



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
a.a. 2021/2022

**La prescrizione del reato.
Tra legge di delega (n. 134/2021) e *Verjährung* tedesca.**

Relatore: CH.MO Professore Enrico Mario Ambrosetti

Laureanda: Domiziana Delle Monache

È mio desiderio ringraziare il Ch.mo Professore Enrico Mario Ambrosetti, da cui tanto ho imparato mentre, con pazienza e dedizione, mi accompagnava nello svolgimento di questo lavoro.

Ringrazio, inoltre, le città di Würzburg e Hamburg e le rispettive università, luoghi fondamentali nel mio percorso, che mi hanno accolta e cresciuta come cittadina europea e internazionale.

Infine, rivolgo il mio grazie anche al Ch.mo Professor Milan Kuhli, per i consigli nello svolgimento del mio lavoro.

Padova, 20 ottobre 2022

Nell'Universo esistono un numero infinito di soli e pianeti come la Terra, che ruotano intorno alla loro stella proprio come i pianeti del nostro Sistema Solare. Vediamo soltanto i soli, poiché sono più voluminosi e più grandi, e i pianeti rimangono a noi invisibili, perché più piccoli e meno luminosi. Questi infiniti mondi sono abitati come e più del nostro.

G. BRUNO, *De l'infinito, Universo e Mondi*, stampato in Venezia, anno MDLXXXIII

INDICE

Premessa.p. 1

Capitolo 1 – La prescrizione nella storia: origine dell’istituto e parallela evoluzione della concezione del tempo.

1. Breve premessa: antichità delle radici presuntive e temporali della prescrizione.p. 9
2. Dalla Grecia classica alle Codificazioni preunitarie: come si affermò la concezione relativistica del tempo.p. 12
3. Il Codice Zanardelli (1889) ed il Codice Rocco (1930): affermazione del tempo quale terreno comune nella evoluzione coscienziale dei fatti storici e dei fatti giuridici.p. 29

Capitolo 2 – L’ordinamento italiano: dibattito sulla natura dell’istituto prescrizione come regolato dal Codice penale del 1930 ed il suo rapporto con la Costituzione del 1948.

1. Premessa: breve *excursus* metodologico e novità della prescrizione del Codice Rocco rispetto al Codice Zanardelli.p. 33
 - 1.1 Una distinzione controversa: prescrizione del reato e prescrizione della pena e loro inquadramento rispetto alla c.d. prescrizione dell’azione.p. 36
 - 1.2 Il reato oggi: l’importanza della sua dimensione temporale.p. 41
 - 1.2.1. Il tempo nella prescrizione: operatività in via presuntiva e dimensione coscienziale.p. 44
 - 1.2.2. Struttura tripartita o quadripartita del reato: collocazione della punibilità.p. 49
 - 1.2.3 Rapporto tra prescrizione e punibilità: specularità del rapporto tra prescrizione e pena.p. 52
2. Rapporto tra la disciplina del Codice Rocco (1930) e la sopravvenuta Costituzione (1948).p. 55
 - 2.1 Funzioni della pena: repressione e/o rieducazione?p. 56

2.2 Il significato positivo della prescrizione rispetto alle funzioni della pena e conseguente erroneità dell'accostamento della prescrizione del reato al principio del giusto processo e della sua ragionevole durata.	p. 63
2.3 Esplicazione della funzione positiva della prescrizione: integrazione della prevenzione generale e completamento della prevenzione speciale.	p. 70
2.4 La relatività della prescrizione del reato e suoi corollari: imprescrittibilità di determinati reati e approccio misto.	p. 74
3. Dibattito sulla natura della prescrizione del reato: premessa e origine del problema.	p. 80
3.1 Conflitto tra i sostenitori della teoria sostanzialista ed i sostenitori della tesi processualista.	p. 86
3.2 Soluzioni prospettate: teoria mista e ispirazione all'ordinamento tedesco; natura non penale della prescrizione.	p. 98
3.3 Itinerario proposto: dimensione fattuale del tempo o dimensione temporale del reato?	p. 103

Capitolo 3 – Opportunità di un confronto: la *Verjährung* nell'ordinamento tedesco.

1. Breve introduzione.	p. 107
2. Teoria del reato: la punibilità come elemento chiave nella concezione moderna dell'illecito penale.	p. 108
2.1 Primi accenni del conflitto politico-dottrinale: da Feuerbach a Zanardelli.	p. 109
2.2 Teoria del reato in Germania: origine della concezione quadripartita della struttura del (fatto di) reato.	p. 114
2.3 Influenza della sistematica tedesca sulla evoluzione del concetto italiano di "punibilità".	p. 118
2.4 Per uno sguardo d'insieme: la conferma dell'utilità di accogliere la teoria della struttura quadripartita del reato.	p. 125
3. Istituto tedesco e legge tedesca a confronto con istituto italiano e legge italiana.	p. 125
4. Dibattito in Germania sulla natura della prescrizione, in particolare della <i>Verfolgungsverjährung</i>	p. 133

5. Fondamento della *Verjährung*: ragionevole durata del processo o *ratio* teleologica della sanzione penale?p. 140
6. Principî del processo coinvolti dalla *Verfolgungsverjährung* e confronto con i principî italiani.p. 145

Capitolo 4 – Dalla prescrizione alla improcedibilità: la recente riforma italiana (Legge di delega del 27 settembre 2021, n. 134)

1. Percorso logico-giuridico: dal dato normativo ad un’ipotesi di natura “sensibilmente” mista di un istituto relativo. L’inquietudine politico-legislativa del terzo millennio: da Rocco a Cartabia.p. 151
 - 1.1 Analisi tecnica: la legge sostanziale.p. 157
 - 1.2 Analisi tecnica: la legge processuale.p. 173
2. Questioni di legittimità costituzionale: improcedibilità e ragionevole durata del processo.p. 178
 - 2.1 Altri interrogativi sulla legittimità.p. 182
3. (In)certezze sul fondamento prescrizione della improcedibilità *ex art. 344 bis c.p.p.*p. 190
4. Argomenti vari a favore della tesi mista della natura della prescrizione del reato.p. 193
5. I problemi continuano: come adattare discipline contigue con vigenza a breve distanza l’una dall’altra? Questioni di diritto intertemporale e di disciplina transitoria.p. 201
 - 5.1 Problematiche generali.p. 202
 - 5.2 Vicende anteriori alla Legge 134/2021.p. 203
 - 5.3 La Riforma Cartabia: portata temporale e co-implicazione di questa con la natura “mista” della prescrizione del reato.p. 211

Capitolo 5 – La riforma Cartabia: problemi e prospettive

1. *Pro e contra* della Legge 134/2021.p. 215
2. L’eredità più importante: la natura mista della prescrizione del reato.p. 217
3. Conclusioni e prospettive per il futuro.p. 227

BIBLIOGRAFIA

1. Dottrina.p. 231
2. Giurisprudenza costituzionale.p. 243
3. Giurisprudenza di legittimità.p. 243
4. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Corte Suprema Federale Tedesca).....p. 244

PREMESSA

Si propone in questo lavoro una riflessione sulla recentissima Riforma Cartabia, la quale interviene su un istituto a lungo dibattuto ed avente portata talmente ampia da adattarsi facilmente al ruolo di metafora del contesto in cui attualmente viviamo.

Pur risalendo l'originario Disegno di Legge a data anteriore ai recentissimi sconvolgimenti mondiali,¹ la Legge del 27 settembre del 2021, n. 134, altro non è – parlando sempre con linguaggio metaforico – che la proiezione dell'inquietudine contemporanea.

Come gli ultimi eventi di portata globale, inattesi e laceranti, hanno avuto impatto altrettanto veemente sui singoli ordinamenti giuridici, così i dubbi, le incertezze, le contraddizioni del nostro tempo sembrano riflettersi sull'*iter* lungo e travagliato, nonché, infine, anche sul testo della Riforma di cui parliamo.

In siffatte condizioni è venuto meno il tempo dell'attesa e ci si ritrova a dover operare, come giuristi, ancora prima che vengano perfezionati gli strumenti – normativi, ma anche concettuali – a ciò necessari. Occorre insomma procedere, ponendo in essere ogni sforzo utile a interpretare lo spirito della Riforma, proiettandola sul nostro quadro ordinamentale già per come esso si presenta nell'attualità.²

Conformemente a questo pensiero, la presente trattazione si caratterizza per un metodo e per un oggetto di indagine specifici. Quanto al metodo, ci si affiderà ad un approccio sillogistico, dogmatico, fatto di ipotesi, tesi ed argomentazioni. L'oggetto, invece, consiste nella prescrizione del reato, ossia il fulcro della riforma del 2021 e, in particolare, ci si concentrerà sulla questione che anima più di tutte i dibattiti attuali: la sua natura.

¹ Il D.D.L. sulla riforma della giustizia penale reca data 13 marzo 2020. Tra gli eventi epocali cui si allude si ricordino la pandemia da Covid-19, pressoché contestuale al D.D.L., il quale però era in fase di elaborazione già da diverso tempo; l'offensiva talebana contro il Governo di Kabul (estate del 2021); lo scoppio della guerra in Ucraina (24 febbraio 2022).

² È utile anticipare quanto verrà approfondito nel Capitolo 4, ossia che la Legge del 27 settembre del 2021, n. 134 è suddivisa in due macro-articoli, di cui il secondo è immediatamente precettivo (pur trattandosi di una legge di delega), mentre il primo contiene i principi ed i criteri direttivi cui il Governo deve attenersi nell'esercizio del potere delegatogli dalle Camere; tale potere è esercitabile in forza di decreti attuativi che il Governo stesso deve adottare entro un anno dalla entrata in vigore della Legge 134/2021. In data 10 ottobre 2022 il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha apposto la firma al decreto legislativo emanato ai sensi dell'art. 1 della Legge di delega.

Mettendo insieme il metodo che si vuole adottare e l'oggetto cui esso riferisce, ci si avvarrà di un *iter* composito, ideato in guisa che esso rispetti le istanze della società in cui viviamo: un metodo classico per un istituto definibile, forse un poco audacemente, solipsistico.

Le diverse questioni che vanno affrontate e risolte per rispondere al quesito principale, ossia qual è la natura della prescrizione del reato, hanno a loro volta carattere particolare, non assoluto, poiché richiedono che ci si serva di un pensiero elastico, flessibile. Quali sono queste questioni? Conviene rapidamente passarle in rassegna in via introduttiva, così da eliminare in partenza eventuali equivoci.

In primis, non si deve confondere la prescrizione con due figure che potrebbero presentare tratti sovrapponibili: l'*abolitio* e l'amnistia. La prescrizione si distanzia da queste per una ragione ben specifica, ovvero la sua essenza soggettiva e personale. Entrambe di valenza oggettiva, l'*abolitio criminis* toglie letteralmente di mezzo il reato mediante una riforma del dato normativo; l'amnistia,³ invece, non è un artificio con cui l'ordinamento elimina un fatto che in realtà si è verificato (effetto tipico della *abolitio*): lo Stato non nega il crimine, ma nemmeno ammette il cambiamento psicologico interiore del reo. Con la prescrizione del reato, invece, è cambiato il reo.

L'amnistia, dunque, rientra tra le cause di estinzione del reato nel senso che lo Stato si atteggia (nei confronti del reo) come se questo fosse innocente; tuttavia, non riconosce che nella interiorità dello stesso si sia verificata una trasformazione idonea a qualificarlo come soggetto rieducato e reinserito in società.

