *attualizzazione* dello scopo specialpreventivo nel momento in cui la si accorda al (soggetto) già condannato, dovrebbe postulare anche una sua attivazione nel presente in direzione dell'eliminazione delle conseguenze del reato per il quale la condanna è intervenuta. Quali siano le forme nelle quali essa deve avere luogo è questione che non si può prestabilire in astratto. A ipotesi di conciliazione con la vittima si potrà pensare con riferimento ai soli delitti a vittima determinata. Non senza precisare, nondimeno, che, versandosi in un'area di delitti che possono attingere livelli di gravità decisamente rilevanti, i meccanismi *lato sensu* conciliativi non potranno trovare applicazione nei confronti di una vittima che vi si presti *obtorto collo*. In via alternativa si dovrà pensare, in relazione a questi casi, a forme di riparazione economica, proporzionate alle attuali ed effettive condizioni economiche del condannato, da destinare a favore della vittima stessa o, in caso di suo rifiuto, di categorie che si trovino in condizioni similari alle sue (per quanto riguarda i condannati per fatti di terrorismo, il pensiero corre immediatamente al Fondo per le vittime del terrorismo).

A forme di riparazione differenziata, a favore degli enti o delle associazioni di categoria, si potrà poi pensare, rispettivamente, anche per i delitti offensivi di beni istituzionali o superindividuali.

In conclusione, una norma atta a tradurre sul piano del diritto positivo quanto finora sostenuto potrebbe suonare – almeno in linea di principio e salve le ulteriori precisazioni che si renderanno necessarie – come segue: «decorso un termine pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a venti anni (in luogo dei 30 attuali), il giudice⁷⁵ deve diminuire la pena rispetto al condannato che, pur essendosi sottratto alla sua esecuzione, in quel tempo non ha commesso ulteriori reati e si è adoperato per eliminare le conseguenze del reato per cui è intervenuta la condanna».

Si potrà certamente insinuare che la scelta a favore dell'imprescrittibilità delle condanne, pur comprensiva dei temperamenti appena indicati, sia il frutto di una malcelata spinta neoretribuzionista. A dispetto di questo comodo espediente per squalificarla, giova allora ricordare che il suo reale fondamento risiede nell'incapacità di fornire una motivazione plausibile dell'attuale (conformazione della) prescrizione della pena tanto nell'ottica generalpreventiva, quanto in quella specialpreventiva.

⁷⁵ Per giudice si intende qui – ovviamente – il magistrato di sorveglianza.

Paradossalmente si potrebbe dire, anzi, che è proprio il suo statuto vigente, in ragione della sua constatata inidoneità ad inquadrarsi nel solco della teoria generalpreventiva e di quella specialpreventiva e, di conseguenza, a giustificarsi *tout court*, a gettare il seme di possibili spirali retribuzionistiche. Ne costituiscono una riprova evidente le scomposte reazioni suscitate dalle non frequenti – almeno per il momento – sentenze di dichiarazione di estinzione della pena per sua intervenuta prescrizione, che hanno avuto ad oggetto episodi di indiscutibile gravità⁷⁶.

Certo, si può anche immaginare che si trovi a *non* poter fruire di questa attenuante, per non aver posto in essere le dovute condotte riparatorie, anche chi è stato condannato per un reato bagatellare e, successivamente, *non* ne abbia commesso ulteriori.

Evitare l'incongruità che un simile autore debba essere costretto, anche a distanza di un amplissimo lasso di tempo dal momento della commissione del reato, a scontare *per intero* la pena irrogatagli mercé la condanna definitiva sembra, peraltro, essere ugualmente possibile.

Per non incorrere in un rischio di questo genere, si potrebbero esentare dall'obbligo delle condotte riparatorie i soggetti condannati per reati di minor gravità. Ciò che fa scattare immediatamente l'esigenza di identificare i caratteri che valgono a scolpirne la nozione.