La prescrizione (soprattutto oggi e soprattutto in un sistema che punta alla rieducazione del condannato) è concepita come decorso del tempo che incide sulla psiche del reo e non sul reato, talché ha un valore positivo e soggettivo. Di conseguenza, non potendosi considerare il reo sempre uguale a se stesso proprio perché è decorso il tempo e perché il tempo non modifica il fatto (che è qualcosa di materiale che non si estingue), non si deve incorrere nell'equivoco di credere che la prescrizione comporti una sorta di *abolitio criminis* per decorso del tempo.⁴

³ Essa può essere o propria o impropria, in base al momento in cui opera. L'amnistia propria è quella che interviene prima della condanna e quindi che estingue il reato; l'amnistia è impropria se vi è stata condanna, ergo fa cessare l'esecuzione di questa e le pene accessorie (art. 151 c.p.).

⁴ È utile a comprendere meglio la distinzione tra prescrizione e amnistia l'opera di W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Zweite, völlig neue Auflage der Grundlagen des Strafrechts, De Gruyter, Berlin, 1949, pp. 231 ss.

Alla luce di queste riflessioni si possono trarre due conclusioni: una circa il rapporto tra prescrizione del reato e prescrizione della pena; l'altra circa l'ipotetico conflitto tra natura sostanziale e processuale della prescrizione (del reato). Retoricamente si può affermare che – alla luce di questa protasi – possono essere avvalorate due tesi di portata essenziale ai fini di una compiuta descrizione dell'istituto in esame.

Per quanto riguarda l'eventualità che le prescrizioni siano due, una del reato e l'altra della pena, pare ragionevole considerare l'istituto come unitario, ma tale da intervenire in momenti diversi: l'uno prima che sia irrogata la sanzione, l'altro dopo che è stata irrogata, ma prima dell'esecuzione di quest'ultima. In entrambi i casi la *ratio* è che, decorso un certo lasso di tempo, il reo non lo si può più ritenere tale e quale rispetto al passato. La differenza sta appunto nel momento in cui la prescrizione si verifica, ossia nel momento in cui sono decorsi un "tot" di giorni, mesi, anni per cui non è più sensato ritenere il reo identico a come era in passato: egli ha presumibilmente superato uno stadio rispetto al quale è verosimile che abbia raggiunto la medesima condizione del reo rieducato e reintrodotta in società.

Attenzione però: ulteriore equivoco è, vista la *ratio* che attualmente si applica alla disciplina della prescrizione, quella di ritenere che la prescrizione, intervenendo in senso rieducativo, sia pure uno strumento di attuazione del principio di giusta durata del processo. Così non è! Invero, non è che la prescrizione debba essere enfatizzata quale espediente per risolvere le anomalie di un sistema troppo lento o troppo complicato nella persecuzione dei reati e/o nella esecuzione delle sanzioni (penali). La ragionevole durata del processo (corollario fondamentale, o, meglio ancora, nucleo essenziale del postulato del giusto processo) è principio e diritto che va garantito *a priori* e che non deve risultare in maniera collaterale e successiva come conseguenza della incapacità dell'ordinamento penale dello Stato di assolvere appieno la funzione giurisdizionale. Quindi è un errore – a mio avviso – quello di correlare la prescrizione con la garanzia del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Come anticipato, vi è un ulteriore fronte sul quale si sviluppa la nostra riflessione in seguito alle deduzioni di cui *supra*: il dibattito sulla natura della prescrizione. Se, invero, essa si riferisce alla mutazione psicologica del reo, si può arguire che, se da un lato va tenuto distinto l'aspetto materiale da quello astratto, dall'altro non si può

dimenticare che la manifestazione di tale fenomeno si riverbera proprio sul fatto di reato, che è come se venisse meno.

Allora, benché sia vero che il reato, evento materiale, non è esso che viene meno, essendo invece plasmata *in itinere* l'interiorità astratta dell'uomo – chiave di lettura, questa, che farebbe propendere per una interpretazione di tipo processuale della prescrizione – altrettanto vero è che la manifestazione di tale fenomeno (anche per ragioni di inquadramento disciplinare realizzato dal legislatore) si riverbera proprio sul fatto di reato, che è come se venisse meno: si parla di estinzione del reato, ritenendo che il tempo agisca con la sua azione disgregatrice su qualcosa di passato.

Tradizionalmente, la prescrizione esclude la punibilità, disinnescando la necessità ed il bisogno di pena (*Strafwürdigkeit* e *Strafbedürfnis*):⁵ essa incide su qualcosa di fisico; o, meglio, incidendo su qualcosa di astratto e psicologico, compenetra il crimine in tutta la sua realtà.

Tale ricostruzione è ancora più vera se ci si appoggia alle moderne teorie che vedono nella punibilità un elemento necessario della struttura del fatto di reato. Al venire meno della punibilità, viene meno un elemento sovrasensibile: il tempo – immateriale – si cala nella dimensione materiale del fatto e lo corrode fino ad eliminarlo; naturalmente si tratta di un'eliminazione metaforica, in quanto il fatto c'è stato e ciò non si può negare; tuttavia, allo stesso tempo, tale metafora ha ripercussioni inevitabilmente materiali, che si manifestano nella impossibilità di punire il reo, come se egli non avesse commesso il reato. Ecco perché non bisogna cadere nell'equivoco di ritenere la prescrizione (del reato) o come qualcosa di esclusivamente astratto ovvero come qualcosa di necessariamente concreto (e, conseguentemente, fatto prettamente procedurale o prettamente materiale): essa, alla stregua di un principio della fisica, nasce in qualità di formula immateriale per poi calarsi nella realtà, nella natura (ἡ φύσις), assumendo forma sensibile e percettibile dagli uomini.

Tale ricostruzione non dovrebbe meravigliare più di tanto: essa si fonda su un ragionamento logico, sillogistico, deduttivo, consolidato nella storia della filosofia e della fisica: probabilmente i dubbi sulla natura dell'istituto prescrizionale derivano da tentativi dottrinali, giurisprudenziali e (perlopiù) politici di conciliare pretese di vario genere, che

⁵ A. DECKERT, *Strafwürdigkeit und Gesetzgebung dargestellt am Beispiel des Vortäuschens diplomatischer Immunität*, 1. Auflage Cuvillier Verlag, Göttingen, 2009.

hanno finito per strumentalizzare una figura giuridica che, invece, nasce in sé e per sé già quale mezzo compiuto per soddisfare esigenze umane ancor prima che legali.

Si pensi, solo per fare un esempio, all'iperuranio platonico: già cinque secoli prima di Cristo era chiaro che ciò che gli uomini hanno della rappresentazione della realtà nella loro mente si cala poi nel mondo sensibile; o, ancora, prima di Platone, Socrate: il procedimento deduttivo, che – costruito dall'alto verso il basso – non è altro che un preludio del movimento platonico, il quale spiega come le idee si calano nella interiorità dell'uomo; sempre questa attrazione magnetica, inevitabile e necessaria ai fini dell'esistenza materiale ed umana, la ritroviamo nel motore immobile di Aristotele, che tutto crea imprimendo movimento mediante una forza che attrae a sé ciò che incontra durante il suo cammino: è dal moto nel tempo che ha origine il tutto.

Per poi approdare a Kant: il movimento è la forma tangibile di un mondo ideale, che pone al centro l'uomo quale fine e non quale mezzo. Il movimento è ciò che rende possibile la nascita dell'uomo ed il suo perfezionamento (nel caso del reo, la sua rieducazione e riabilitazione in società). Ed ecco allora la chiave di volta: il tempo. Nulla esiste in assenza del tempo. Il tempo, nella sua immaterialità, è ciò che dà vita alla corporeità; senza tempo non c'è movimento e senza tempo non c'è spazio. Tempo e spazio sono le due condizioni primarie e necessarie per l'esistenza dell'uomo; tuttavia, non stanno in un rapporto di corrispondenza biunivoca, per quanto siano entrambe essenziali ed irrinunciabili, poiché lo spazio, ossia l'ambito in cui l'uomo esprime la propria esistenza, non esiste se non vi è il tempo, il quale – a sua volta – trova la propria manifestazione nello spazio. Come? Basta una parola: trascendenza (intesa in senso kantiano).⁶

⁶ Per comprendere meglio che cosa sia la “trascendenza” basta rimettersi alle parole del filosofo illuminista: «Chiamo trascendentale ogni conoscenza che si occupa non di oggetti, ma del nostro modo di conoscenza degli oggetti, in quanto questa deve essere possibile *a priori*». Così I. KANT, in *Kritik der reinen Vernunft (Critica della ragion pura)*, Riga, 1781. La stessa opera si divide al suo interno nella critica alla *Dottrina trascendentale degli elementi* (la quale si compone di critica dell'*Estetica trascendentale* e critica della *Logica trascendentale*, e quest'ultima, a sua volta, consta di analitica e dialettica) e in quella alla *Dottrina trascendentale del metodo*. Da ricordare che la trascendenza di Kant si riferisce al trascendentale e non al trascendente. Se, invero, ciò che è trascendente è ciò che va al di là, ciò che sta oltre ed è – come intuibile anche dal linguaggio comune – qualcosa di più grande del normale, le cose trascendentali non sono (stando a Kant) qualcosa di maestoso ed enorme che va oltre l'esperienza umana, bensì qualcosa che, al contrario, la precede, che esiste *a priori* e rende possibile la conoscenza dell'uomo. Così si esprime il filosofo nei suoi *Prolegomeni* (titolo originale è: *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können; Prolegomeni a ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, del 1783), quando spiega in che senso il concetto di trascendenza (di cui aveva già discettato nella Critica alla ragion pura) è stato frainteso, venendo interpretato nel senso “trascendente” anziché di “trascendentale”: «Per

Una trascendenza che, appunto, permette il venire in essere del fatto, naturale e giuridico, così come la sua disgregazione; una trascendenza che permette l'attuazione all'esterno della interiorità dell'uomo che, altrimenti, resterebbe solo potenzialmente percettibile.

Due dimensioni, quindi, che stanno in un rapporto di causalità, ma che non possono sussistere l'una in assenza dell'altra; pertanto, si avrebbe un superamento dello stadio iniziale mediante conservazione. Il tempo scorre e distrugge il reato metaforicamente, ma non significa che esso sia venuto meno: non è che il cambiamento della interiorità del reo elimini il fatto concretamente commesso, bensì si ha una crescita, un miglioramento interiore che realizza un superamento di quanto accaduto in passato mediante "conservazione" (*aufheben*, direbbe Hegel, "superare", ma comunque mantenendo coscienza di ciò che si è compiuto).

Proprio nella *Aufhebung* hegeliana si ha la rieducazione cui tende la pena (art. 27, 3 Cost. it.).

Ulteriore fattore a sostegno della nostra tesi è che il tempo non è mai uguale a sé stesso: esso muta in ragione del contesto sociale, politico, culturale ed economico in cui è inserito: nulla è più versatile della "scienza" giuridica, la quale – attraverso una sorta di "incarnazione immateriale" dello "spirito del tempo" – produce norme adatte al contesto

amor del cielo, non superiore. Le alte torri e i grandi uomini metafisici (che a queste si assomigliano), intorno a cui vi è di solito molto vento, non sono per me. Il mio posto è la fertile bassura (*das fruchtbare Bathos*) dell'esperienza e la parola *trascendentale*, il cui significato in tutti i modi da me spiegato non è stato neppure una volta capito dal recensente (tanto di sfuggita egli ha visto tutto), non significa qualcosa che oltrepassa ogni esperienza, ma qualcosa che certo la precede (*a priori*), ma non è determinato a nulla più che a rendere possibile la conoscenza nell'esperienza. Quando questi concetti oltrepassano l'esperienza allora si dice trascendente il loro uso, che ben si distingue da quello immanente, cioè limitato all'esperienza». È chiaro, allora, perché la "trascendenza" kantiana si riferisce a ciò che viene prima e on a ciò che viene dopo: dire che la conoscenza dell'uomo è trascendentale (e non trascendente) significa che essa non è né trascendente né immanente, ma sta a metà tra i due. Non è immanente perché viene prima dell'esperienza, non ha origine empirica; non è nemmeno trascendentale, però, perché si applica all'esperienza, non la trascende in toto, ma anzi rende possibile la conoscenza. Ciò che esiste *a priori* è dato dalle forme della conoscenza sensibile, tempo e spazio (dette anche "intuizioni pure", e afferenti all'Estetica trascendentale), e dai concetti puri dell'intelletto (*der Verstand*, rientrante invece nell'*Analitica trascendentale*), ossia le dodici categorie e il c.d. *io penso*: questi due ambiti esistono *a priori* ma sono applicabili solo all'esperienza. Il loro incontro rende possibile la conoscenza umana, che è, in quest'accezione, "trascendentale". Tale incontro avviene grazie alla ragione nel suo stadio "puro" (*die Vernunft*): essa ricorre ad un uso "trascendentale" delle intuizioni pure e degli elementi puri dell'intelletto, servendosi di un metodo dialettico. Grazie a questo *modus procedendi* si formano le idee, quindi la conoscenza umana (che è, allora, una conoscenza trascendentale). Il testo originale delle parole poco sopra citate recita: «das Wort transscendental [...] bedeutet nicht etwas, das über alle Erfahrung hinausgeht, sondern was vor ihr (*a priori*) zwar vorhergeht, aber doch zu nichts mehrerem bestimmt ist, als lediglich Erfahrungserkenntniß möglich zu machen».

cui le medesime si riferiscono, assumendo caratteri speciali e relativi tali da rappresentare al meglio la natura⁷ che di epoca in epoca si materializza in maniera diversa.

La conclusione generale è che, in fin dei conti, negli ultimi decenni si è assistito a rifacimenti spesso forzati ed eccessivi di un istituto che, in verità, ha la sua ragion d'essere in ricostruzioni ben più risalenti nel tempo e il cui fondamento è consolidato: essa è un “tropo”, un'immagine retorica per spiegare in termini umani e comprensibili il cambiamento che il tempo produce sul reo; è una figura flessibile che non può essere inquadrata in schemi rigidi e predeterminati, generali e assolutizzanti, ma, al contrario, è da vedere dall'alto, nella sua globalità, come fattore atto a costruire rappresentazioni vantaggiose per l'uomo e non, come spesso si crede, a rattoppare eventuali insufficienze sistematiche.

Della necessità di evitare predeterminazioni irreversibili è testimone esemplare il Legislatore tedesco. Nell'omologo della prescrizione del reato, la *Verfolgungsverjährung*, accade che il *Gesetzgeber* (Legislatore) non sancisce *a priori* schemi rigidi da rispettare a tutti i costi, ma, al contrario, lascia agli operatori del diritto la facoltà di attribuire alla prescrizione la natura (sostanziale o processuale) che ritengono più idonea, servendosi degli strumenti che essi reputano più utili.

L'esito è proprio quello che secondo diversi autori si vorrebbe raggiungere pure nel sistema giuridico italiano: si approda alla convinzione che la prescrizione abbia natura mista ed il metodo adottato per giungere a questa conclusione è casistico e, insieme, problematico.⁸

Da qui il nostro interesse per la disciplina tedesca sul tema.

A questo punto, una volta definiti l'oggetto dell'indagine – la natura della prescrizione (in generale, del reato in particolare) – ed il metodo da applicare (il quale si

⁷ Ancora, ἡ φύσις.

⁸ Per “problematico” ci si riferisce al significato etimologico della parola greca πρόβλημα, -ατος, τό, derivante dal verbo προβάλλω (composto da προ + βάλλω) che si traduce con “gettare in avanti”, quindi “mettere davanti” nel senso di “proporre”. Il πρόβλημα è allora una questione che viene proposta, la quale richiede di essere affrontata con fare critico, ossia che scinde procedendo per distinguendo il vero dal falso (il che è la traduzione letterale di un altro verbo greco, κρίνω, che significa “separare”, “distingue”, “dividere”, “ordinare” e, in senso lato, “giudicare”).

Per i riferimenti alla lingua greca antica di veda L. ROCCI, *Vocabolario*, E. MAZZOTTI (a cura di), Società Editrice Dante Alighieri, 2016 ris.

cala dall'universale al particolare), vale la pena di offrire una breve illustrazione dell'ordine espositivo delle varie questioni che saranno trattate.

Dopo un rapido *excursus* storico, si passerà all'analisi approfondita delle funzioni della pena e della prescrizione (del reato), evidenziando l'ispirazione rieducativa di quest'ultima, che resta solo erroneamente predisposta in vista della ragionevole durata del processo (penale).

A seguire, un approfondimento sul sistema tedesco, con il quale il confronto è costante (anche se talora solo in via secondaria): non si vuole perdere l'occasione di comprovare i benefici che si ricaverebbero dall'importazione nel nostro ordinamento giuridico penale delle figure di dominio germanico. L'omologo tedesco della prescrizione del reato è la *Verfolgungsverjährung*, della quale si estrapoleranno i punti di forza, così da investirli con successo nella interpretazione ed applicazione della prescrizione come risultante dalle ultime modifiche apportate dal Legislatore italiano.

Infine, l'analisi della Legge 134/2021, meglio nota con il titolo di "Riforma Cartabia". Di essa si scopriranno il contenuto, la *ratio*, gli effetti, i *pro*, i *contra*, nonché, ed è l'aspetto principale, la doverosità di leggere la riforma con contegno relativistico, privilegiando quella teoria di interpretazione della natura del reato che le riconosce essenza mista. Il che è, ancora una volta, un retaggio della cultura germanica.

Capitolo 1 – La prescrizione nella storia: origine dell’istituto e parallela evoluzione della concezione del tempo.

1. Breve premessa: antichità delle radici presuntive e temporali della prescrizione. – 2. Dalla Grecia classica alle Codificazioni preunitarie: come si affermò la concezione relativistica del tempo. – 3. Il Codice Zanardelli (1889) ed il Codice Rocco (1930): affermazione del tempo quale terreno comune nella evoluzione coscienziale dei fatti storici e dei fatti giuridici.

1. Breve premessa: antichità delle radici presuntive e temporali della prescrizione.

Per affrontare la questione della prescrizione del reato, è preparatoria l’analisi della concezione che del tempo hanno gli studiosi (del diritto e non solo) nel corso dei millenni. Come si vedrà, la prescrizione consiste in una presunzione temporale, la quale assume declinazioni diverse in base alla percezione che si ha del tempo.

Già nell’antica Grecia si pose il problema del che cosa sarebbe successo se, decorso un certo lasso temporale, il reato non fosse stato perseguito e il colpevole fosse rimasto impunito.

Le diverse fasi che condussero al risultato odierno hanno un sostrato fondamentalmente filosofico e religioso, che, passando per le civiltà più antiche, si trasfuse in quella romana e cristiana.

Per introdurre e articolare il percorso in termini che non si rivelino – almeno in partenza – eccessivamente ostici, si ricordi un assioma (oggi consolidato) che rappresenta il raccordo che rende verosimile impostare il discorso nei termini che seguiranno: «la filosofia è greca».⁹ Non ci si deve dunque stupire che la riflessione sul tempo abbia matrice tanto lontana nella storia: esso occupa da sempre uno spazio indeterminato nelle coscienze degli uomini, i quali dagli arbori della società cercano di attribuirgli una forma, assumendo contezza della sua essenza sovranaturale e religiosa con le più remote elaborazioni filosofiche. Prima di affrontare la nascita della prescrizione (più chiaramente, dello scorrere del tempo successivo alla commissione di un reato) nel contesto a noi più familiare, con i suoi riverberi giuridici, ci si accinge prima di tutto a

⁹ M. HEIDEGGER, *Che cos’è la filosofia?*, trad. it. di C., Angelino, Il Melangolo, Genova, 1997, pp. 9-23.

leggerne le origini e la parallela acquisizione graduale della dimensione coscienziale del tempo.¹⁰

Altro elemento favorevole al modo “personale” di intendere il *tempori cedere* (“decorso del tempo”) successivo alla commissione di un illecito sta nella etimologia della parola “prescrizione”. Deriva dal latino *praescriptio, praescriptionis*, sostantivo del verbo *praescribere*, che sta per quel “prescrivere” italiano, il quale ha valore di “fissare”, “sancire”, “stabilire”. La prescrizione consiste nella presa d’atto di una situazione di fatto che viene fissata di diritto quale riverbero dello scorrere del tempo *post factum patratum* (“dopo che il fatto – criminoso – è stato posto in essere”). Ciò consiste nell’avvertenza di un mutamento che altrimenti resta nel silenzio. Inoltre, tale percezione si rinviene nel fatto che, passato un certo intervallo cronologico prestabilito *ex lege*, il colpevole non è più punibile per effetto di una sua modificazione interiore.

Pertanto, l’istituto della prescrizione ha dimensione personale sia all’esterno, nel senso che la comunità acquisisce consapevolezza del consolidamento di una dato *status*, sia all’interno, nel senso di percorso psicologico dell’autore del reato.¹¹

Il termine *praescribere* si collega poi ad un altro sostantivo latino, *processus*, il quale dimostra il significato “in divenire” della vicenda penale: questo collegamento etimologico si annovera tra i motivi per cui spesso la prescrizione viene percepita come strumento atto a garantire la ragionevole durata del processo. Infatti, *processus* dà l’idea che sia qualcosa che si svolge nel tempo – e che, quindi, necessita di un certo spazio cronologico per compiersi – sia della necessità che il giudizio si svolga con una certa rapidità, essendo (soprattutto in un ordinamento in cui vige la separazione dei poteri) diritto degli individui quello di beneficiare di una amministrazione della giustizia che avvenga in modo efficace ed efficiente. Due esigenze tanto contrapposte quanto essenziali, che richiedono la propria realizzazione all’interno del processo medesimo: esse si conciliano se si ricorda che un processo “giusto” non è necessariamente anche un processo rapido. Un processo giusto si compone di vari elementi, tra cui la durata ragionevole, che è una durata proporzionata alla complessità del caso. Essa, a sua volta,

¹⁰ S. SILVANI, *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall’Ottocento al Codice Rocco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, Il Mulino, Bologna, 2003.