In un sistema che mantenga l'attuale diade delitti-contravvenzioni, ai fini dell'applicazione dell'attenuante collegata al decorso di un determinato arco di tempo dalla commissione del reato, ci si potrebbe appagare soltanto della condizione che l'autore non ne abbia realizzato ulteriori quando la precedente condanna avesse ad oggetto una *contravvenzione*. Stante la fisionomia di fattispecie di pericolo astratto che

⁷⁶ Valga, in tal senso, il richiamo alla risposta mediatico-politica alla sentenza declaratoria dell'estinzione della pena nei confronti di Achille Lollo in relazione al c.d. "rogo di Primavalle", della quale abbiamo dato conto a p. 4, nt. 10, dell'*Introduzione*. Sono risibili sul piano del diritto ma, al tempo stesso, denotative del bisogno di colpire con una retribuzione "sociale" chi a quella giuridica si era ormai definitivamente sottratto, le proposte di interdire al beneficiario della prescrizione della pena il ritorno nella città in cui aveva commesso il fatto riportate da *Il Corriere della Sera* del 30 gennaio 2005, p. 5.

La sensazione che ne discendeva era quella che si volesse comunque creare una sorta di surrogato dell'inesecuzione della pena. E in ciò si annida, evidentemente, il paradosso. Dopo che la si era legittimata in nome del suo fungere da surrogato della pena (ineseguita), alla prescrizione della pena si rinnegava l'idoneità a perseguire tale scopo, sì da pretendere un surrogato *sociale* che ne facesse le veci. Come dire che si veniva a richiedere il surrogato.. del surrogato.

il più delle volte contrassegna questa tipologia di reati⁷⁷, l'ordinaria assenza di conseguenze materiali che ne derivano fa sì che, ai fini della prevista diminuzione di pena, ci si possa esimere dalla richiesta della loro eliminazione.

Certamente più arduo risulterebbe tracciare un *discrimen* fra le ipotesi nelle quali alla diminuzione di pena predetta si potrebbe far luogo anche in assenza delle condotte *lato sensu* riparatorie sopra dette e quelle in cui queste risulterebbero inderogabili a questo effetto laddove si superasse l'odierna bipartizione fra delitti e contravvenzioni. Espunte queste ultime, per gran parte, dall'area del penalmente rilevante ed elevate le residue a *delitti*, punibili anche a titolo di colpa, le possibilità che tale diminuzione di pena prescindendo da tali condotte si renderebbe abbastanza problematica..

Quale che sia il parametro – livello edittale di pena, immanenza di conseguenze suscettibili di essere rimosse già emergenti dalla descrizione del tipo, o altri – cui il legislatore futuro, in ipotesi accogliendo la soluzione qui enucleata, decidesse di attenersi, la ricaduta pratica sulla portata dei suoi effetti, con riferimento ai reati bagatellari in discorso, risulterebbe modesta, quando non addirittura nulla.

Il loro autore solo in via teorica rientra nel bacino di utenza della prescrizione della pena e, di conseguenza, delle riforme che avessero ad investirla⁷⁸. In realtà, ben di rado potrà profilarsi a suo carico la stessa eventualità di una sentenza di condanna di primo grado, tali e tante essendo le tecniche di degradazione del *reato* suscettibili di produrne, a suo beneficio, l'estinzione⁷⁹. Una volta che ne sia intervenuta la condanna, si aprirà per lui, comunque, quella possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, che la più recente legislazione ha costantemente incrementato⁸⁰.

Immaginare che, ciò nonostante, questo soggetto non si avvalga di tali mezzi pare possibile solo a patto di ipotizzare che questo resti nel-

⁷⁷ Nel senso che le contravvenzioni ricalchino sempre il modello del pericolo astratto cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. I*, cit., p. 549.

Questa tendenziale correlazione non è condivisa, all'opposto, da T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 450 ss.

⁷⁸ Cfr., sul punto, quanto rilevato *antea* a p. 142.

⁷⁹ Se ne veda l'ampia rassegna tracciata da M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità* in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 397 ss.

⁸⁰ Ci rifacciamo, ancora, a quanto esposto a p. 142.

la totale sconoscenza del processo che lo riguarda. Il che, a sua volta, sarebbe risultato verosimile solo nel contesto della sua sottoposizione ad un processo in contumacia assoggettato alla disciplina prevista all'epoca carrariana; *ergo*, ad un processo di questa specie, che aveva luogo *senza* l'assistenza del difensore. Abbiamo avuto modo di constatare quanto il regime attuale della contumacia – ferma restandone la perfettibilità – sia tuttavia distante da quello di allora, sì da rendere di fatto inverosimile il concretizzarsi delle eventualità dianzi prospettate.

Finito di stampare nel mese di giugno 2008
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220