¹¹ Ad affrontare la questione sono, per esempio, C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 11 ss.; K. ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Verlag: Carl Winter Universitätsverlag, 1950; M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit (Essere e tempo)*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927.

si suddivide nei sotto-principî della efficienza e della efficacia: l'uno attinente al nesso causa/effetto; l'altro al nesso mezzo/fine.¹²

Altra peculiarità dell'evoluzione del pensiero giuridico in tema di prescrizione si rinviene nell'impulso a cambiare punto di vista e mutare la visione che si ha della prescrizione: tale cambiamento, tuttavia, non si riferisce tanto al trasferimento dell'interpretazione da una prospettiva prettamente processuale ad una prettamente sostanziale (o viceversa), bensì dalla presa di coscienza che non si può parlare più della prescrizione in termini univoci. Un esempio che conferma l'esigenza che la prescrizione non si interpreti in senso strettamente materiale o strettamente formale è dato dall'esperienza tedesca: lì la tendenza fu inversa, dal momento che la dottrina maggioritaria era inizialmente favorevole alla interpretazione sostanzialista e solo successivamente a quella processualista. Sempre prendendo a paradigma questa evenienza, si ha che (in ambito tedesco) ci si rese conto di quanto fosse di gran lunga preferibile intendere l'istituto in senso duplice, ergo misto, anziché irrigidirlo in schemi prefissati senza margine alcuno di variabilità.¹³

Il rinvio all'ordinamento tedesco ed ai suoi pensatori, non solo tra i giuristi, ma anche tra i filosofi, è funzionale a sostenere – oltre ai vantaggi sistematici della interpretazione mista – la modernità di questa elaborazione.

Peraltro, l'apertura ad una interpretazione che coinvolga anche il dato sostanziale è concorde persino con la modernizzazione del pensiero giuridico del millennio in cui viviamo, il che si pone in continuità con quel percorso che si conclude con il favore per una interpretazione in senso misto: la vera attualità del pensiero sta non tanto nell'arrivare a una conclusione definitiva, univoca, irreprensibile, bensì nel comprendere la versatilità necessaria ad elaborare un istituto che sia quanto più possibile adeguato alle esigenze giuridiche dell'epoca storica in cui esso è calato.

Il significato estintivo del tempo sul reato è per noi qualcosa di abbastanza scontato e intuibile, nonostante i numerosi dibattiti non sempre concordanti. Le prime affermazioni di un ruolo del tempo di questo genere si ebbero già nella Grecia classica, grazie anche al pensiero di illustri filosofi che per primi colsero il legame tra lo scorrere del tempo e la

¹² In argomento si veda di nuovo C. MARINELLI, *Ragionevole durata*.

¹³ M. HELFER, *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11/2017.

giustizia.¹⁴ Sino a quel momento, al contrario, godevano di ampio credito quelle filosofie che vedevano nel tempo qualcosa di negativo, in quanto in grado di interrompere l'ordine cosmico creato dalla divinità: il tempo era, quindi, qualcosa di prettamente terreno, da tenere isolato per scongiurare il rischio che esso si immettesse tra diritto e società alterandone gli equilibri.¹⁵ Vi era, per così dire, una visione dell'umanità più collegata allo spazio e alla materialità delle cose anziché allo scorrere dinamico dell'interiorità degli individui.¹⁶

Ai fini del nostro studio si illustreranno i passaggi che portarono ad acquisire un'idea senz'altro relativa del tempo, con un percorso durato millenni e spesso non ancora del tutto compiuto nemmeno ai giorni nostri: tale percorso sarà la prova di numerosissimi elementi che sin dagli anni più remoti si prestano ad una definizione in senso relativistico del tempo, comprovando allora non solo l'esigenza, ma anche la correttezza di ricusare quegli orientamenti che ieri come adesso continuano a illudersi che soluzione unica, sufficiente, necessaria sia quella che va alla ricerca di definizioni assolutistiche vere e valide una volta per tutte.

2. Dalla Grecia classica alle Codificazioni preunitarie.

È necessario premettere brevemente che la nascita e lo sviluppo del modo di concepire la prescrizione (e, in via preliminare, il relativismo del *tempori cedere*) va di pari passo con la concezione che globalmente ha un certo sistema dell'azione penale e del diritto di difesa.

¹⁴ Tra i più celebri Socrate, che alla domanda *Che cos'è l'uomo: il corpo, la sua anima, o entrambi?* rispose che l'uomo è la sua anima (PLATONE, *Fedone*, G. REALE (a cura di), Bompiani, 2000); Platone, che comprese l'esistenza di un mondo sovrasensibile che l'uomo può conoscere solo una volta che tale mondo assume concretezza terrena; Aristotele, che impostò la sua ricerca della verità sulla distinzione necessaria tra la potenza e l'atto.

¹⁵ Il richiamo è alle filosofie naturaliste della Grecia arcaica, come ad esempio Talete, Anassimandro, Aristofane etc. Esse articolavano la loro ricerca della verità, ἀλήθεια (*alètheia*), nella scoperta dell'ἀρχή (*archè*, "origine", "fonte", da cui tutto ha principio e cui tutto ritorna).

¹⁶ Basti pensare che una delle prime fonti autorevoli della consapevolezza del legame tra *ius* e tempo, ergo tra diritto e processo, si ebbe solo nel XVI secolo: si tratta dei *Capitula Regni Siciliae* (1433) e del *Ritus Magnae Regiae Curiae et totius Regni Siciliae Curiarum* (1446). Testi di diritto siciliano monarchico, contengono l'affermazione di un sistema accusatorio e di un'accusa tendenzialmente privata, con un elenco specifico di reati che non possono essere perseguiti ad iniziativa del singolo per la loro eccessiva gravità.

L'ordinamento penale può presentare impostazione inquisitoria oppure accusatoria, a seconda che la funzione del giudice coincida oppure no con quella di accusatore. Nonostante sembri scontata, oggi, la prevalenza di sistemi accusatori, non bisogna dimenticare che persino nell'ordinamento italiano fino a poco più di trent'anni fa imperava una giustizia penale tipicamente inquisitoria.¹⁷

L'esercizio dell'azione penale, ora, non determina necessariamente l'inclinazione di un sistema in un senso o nell'altro: basti pensare che gli ordinamenti penali attuali sono per lo più inquisitori e attribuiscono l'esercizio dell'azione penale all'autorità pubblica. Eppure, soprattutto in passato, la modalità di sollevare l'accusa era indice – insieme ad altri elementi – anche di tutto il resto della impostazione dell'amministrazione della giustizia.

Questo discorso vale per gli ordinamenti penalistici più antichi, come la Grecia classica e la Roma repubblicana e imperiale.

Per quanto concerne l'epoca dei retori Greci, si nota, infatti, che l'esercizio dell'azione penale era strettamente privatistico (salve poche eccezioni per i reati più gravi, che necessitavano di accusa pubblica) e concorde con un ordinamento accusatorio. La necessità primaria della tutela della comunità imponeva a tutti la denuncia dei torti subiti ed era stimolata dalla previsione che, decorso un certo lasso temporale, si decadde da tale diritto, escludendo quei crimini ritenuti troppo gravi per poter beneficiare dell'oblio del tempo.¹⁸

La concezione punitiva era particolarmente severa e informata a criteri fortemente repressivi: il valore primario stava nella tutela della collettività, anche a discapito della violazione della dignità del singolo responsabile; il tutto ben si adattava a una concezione standard ed oggettivizzata della sanzione da irrogare.

¹⁷ Il sistema penale della penisola italiana subì per circa otto secoli l'influenza dei sistemi inquisitori, venendo prima condizionato dall'Inquisizione ecclesiastica, poi dal recupero – da parte del sistema penale napoleonico – del modello inquisitorio anteriore alla Rivoluzione francese; la prevalenza inquisitoria predominò fino a che, poco più di trent'anni fa, non venne riformata radicalmente la procedura penale, sostituendo il Codice di procedura penale del 1930 (o Codice Rocco, coevo all'omonimo di diritto penale sostanziale) con il Codice Vassalli (1988).

¹⁸ Ad attestare i primi casi di attribuzione di un significato giuridico al tempo successivo alla commissione di un reato sono, tra i tanti, i retori Lisia (445-380 a.C.) e Demostene (384-322 a.C.), del primo si ricordino le orazioni *Κατὰ Ἀγοράτου* (*Katà Agoràtou, Contro Agòrato*) e *Περ τοῦ σηκοῦ ἀπολογία* (*Per toù sekoù apologhìa, In difesa dell'ulivo sacro*); del secondo *Contra Phormionem* (*Contro Formione*) e *Pantoen*; (*Pantone*).

È di questo periodo pure l'influsso dei filosofi classici, in particolare di Socrate, Platone e Aristotele: per primi si interrogarono sul ruolo dell'uomo della sua coscienza e del rapporto tra corpo e anima, aprendo un varco verso la percezione giuridica del tempo.

Ben diversa da quella greca era il contesto della Roma monarchica, ove non si attribuiva particolare importanza al *tempus post factum patratum*, poiché non esisteva nemmeno il processo. La tutela delle violazioni dei diritti dei singoli avveniva nella massima oralità appellandosi al *Rex*, che rivestiva anche ruolo di "pontefice massimo" (*pontifex*): figura religiosa e politica di vertice, aveva la prerogativa di fare tra tramite tra la divinità e i cittadini, fornendo *responsa* ai quesiti posti da questi ultimi.¹⁹ L'origine di questa funzione peculiare stava nel ruolo di stabilire la scansione temporale della vita sociale, avendo il monopolio della gestione del tempo dei sudditi in base agli eventi religiosi e climatici. Pure le istanze di giustizia ricevevano tutela mediante *responsa*: vi era una vera e propria concezione temporale dei poteri afferenti alla religione e all'ordine pubblico.

Il responso dell'oracolo veniva interpretato dal *pontifex*, soggetto privilegiato nel suo ruolo, che, in stato di *trance*, si ritrovava nella condizione di "meraviglia" sovranaturale, *θαύμα* (*thàuma*),²⁰ che lo metteva in dialogo con il divino.

Ancora a dimostrazione del forte legame tra tempo, giustizia, spiritualità e fisicità sta il fatto che il pontefice dell'epoca era al contempo anche *medicus*: svolgendo il suo ruolo di interprete del volere del dio era anche in grado di giudicare (e, quindi, di guarire) gli individui che avevano commesso un crimine, in quanto stretti nella morsa del male che li rendeva invisibili ai concittadini e "sacri" al dio.²¹

¹⁹ Il responso dell'oracolo aveva valore singolare, adattandosi al caso concreto e venendo eventualmente riutilizzato in futuro per nuovi casi analoghi. Si ponga l'attenzione a questo aspetto: presso il popolo romano, nella fase più antica della sua esistenza, si ha un caso di prescrizione molto più vicino alla dimensione coscienziale di questo istituto che non nelle elaborazioni successive. Inoltre, sempre presso i Romani, la prescrizione si inquadra perfettamente in un mondo che adotta la tecnica giurisprudenziale di risoluzione dei casi, quindi una tecnica casistica e non legale. Tale è un ulteriore fatto significativo ai fini della conclusione della presente trattazione: invero, in chiusura, emergerà come oggigiorno sia talora più conveniente applicare il diritto avvalendosi dei criteri tipici degli ordinamenti che procedono per principi generali anziché per regole poste a priori con specificità per ogni circostanza che possa venire in essere.

²⁰ Termine greco con cui si indica lo stato d'animo di colui che riceve una rivelazione miracolosa. La capacità di meravigliarsi è tipica del filosofo (PLATONE, *Teeteto*, F. TRABATTONI (a cura di) con traduzione di A. Capra, Piccola Biblioteca Einaudi. Classici, 2018, 155 c-e).

²¹ E. ZOLLA, *Uscite dal mondo*, G. MARCHIANÒ (a cura di), Marsilio Editore, 2012.

In età arcaica chi violava le *leges sacratae*, così commettendo specifici crimini in esse enucleati (con conseguente violazione della *pax deorum terrena*),²² “cadeva in sacertà”, ossia diveniva sacro al dio offeso, finendo nel suo dominio, e venendo escluso dalla comunità religiosa e giuridica per il resto della sua esistenza; anzi, la maggior parte delle volte, poi, tale soggetto moriva in seguito ad omicidio, suicidio, grave malattia improvvisa, o disgrazia di qualche altro tipo:²³ secondo la credenza del tempo il dio lo puniva provocandone la morte in uno di questi modi; così, l’eventuale omicidio da parte di un altro uomo non veniva punito, vista la convinzione per cui l’impulso ad eliminare il soggetto divenuto *sacer* era considerato uno stimolo proveniente dal dio stesso, il quale aveva deciso di vendicarsi in quel modo per l’oltraggio subito.

A fare da contraltare alla non punizione del soggetto che si macchiasse dell’omicidio dell’*homo sacer* era la impossibilità di sottoporre quest’ultimo a processo pubblico dinanzi alle autorità cittadine. Invero, essendo questo ormai nella signoria della divinità, l’intervento delle autorità terrene per definirne le sorti sarebbe stato un atto empio di intromissione nella volontà sovranaturale.

La ragione di questo “non trattamento” era conseguenza della posizione in cui veniva a trovarsi chi si macchiava della violazione delle leggi sacre: situazione esattamente all’opposto di quella di libertà,²⁴ consisteva in una situazione a metà tra la vita e la morte, trattandosi di uomo fisicamente vivo ma civilmente e spiritualmente morto. Pertanto, non godeva più dei diritti civili e politici propri di ciascun cittadino, essendo eliminabile da chiunque e in qualunque momento, senza che il suo aguzzino venisse accusato di omicidio.²⁵

²² P. VOGLI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, pp. 224 ss.

²³ F. ZUCCOTTI, *Dall’arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica protorepubblicana*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, A. PALMA (a cura di), III, Napoli, 2010, p. 1562.

²⁴ *Sacer* era il contrario di *liber*; per uno studio approfondito sull’*homo sacer* si vedano G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Edizione Integrale, Quodlibet, 2021; L. GAROFALO, *Echi di diritto romano nell’arte e nel pensiero*, Pacini Editore, Pisa, 2018; ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Nuovissimi saggi, Jovene Editore, Napoli, 2019.

²⁵ Visto il carattere intermedio in cui versava l’*homo sacer*, per un verso non veniva punito, come se non esistesse più per la società; ergo il principale riflesso di quel tipo di crimine era la perdita della garanzia di essere sottoposto a giudizio; d’altro canto, però, non veniva nemmeno processato e punito il suo eventuale omicida, poiché si riteneva che l’uccisione di un “uomo sacro” fosse manifestazione della volontà divina: addirittura, pare che l’impulso ad ucciderlo fosse ritenuto di derivazione divina.

La peculiarità di questa pratica che colpisce di più è, allora, la crudeltà del destino riservato all’uomo “sacro”, il quale – oltre alla esclusione dalla società, con conseguente negazione di un processo che accertasse la sua responsabilità e irrogasse una pena giusta – gli era riservata una morte repentina e perlopiù violenta, senza avere l’opportunità di redimersi e senza che poi il suo eventuale assassino venisse processato. L’espulsione era dunque totale, coinvolgendo sia la sfera giuridica sia quella fisica e personale.

Nella Roma repubblicana si perfezionarono forme di amministrazione della giustizia che recuperano il modello ellenico, riproducendo di nuovo il parallelismo tra la tipologia di sistema e la modalità di esercizio dell'azione penale. Vigeva una concezione paraprivatistica dell'azione penale, messa in pratica con rito accusatorio: l'esercizio doveva essere attivato dalla vittima medesima e proseguiva mediante il sistema delle *quaestiones perpetuae*,²⁶ così assumendo in tutto e per tutto il carattere di azione popolare.

Viceversa, in epoca imperiale prese vita il binomio accusa pubblica-modello inquisitorio: senza perdere l'obbligatorietà dell'azione penale, dovuta al bisogno di tutelare i cittadini, in ossequio ad un regime dispotico, il suo esercizio divenne di pieno dominio dell'autorità pubblica grazie alla c.d. *cognitio extra ordinem*, ossia l'accentramento del potere di accusa nelle mani dell'imperatore, elidendo tutto quanto avveniva con i tribunali del periodo repubblicano.

La differenza principale tra sistema penale greco e sistema penale romano sta nel fatto che, mentre il primo contemplava, quale regola generale, la prescrizione dei crimini meno gravi, il secondo, al contrario, per lungo tempo prevedeva come criterio di massima la imprescrittibilità dell'esercizio dell'azione penale (salve poche deroghe prestabilite dalla legge).²⁷

La prima testimonianza storica scritta dell'istituto della prescrizione penale si ha nell'ambito della *lex Iulia de adulteriis*, datata 18 a.C. È, anzi, una testimonianza della prima prescrizione in assoluto, dal momento che, ben più tardi del 18 a.C., era ammessa la prescrizione solo nelle azioni penali, mentre le azioni reipersecutorie erano imprescrittibili.²⁸ Un nuovo *specimen* scritto della prescrizione si ebbe solo nel 293 d.C., quale frutto dell'incontro di una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano con fonti di provenienza bizantina: era la prescrizione ventennale (salve poche eccezioni di vario tipo), definitivamente riconosciuta soltanto con Giustiniano ben tre secoli dopo (VI secolo d.C.) e rigorosamente riferita all'azione, ergo non alla pena.

²⁶ Erano dei tribunali permanenti, diffusi a Roma intorno al II sec. a.C. e preposti a giudicare specifici reati (*iniuria, repetundae, maiestas*).

²⁷ Per leggi ci si riferisce ai *responsa* prima, alle *Leggi delle dodici tavole* poi.

²⁸ Anche se presso i Romani dell'Impero la prescrizione penale aveva carattere a sé stante, non essendo prevista la prescrizione nelle azioni risarcitorie, essa venne a lungo considerata come istituto unitario, senza distinguere due distinte prescrizioni a seconda che la matrice fosse civilistica o penalistica. Nel diritto canonico, la prescrizione penale era percepita in senso estintivo: si fondava l'estinzione del diritto-dovere di esercitare l'azione penale nella presunzione di redenzione del reo, come se questo, pentendosi, avesse adempiuto all'obbligazione avente causa nella commissione dell'illecito.

Passando in rassegna i retroscena più risalenti nel tempo, si nota la difficoltà ad assumere contezza dell'istituto della prescrizione: probabilmente la causa è che si pretese a lungo di dare al tempo una definizione di valore incondizionato, o solo oggettivistico o solo soggettivistico.

In ambito ellenico, i primi passi in direzione opposta si hanno, appunto, nella Grecia classica del V-IV secolo a.C.; a Roma, invece, si devono attendere gli ultimi anni dell'Impero romano d'Occidente per ravvisare cambiamenti di portata rilevante ai nostri fini.

Lo spessore maggiore è probabilmente di Sant'Agostino, vescovo di Ippona (354-430), Padre della Chiesa. Si tratta di una delle figure più antiche tra quelle che da considerare circa la maturazione dell'idea della coesistenza di tempo e diritto, grazie soprattutto alla sua concezione del tempo nella duplice dimensione soggettiva ed oggettiva: con Sant'Agostino si riconosce la impossibilità di parlare del tempo come unicamente oggettivo, materiale, oppure soggettivo, spirituale, ergo non concepibile se non mediante un'intuizione immateriale.

La ricerca della verità avviene, per Agostino, partendo dal dubbio: laddove l'uomo si renda conto di dubitare, allora egli ha consapevolezza di esistere. Nell'atto del dubitare si fa strada la verità. La verità, poiché nascente dall'incertezza, non è prefissata, ma è una verità generale, in divenire, destinata a conseguire forme sempre nuove: già Agostino aveva capito l'importanza di definire le cose non una volta per tutte, bensì in maniera adattabile alle circostanze.

Poco niente si ebbe nei secoli successivi, in particolare con la penetrazione dei popoli barbarici, i Longobardi prima di tutti: mancava un vero processo e l'ordine violato mediante la commissione di un crimine veniva restaurato con la *faida* (vendetta privata); i reati più gravi, invece, erano verosimilmente destinati alla cognizione pubblica. La *faida* venne rimpiazzata dalla *compositio*, consistente nella consegna di una somma di denaro alla vittima o ai suoi familiari. I primi accenni al processo pubblico in questo contesto si ebbero solo con l'Editto di Rotari (643), comprendente le *leges Longobardarum*²⁹ (e, oggi, le aggiunte dei successori del re Rotari) e che però nulla diceva in merito

²⁹ Le leggi dei Longobardi consistevano in istituti di origine romanistica che venivano adattate al diritto consuetudinario delle popolazioni germaniche.

all'eventualità che il diritto-dovere di sollevare l'accusa venisse meno per decorso del tempo.

Dalla caduta dell'Impero romano d'Occidente in poi, infatti, per lungo tempo prevalse la frammentazione sociale sotto tutti gli aspetti, favorendo una giustizia basata sulla vendetta privata.³⁰

Nemmeno con l'Impero di Carlo Magno presero vita leggi che sancissero la prescrizione dell'accusa;³¹ tuttavia, un passo significativo si ebbe grazie alla ormai consolidata adesione dei sovrani dell'Alto Medioevo alla fede cristiana.

Significativa fu l'influenza dei primi seguaci di Cristo nell'affermazione di una visione del diritto penale non più genuinamente oggettiva, ma poco per volta sempre più focalizzata sul valore interiore e soggettivo della punizione, iniziando a farsi strada il concetto di colpevolezza.³² Inoltre, sempre risalente all'Alto Medioevo cristiano, è il riconoscimento del parallelismo delle funzioni della pena con le funzioni della prescrizione, attribuendo a entrambe valore teleologico.

Nonostante l'elevazione del diritto penale a qualcosa di spirituale, favorita dall'identificazione del reato con il peccato, comunque il sistema ecclesiastico assunse connotazioni particolarmente severe, a partire dalla logica fortemente repressiva del suo controllo inquisitorio;³³ queste tendenze favorirono la concezione di fatto oggettivizzata della pena, cosicché la prescrizione, pur teorizzata in termini spirituali,³⁴ venne allineata con l'idea per cui il miglioramento interiore del reo fosse possibile soltanto attraverso l'emenda morale dello stesso.³⁵

³⁰ Fonte primaria di questo sgretolamento generale era una comunità fondata sul feudalesimo, ove ciascun signore locale si faceva giustizia da sé.

³¹ Il regime carolingio era informato alla pubblicità dell'accusa ed alla sua inquisitorialità.

³² In questo senso anche la vendetta privata o *faida*, quale ricompensa per l'offesa subita.

³³ Si verificò una sorta di *repêchage* con il recupero della *cognitio extra ordinem* della Roma dei *principes*.

³⁴ Decorso un certo tempo dalla commissione del reato, entrava in gioco la presunzione di "perdono" da parte della vittima che non denunziasse il torto subito, mentre di redenzione personale da parte di colui che non era stato accusato. Naturalmente pure in questo ambito erano fatti salvi i crimini più gravi.

³⁵ Con "emenda morale" si intendeva la purgazione fisica e psichica del criminale, volta a "mondare" il reo del male commesso con mezzi afflittivi mortificanti e nel corpo e nell'anima. La pena, dunque, come "farmaco" dell'anima.

L'impatto ecclesiastico sul diritto penale degli ordinamenti europei continentali fu talmente intrusivo che sopravvisse per diversi secoli, provocando iniziali commistioni poco chiare tra il diritto dei canoni ecclesiastici ed il diritto secolare.³⁶

Il Medioevo fu la culla della mescolanza indistinta fra filosofia, religione e diritto, in un'era in cui ancora la scienza era indissolubilmente vincolata alla sfera religiosa.

Il diritto non è inquadrabile come una scienza, o non è, perlomeno, una scienza esatta. Tuttavia, rientra comunque nella sfera di quelle discipline che non conoscevano ragione d'essere se non in forza della fede cristiana. Quest'ultima al tempo non era scissa nelle varie confessioni a noi note, ma comunque si trovava sotto la continua minaccia delle eresie: ciò rappresentava ulteriore preoccupazione di tutela della dottrina dei Padri della Chiesa. Testimone di questa visione è senz'altro San Tommaso d'Aquino (1225-1274): egli, prima di altri, individuò nel diritto l'espedito vincente per garantire la sopravvivenza dello Stato e della religione rispetto ai mutamenti storici, conscio della penetrazione del tempo nel diritto e del diritto nella politica, quasi a costruire un cerchio che si chiude dinanzi a diversi elementi (tempo, *ius*, società) di cui l'uno implica l'altro.³⁷

Il contributo di San Tommaso è caratterizzato da una prospettiva estremamente attuale, con note innovative rispetto al diritto romano e rispetto alla severità di una cristianità che vedeva nel divino un qualcosa da temere e in ossequio del quale si attuasse una giustizia rigorosa oltre il necessario.³⁸ Da un lato, in linea con la Chiesa, pure San Tommaso concepisce la pena come qualcosa che deve incidere sulla interiorità dell'individuo, vedendo nel reato lo speculare secolare del peccato religioso (addirittura si parla di funzione "medicinale" della pena). Dall'altro, per converso, si fa portavoce di una giustizia che punisca proporzionalmente al reato commesso (pur tenendosi nel solco della *faida*), illustrando le varie cause che giustificano la sanzione penale (*Rechtfertigung der Strafe*, "giustificazione della pena"); afferma il carattere pluralistico della pena

³⁶ Fonte significativa si ha in SAN PAOLO, *I Lettera Corinzi*, 2, p. 15 (in *La Bibbia*, CEI, Edizione riveduta e ampliata, Paoline, San Paolo, Milano, 201: «L'uomo spirituale giudica ogni cosa, senza poter essere giudicato da nessuno»).

³⁷ Stando al pensiero tomista, il diritto di punire avrebbe sede esclusiva nelle mani di Dio: i governi terreni hanno preso in prestito dal Regno dei cieli la facoltà di essere loro ad attuare la potestà punitiva.

³⁸ Oggi, al contrario, vige la teoria del diritto penale minimo, ossia del ricorso al diritto penale solo quale *extrema ratio* ove non si possa intervenire altrimenti.

(*Zweck*); parla con fermezza della colpevolezza; teorizza i reati omissivi; è precursore degli oppositori alla pena di morte.³⁹

A certificare la mutua influenza di mondo religioso e mondo secolare è un ulteriore accadimento, che spesso passa in secondo piano, ma del quale non si dovrebbe ignorare la portata. È il fenomeno dei pellegrinaggi giudiziari, che conobbe la propria genesi nell'Alto Medioevo nelle Fiandre (VII secolo d.C.) e che sussisteva in una pena alternativa al carcere o alla ammenda.

Di origine dichiaratamente religiosa e cristiana, venne presto esteso alla disciplina penalistica del potere temporale (soprattutto dal XVIII secolo in poi). Quindi, da essere concepiti soltanto come strumento di purificazione ed emenda morale per riconciliarsi con Dio alla stregua di un vero e proprio sacramento, vennero gradatamente utilizzati anche come mezzo per riconciliare il reo con il suo sovrano e con la collettività offesa dall'illecito commesso. Addirittura, era necessario che il colpevole – una volta raggiunta la meta del pellegrinaggio – si facesse consegnare un attestato di pellegrinaggio che avrebbe poi dovuto mostrare al giudice che l'aveva condannato quale prova dell'espiazione delle proprie colpe.

Il caso del pellegrinaggio giudiziario è prova significativa di quello che si sta cercando di dimostrare, ossia che la pena assunse via via valore teleologico e di redenzione morale del reo e che tale mutazione, avente il suo punto di inizio in una pena assolvente un ruolo solo preventivo negativo (ossia nel senso di reprimere e opprimere l'autore del reato), fu causata proprio dalla forte influenza che la Chiesa ebbe in veste di fucina del diritto (e religioso e secolare) nel Medioevo.⁴⁰

Dopo secoli di sovrapposizioni tra forme di attuazione della giustizia, nonché tra ambito clericale e laico, il Pieno Medioevo (XI-XIV sec.) conobbe il consolidamento del processo inquisitorio riesumato dalla giustizia canonica nel corso dei secoli precedenti, con perfezionamento di una giustizia unica e centralizzata.

³⁹ *Thomas von Aquino und die Grundfragen des Strafrechts. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Hansischen Universität*, vorgelegt von HENNER HEUWOLD, Gerichtsreferendar in Hamburg, 1937, Bernard Sporn Verlag Zeulenroda.

⁴⁰ L. VANTAGGIATO, *Pellegrinaggi giudiziari, Dalla Fiandra a San Nicola di Bari, a Santiago di Compostela e ad altri santuari (secoli XIV-XV)*, Edizioni compostellane, 2010.

Proprio in questo contesto si registrò un'inversione di rotta significativa: dalla regole generale della imprescrittibilità, a quella della prescrizione dei reati meno gravi.⁴¹

Usciti dal Medioevo, il diritto conobbe in tutto il continente europeo una nuova fioritura. Nonostante il diritto italiano guardi al diritto francese napoleonico come modello primo d'ispirazione, non bisogna dimenticare che pure lo sviluppo giuridico di ambito germanico svolse un ruolo importante rispetto alla formulazione dei codici odierni: invero, proprio il diritto di quell'area recuperò consistentemente il lascito dei Romani di più di mille anni prima, affermandolo con vigore rinnovato e favorendone l'evoluzione facendolo incontrare con le consuetudini di ascendenza germanica.⁴²

A dimostrazione di quanto detto, interviene la *Carolina Constitutio* (1532), atto con cui il re Carlo V (1500-1558) affermò una volta per tutte la primazia del diritto romano sulle leggi germaniche, non implicando comunque l'abbandono del vecchio *habitus* ereditato dagli avi del Sacro Romano Impero Germanico.⁴³

Anche la commistione fra diritto e religione venne toccata da queste vicende, soprattutto riguardo alla regolamentazione dei fenomeni eretici e di stregoneria: circa quest'ultima, costantemente alimentata da una superstizione smodata, si posero persino interrogativi sul come inquadrarne i fenomeni a livello giuridico e sul come attuarne la punizione.⁴⁴

Queste problematiche toccarono ogni ambito della quotidianità, scatenando conflitti nei contesti culturali più edificati, arrivando a causare violazioni dei diritti della persona in maniera addirittura più profonda che non altrove: basti pensare all'episodio che vide protagonista lo studente campano Pomponio Algerio (1531-1556). Questi, di

⁴¹ Solo per riportare un esempio dello sviluppo del diritto nelle regioni germaniche, si veda il caso della Frisia (*Friesland*), area che attualmente si colloca al confine tra la Germania nord-occidentale ed i Paesi Bassi; un'opera interessante su questo tema è quella di K.F. VON RICHTHOFEN, *Friesische Rechtsquellen*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Scientia, Aalen, 1960.

⁴² Per un approfondimento sull'evoluzione dei sistemi giuridici dell'Europa continentale, si vedano le opere di K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Vol. I, Principi fondamentali-ristampa integrata con addenda, Giuffrè Editore, Milano, 1998; R. SACCO, P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1. Auflage aus dem Italienischen übersetzt von Jacob Joussen und 3. erweiterte und überarbeitete Auflage von Alexandra Seifert, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017.

⁴³ J. KOHLER, W. SCHEEL, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, 1, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V, Constitutio criminalis Carolina*, Neudruck der Ausgabe Halle A. D. S. 1900, Scientia Verlag Aalen, 1968; la *Costituzione Carolina* è considerata il primo *Strafgesetzbuch* tedesco.

⁴⁴ F. VON SPEE, *Cautio criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, deutsche Ausgabe von J.F. RITTER, 1939, Verlag Herm. Böhlaus Nachf./Weimar.

fede protestante, venne messo al rogo per non essersi arreso nella difesa del proprio credo.⁴⁵

Una svolta significativa si ebbe con l'avvento delle filosofie giusnaturaliste, le quali funsero da ponte tra il Medioevo e l'Illuminismo: dopo un'epoca fondamentalmente buia e informata alla repressione violenta di qualunque espressione religiosa o stile di vita che si discostasse minimamente da quello imposto dal diritto e dalla religione cristiana, si iniziò a riconoscere credito a manifestazioni di pensiero nuove e foriere di proposte innovative rispetto a concezioni tanto giuridiche quanto spirituali che ormai andavano superate.

A cavallo tra i secoli XVI e XVII si fece strada il recupero delle antiche filosofie naturaliste, che, unite al diritto dell'epoca, diedero vita al giusnaturalismo: una concezione dualistica che, pur non negando il diritto posto dalle leggi,⁴⁶ vedeva l'unico vero diritto nella natura, *ius naturale*.⁴⁷ Da qui prese le mosse la Scuola classica nei secoli XVIII-XIX, con tutti i riverberi successivi che arrivarono a influenzare persino le epoche più recenti circa il modo di concepire la pena: invero, come si vedrà, non sarà facile distaccarsi da questa in favore della Scuola positiva, di impostazione opposta e volta alla emancipazione della sanzione penale, da non vedersi più solamente come strumento repressivo, ma, anzi, prima di tutto come mezzo terapeutico di recupero del condannato.

Come già rimarcato, la Chiesa favorì il progresso giuridico in via collaterale rispetto agli ordinamenti secolari; tuttavia, non risparmiando a questi la propria autorità e distinguendosi per processi sanguinosi i cui epiloghi – volti a purificare le anime dei criminali – si risolvevano in vere e proprie persecuzioni. Pertanto, pure nel passaggio dall'epoca moderna a quella contemporanea, il diritto della Inquisizione giocò un ruolo importante nella soggettivizzazione della pena – e, quindi, della prescrizione – dando vita pure a concezioni in qualche modo prodromiche rispetto ai caratteri che il diritto e la

⁴⁵ L'avventura di Pomponio Algerio creò grande scalpore per la crudeltà con cui venne repressa la libertà di professare la propria fede e, in generale, il proprio pensiero. Il giovane era studente di giurisprudenza presso l'Università di Padova: ateneo che si distinse sempre per la particolare libertà riconosciuta agli allievi provenienti da ogni dove, conobbe tuttavia anche passaggi tristi e bui, dei quali non si può non conservare la memoria. Per la storia di Pomponio Algerio, si veda l'opera di U. VINCENTI, *Lo studente che sfidò il papa, Inquisizione e supplizio di Pomponio Algerio*, Editori Laterza, 2020.

⁴⁶ Il diritto "posto" *ex lege* è diritto "positivizzato", da cui la corrente del diritto c.d. "positivo".

⁴⁷ Esponenti a riguardo sono l'olandese U. Grozio (1583-1645); gli inglese T. Hobbes (1588-1679), J. Locke (1632-1704); i tedeschi S. Pufendorf (1632-1694), C. Thomasius (1655-1728), G.W. Leibniz (1646-1716), C. Wolff (1679-1754); i francesi J. Domat (1625-1696), R.J. Pothier (1699-1772). Di questi si considerano soprattutto le opere di respiro politico.

prescrizione penale avrebbero assunto nel secolo dei Lumi. Coerentemente con questo discorso si vedano due opere particolarmente suggestive a riguardo. Procedendo in via logica e cronologica, si veda innanzitutto la razionalizzazione che Prospero Farinacci (1544-1618) propose per la prescrizione: obbligatoria e ventennale sia nei casi di *accusatio* che nei casi di *inquisitio*, essa aveva la sua *ratio* nel significato soggettivo assunto dal decorso del tempo, che aveva significato diminuito nella commisurazione della pena. La prescrizione si riferiva al rapporto tra processo e pena (ed alla proporzionalità della pena rispetto alla memoria dell'offesa)⁴⁸ e non esisteva una prescrizione della pena.⁴⁹

All'ordine sistematico che Farinacci tentò di conferire all'istituto della prescrizione seguì l'opera del cardinale G. Zuffi. Mentre quella di Farinaccio è fondamentale per comprendere la disciplina della prescrizione di quell'epoca, l'opera di Zuffi è importante per capire ciò che succederà nei secoli a venire: è un'opera per così dire sintomatica degli sviluppi posteriori.⁵⁰

Del *Tractatus* di Zuffi vanno considerate, al di là delle differenze rispetto alle *Practicae* di Farinacci, il definitivo passaggio ad una prescrizione con valore soggettivo, ossia commisurato alla propensione del colpevole a commettere reati.

Kant pare mettersi in linea con quel filo rosso che si sta cercando di evidenziare e che, attraverso la storia, conduce al progressivo riconoscimento della gradualità con cui l'essere umano acquisisce nozione di sé, tramite un procedere temporale che ne scandisce la parzialità. Kant è, dunque, sulla stessa linea di Agostino, il quale – a sua volta coerente con la lezione di Socrate – fornisce le basi a quello che poi sarà il pensiero cartesiano. Così Kant afferma che bisogna “avere il coraggio di sapere” (*Sapere aude!*),⁵¹ citando il

⁴⁸ Si veda G. STEA, *L'ultima prescrizione, Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2020, pp. 51 ss.

⁴⁹ P. FARINACCI, *Liber I § De Inquisitione, Quaestio X*, in *Praxis et theoriae criminalis, Partis I, Tomus I*, Venezia, 1609, ff. 74 ss.

⁵⁰ G. ZUFFI, *Tractatus de criminalis processus. Legitimatione. Liber tres*, Roma, 1665, ff. 135-138

⁵¹ Il “motto” di Kant (1724-1804) si trova nella sua risposta al quesito posto dal predicatore Zöllner al quesito *Che cos'è l'Illuminismo?* è: «L'Illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso»; si vada a leggere I. KANT, *Was ist die Aufklärung?, Risposta alla domanda: “Che cos'è l'Illuminismo?”* (5 dicembre 1783), a cura di N. MERKER, Editori Riuniti, Roma, 1997, pp. 48-55.

Inoltre, si consideri la nota di I. Kant al saggio del predicatore Zöllner, *È consigliabile che il matrimonio in futuro non venga più sancito dalla religione?*: «Che cos'è l'illuminismo? Questa domanda, che è importante quasi come chiedersi che cos'è la verità, dovrebbe pur ricevere una risposta prima che ci si metta a fare opera di rischiaramento! E tuttavia questa risposta non l'ho ancora trovata in nessun luogo».

poeta romano Orazio (65 a.C. – 8 a.C.)⁵² e comprovando in tal modo di nuovo la continuità nello sviluppo della concezione relativistica del tempo e del calarsi di questo nella materialità della vita quotidiana.

Sapere aude!

Occorre uscire da quella che oggi si definirebbe la nostra *comfort zone*: tuttora e più di allora si è coscienti del fatto che, finché si resta entro i propri confini naturali e fisiologici, non si può avere esperienza dell'altro, non potendo, per la qual cosa, conoscere davvero nemmeno se stessi.⁵³ La conoscenza di se stessi è relativa proprio perché colui che non ha il coraggio di sbilanciarsi è convinto di conoscere se stesso, ma, in realtà, giungerebbe probabilmente ad una conclusione del tutto diversa nell'ipotesi di confronto con un altro uomo.⁵⁴

Già Kant aveva idea temporale sia del reato sia del processo, avendo egli inteso l'essenzialità di spazio e tempo, ma ancora di più del tempo prima dello spazio, spianando la strada per quesiti filosofico-giuridici estremamente attuali rispetto al dibattito sulla prescrizione e sulla sua natura: la dimensione processuale viene prima di quella sostanziale? Oppure è il contrario? È il reato ad avere carattere temporale, oppure è il tempo che, calandosi nei fatti, assume essenza statica e materiale?

In Italia il pensiero illuminista conosce l'apice con il giurista C. Beccaria (1738-1794) la cui produzione rappresenta una delle massime eredità che oggi l'ordinamento italiano possa vantare. Leggendo le sue parole, si coglie la disarmante attualità delle fini intuizioni del filosofo per ciascuno degli istituti del diritto penale della sua epoca ai quali dedicò la propria cura.

Approfondendo la visione dell'Autore sulla prescrizione, destano sorpresa ineguale le notazioni sul fondamento di quest'ultima e sul raccordo della *ratio* dell'istituto con l'essenza dell'uomo. Beccaria è tra i primi giuristi a mettere nero su bianco la convinzione del carattere relativo del tempo (in generale, ma specialmente di quel tempo che rileva a fini giuridici), proprio perché esso assume consistenza in ragione della

⁵² La citazione è presa dalle *Epistole* 1, 2, 40; cfr. con Q. ORAZIO F., *Epistole e Ars poetica*, U. DOTTI (a cura di), Feltrinelli, 2015.

⁵³ W. Churchill diceva a tal proposito che «più guardi all'indietro, più riesci a guardare in avanti». Si è tanto più lungimiranti quanto più si ha conoscenza e consapevolezza degli eventi trascorsi.

⁵⁴ In questo ritorna anche il mito della caverna di Platone, in PLATONE, *Repubblica*, F. SARTORI (a cura di), Laterza, 2007.

percezione che dello stesso hanno gli uomini: tale percezione è necessariamente relativa e parziale, stante la transitorietà di tutto ciò che è materiale e terreno. Il tempo, allora, l'uomo lo avverte solo come circoscritto per mezzo di un principio iniziale e di un esaurimento finale, stante la parzialità del giudizio che l'uomo medesimo può formulare.

Tra le osservazioni sul decorso temporale posteriore alla commissione di un crimine, per Beccaria è indiscutibilmente necessario prestabilire *ex lege* dei tempi determinati, sia, da un lato, per il reo (per permettergli di giustificarsi), sia, dall'altro, per l'accusa (per provare la colpevolezza dell'imputato): decorso tale arco temporale, il reo si presume che abbia raggiunto la propria redenzione interiore, mentre l'accusa avrà esaurito il tempo datole per dimostrare la propria posizione.

Beccaria sottolinea che tali termini devono esistere *ex ante* e per legge altrimenti si incorre nella discrezionalità del giudice; sottolinea anche che il principio di cui sta parlando non si applica a determinati reati i quali, per la loro gravità, non meritano la prescrizione.

Già Beccaria è consapevole della utilità di pene che non siano atroci e dello stretto legame tra la funzione della pena e la funzione della prescrizione, con la conseguenza che il tempo necessario a prescrivere è proporzionale alla gravità della reato e, quindi, alla pena che sarebbe da applicare a quel preciso misfatto.⁵⁵

Tuttavia, il giurista riporta anche un paradosso, una aporia rispetto a questo ragionamento logico in ogni suo passaggio: può accadere, invero, che reati eguali siano puniti in maniera diversa (oppure che reati diversi siano puniti in modo uguale). La ragione sta nel fatto che, considerando il fenomeno in senso assoluto, in via generale l'allungamento del tempo necessario a prescrivere non è direttamente proporzionale alla gravità e alla quantità dei delitti, poiché, come è ovvio, più un delitto è grave, meno è probabile che esso venga commesso. In questo senso delitti e tempo necessario a prescrivere stanno in un rapporto di proporzionalità inversa. Ergo proporzionalità inversa se si considerano in senso globale tutti i delitti compiuti e il tempo necessario a prescriverli. Per il resto, invece, analizzando i singoli casi uno ad uno, è evidente la diretta proporzionalità tra gravità del reato e tempo necessario ad estinguerlo.

⁵⁵ A mettere in discussione l'utilità di servirsi di pene esemplari è anche un altro illuminista, P. Verri (1728-1797); di questo si ricordino le *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 1804, § VII.

In particolare, il fatto che il tempo trascorso in carcere venga considerato già di per sé pena, per quanto ciò sia vero ai fini della prescrizione, è vero anche nel senso che, qualora subentri una condanna tardiva (sempre, s'intende, entro i limiti cronologici prescrizionali), la pena irrogata sarà attenuata rispetto a quella che sarebbe stata inflitta in caso di tempistiche ragionevoli, con la conseguenza che reati originariamente uguali possono essere destinatari di un trattamento penale differenziato o, all'opposto, è possibile che combacino le sanzioni penali destinate a delitti diseguali.

Dopodiché, Beccaria enuncia la propria convinzione per cui vi è comunanza tra il fondamento della prescrizione in base alla gravità dei reati e la natura dell'uomo (implicazione reciproca tra tempo ed essere umano). Il tempo è relativo e quindi la prescrizione è pertinente con l'uomo in quanto questa ha, così come l'uomo, natura transeunte, effimera, parziale, corruttibile.

Per spiegare la propria posizione, Beccaria distingue tra due categorie di reati: quelli più atroci, ove il tempo della prescrizione deve essere allungato a discapito del tempo dell'esame; quelli meno gravi, nei quali invece deve avvenire il contrario, essendo più probabile la colpevolezza, deve accrescersi il tempo dell'esame; essendo meno grave l'eventuale impunità, deve diminuirsi il tempo della prescrizione.

Infine, conclude dicendo che le sue riflessioni sono a tutela dei cittadini, dimodoché non ci si illuda di tutelare la sicurezza dei sudditi con il dispotismo, la libertà con l'anarchia.⁵⁶

⁵⁶ Della sua opera più celebre, *Dei delitti e delle pene*, la nostra attenzione è rivolta al capitolo XXX, Processi e prescrizione: «Conosciute le prove e calcolata la certezza del delitto, è necessario concedere al reo il tempo e mezzi opportuni per giustificarsi; ma tempo così breve che non pregiudichi alla prontezza della pena, che abbiamo veduto essere uno de' principali freni de' delitti. Un mal inteso amore della umanità sembra contrario a questa brevità di tempo, ma svanirà ogni dubbio se si rifletta che i pericoli dell'innocenza crescono coi difetti della legislazione. Ma le leggi devono fissare un certo spazio di tempo, sì alla difesa del reo che alle prove de' delitti, e il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto. Parimente quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga; ma i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio della impunità, rimane intanto il potere al reo di divenir migliore. Mi basta accennar questi principî, perché non si può fissarsi un limite preciso che per una data legislazione e nelle date circostanze di una società; aggiungerò solamente che, provata l'utilità delle pene moderate in una nazione, le leggi che in proporzione dei delitti scemano o accrescono il tempo delle prescrizione, o il tempo delle prove, formando così della carcere medesima o del volontario esilio una parte di pena, somministreranno una facile divisione di poche pene dolci per un gran numero di delitti. Ma questi tempi non cresceranno nell'esatta proporzione delle atrocità de' delitti, poiché la probabilità dei delitti è in ragione inversa della loro atrocità. Dovrà dunque scemarsi il tempo dell'esame e crescere quello della prescrizione, il che parrebbe una contraddizione di quanto dissi, cioè che possono darsi pene eguali a delitti diseguali, valutando il tempo della carcere o della prescrizione, precedenti la sentenza, come una pena. Per ispiegare al lettore la mia idea, distinguo due classi di delitti: la prima è quella

Questa breve digressione sul pensiero di Beccaria è funzionale a comprendere le origini degli orientamenti basati sulla relatività del tempo e dell'istituto temporale per antonomasia (la prescrizione appunto); per altro verso, Beccaria rappresenta una delle chiavi di volta della storia del diritto italiano – se non addirittura europeo – rendendosi paladino di un pensiero che emerge per rarità e modernità già nel XVIII secolo.

Dopo Beccaria non mancarono nuovi stimoli del tipo di cui sinora si è parlato.

Basti ricondursi ai filosofi idealisti ed ai giuristi a questi coevi. Le ricadute dei rispettivi pensieri si affacciano sia nel diritto ad essi immediatamente successivo sia nelle elaborazioni giuridiche attuali: a collegare il diritto alla filosofia è, di nuovo, il tempo. Proprio la prescrizione è, per giunta, l'istituto del diritto che palesa al meglio questo legame, per almeno due motivi. Invero, essa è non solo l'istituto temporale per eccellenza, ossia un istituto che opera nel e grazie al tempo, ma poi è anche istituto più degli altri vicino alla sensibilità di coloro che non vantano esperienza nel mondo legale.

È in ragione di questa origine che condividono – avente sede nel dato temporale e nel ruolo di questo nell'acquisizione da parte dell'uomo di coscienza di sé – che non si possono concepire diritto e filosofia senza vederne la radice comune, in particolare quando per diritto ci si riferisce alla sfera penalistica. A tal proposito, uno dei padri fondatori del pensiero giuridico tedesco della modernità, Feuerbach (1775-1833), definisce la parte teorica del diritto penale generale in qualità di “parte filosofica”,⁵⁷ in

dei delitti atroci, e questa comincia dall'omicidio, e comprende tutte le ulteriori sceleraggini; la seconda è quella dei delitti minori. Questa distinzione ha il suo fondamento nella natura umana. La sicurezza della propria vita è un diritto di natura, la sicurezza dei beni è un diritto di società. Il numero de' motivi che spingon gli uomini oltre il naturale sentimento di pietà, è di gran lunga minore al numero de' motivi che per la naturale avidità di esser felici gli spingono a violare un diritto, che non trovano ne' loro cuori ma nelle convenzioni della società. La massima differenza di probabilità di queste due classi esige che si regolino con diversi principî: nei delitti più atroci, perché più rari, deve sminuirsi il tempo dell'esame per l'accrescimento della probabilità dell'innocenza del reo, e deve crescere il tempo della prescrizione, perché dalla definitiva sentenza della innocenza o reità di un uomo dipende il togliere la lusinga della impunità, di cui il danno cresce coll'atrocità del delitto. Ma nei delitti minori scemandosi la probabilità dell'innocenza del reo, deve crescere il tempo dell'esame e, scemandosi il danno dell'impunità quanto cresce la probabilità del delitto. Riflettasi che un accusato, di cui non consti né l'innocenza né la reità, benché liberato per mancanza di prove, può soggiacere per il medesimo delitto a nuova cattura e a nuovi esami, se emanano nuovi indizi indicati dalla legge, finché non passi il tempo della prescrizione fissata al suo delitto. Tale è almeno il temperamento che sembrami opportuno per difendere e la sicurezza e la libertà de' sudditi, essendo troppo facile che l'una non sia favorita a spese dell'altra, cosicché questi due beni, che formano l'inalienabile ed egual patrimonio di ogni cittadino, non siano protetti e custoditi l'uno dall'aperto o mascherato dispotismo, l'altro dalla turbolenta popolare anarchia», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Oscar classici, Mondadori, 2021 ris. Trento, cit. pp. 71-73.

⁵⁷ A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, herausgegeben von C.J.A. Mitterlmaier, G.F. Heyer's Verlag, Giessen, 1847.

ossequio ad un (inconsapevole?) recupero dei precedenti che avevano elaborato in senso affermativo l'ipotesi di un rapporto intrinseco tra le due discipline.

Facendo un altro salto temporale e passando direttamente alle vicende preunitarie della penisola italiana, si rimarca che retaggi significativi di una giustizia repressiva e inquisitoria sopravvissero sino alla fine del secolo scorso.⁵⁸ Invero, l'Italia venne profondamente influenzata dai territori (politicamente autonomi) che la circondavano, in particolare dallo Stato della Chiesa e dagli accadimenti francesi dalla Rivoluzione del 1789 in poi.

I momenti più ragguardevoli si ebbero, dopo il 1789, con l'abbandono (anche se più formale che fattuale) dell'accusa tipica dell'*Ancien régime*, il recupero del modello inquisitorio da parte del *Code d'instruction criminelle* (1808) napoleonico⁵⁹ ed infine l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948.⁶⁰

In questo arco temporale di poco e più di un secolo e mezzo, dalla Rivoluzione francese alla Costituzione della Repubblica italiana, maturarono una serie di leggi penali sempre di carattere inquisitorio, ma che confermarono il consolidamento della percezione coscienziale del tempo giuridico.

A tal riguardo, l'attenzione si focalizzerà sulle due leggi che costituirono la culla del dibattito relativo alla percezione del tempo prescizionale: dai nomi dei rispettivi Guardasigilli, il Codice Zanardelli (1889) ed il Codice Rocco (1930).

⁵⁸ Esempi di codificazioni preunitarie di respiro napoleonico e inquisitorio si vedano il Codice dei delitti e delle pene del Regno d'Italia (1811); il Codice penale per il Regno delle Due Sicilie (1819); il Codice di procedura criminale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820); il Regolamento sui Delitti e sulle Pene per lo Stato Pontificio (1832); il Codice penale sabaudo (1839); il Codice penale degli Stati Uniti delle Isole Jonie (1841); il Codice penale per il Granducato di Toscana (1853); il Codice criminale estense (1855); il Codice sardo (1859).

⁵⁹ A Napoleone la paternità del *Code d'instruction criminelle* (1808), ispirata alla *Ordonnance* di Luigi XIV (1670), con la quale erano stati messi nero su bianco i principî fondanti l'ordinamento inquisitorio. Questa sorta di Codice penale napoleonico portò in Europa per la prima volta il modello di processo bifasico, ereditato poi dalle codificazioni successive, tra cui quelle sabaude e persino il Codice di procedura penale firmato dal Guardasigilli A. Rocco (1930).

⁶⁰ Come si vedrà, a danno della concezione soggettivistica della prescrizione vi è che non solo fu molto difficile l'affermazione di una pena dotata di funzione rieducativa, ma poi anche che spesso la prescrizione viene (tuttora) collegata ad altri scopi, come la ragionevole durata del processo, o, addirittura, venendo sfruttata a scopi deflattivi del carico penale delle corti, venendo indebitamente allontanata dai suoi fini autentici, che sono paralleli a quelli della sanzione penale. del resto, interpretare la prescrizione come strumento di garanzia del giusto processo è un ritorno al passato, posto che una lettura in questi termini si avvicina alla concezione oggettivizzata della pena e, di rimando, pure della prescrizione: all'epoca dei Romani la prescrizione evidenziava un errore dell'accusa, punendone così l'inerzia; con il progressivo soggettivizzarsi dell'istituto, invece, la prescrizione iniziò ad essere vista come diritto dell'imputato a godere della libertà in via eccezionale, ossia pur in assenza di una sentenza di assoluzione, presupponendo la sua redenzione per effetto del decorso del tempo sufficientemente lungo a garantire la sua modificazione psicologica in positivo.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle questioni penalistiche in senso stretto, è necessario un breve *excursus* che faccia luce sul ruolo del tempo in tutta la vicenda. Solo in seguito a questo sarà possibile svolgere una riflessione che sia consona con l'oggetto della presente ricerca, a partire dal fatto più evidente di tutti: la variazione del dato lessicale, che sostituì la prescrizione dell'azione e della condanna con la prescrizione del reato e della pena.

3. Il Codice Zanardelli (1889) ed il Codice Rocco (1930): affermazione del tempo quale terreno comune nella evoluzione coscienziale dei fatti storici e dei fatti giuridici.

Tali leggi sono i paradigmi di un passaggio fondamentale: dalla Scuola classica alla Scuola positiva, ovvero da un diritto fondamentalmente naturale, di impronta dualistica, a quello positivo, che vede nel precetto regolato per iscritto l'unica possibile forma legislativa.

Entrambi emanati in epoca monarchica, le rispettive *rationes* non sono del tutto coincidenti e, anzi, il Codice Rocco presenta colorazioni le quali, inconsuete per i primi anni del XX secolo, permisero a questa legge di adattarsi alla Costituzione repubblicana del 1948. Invero, al di fuori del ventennio intermedio in cui prevalse la politica autoritaria, la Commissione Rocco elaborò un progetto di legge che superava le tendenze tenacemente repressive della dottrina penalistica dell'Ottocento liberale. Con il Codice Rocco, invero, si lasciò spazio allo sviluppo di una concezione rieducativa e di recupero della pena; orientamento che si perfezionò poi quando tale tendenza venne elevata a principio costituzionale nel 1948.

Il filo conduttore nel transito dalla Scuola classica alla Scuola positiva si registra nel fattore temporale: l'acquisizione del tempo come forza naturale dotata di rilevanza inevitabilmente anche giuridica (nello specifico, giuridica soggettiva e personalistica) rappresenta il dato di emancipazione della legislazione rispetto alle prospettive liberali.

A prendere le mosse nella valorizzazione del tempo in questo senso fu il Codice Zanardelli: nella sua positivizzazione scritta, lo spessore giuridico del *tempus post factum patratum* avrebbe assunto valenza negativa, ossia, passato un certo arco temporale, il cui principiario coincide con la commissione del fatto, svaniscono il diritto e il dovere di

punire. Si vedrà poi, nel corso della nostra analisi, come attualmente il non decorso del tempo necessario a prescrivere sia leggibile nel senso di condizione negativa ai fini della prosecuzione del processo.⁶¹

Rinviando pure per questo aspetto ai capitoli successivi, ci si concentrerà ora sul tempo, e sul come esso venne elevato a fattore di connessione tra la quotidianità ed il mondo giuridico.

I primi passi vennero compiuti non appena si comprese che l'effetto obliante dovuto al decorso temporale impregnava la quotidianità al punto da non poter non essere dotato di rilevanza anche giuridica.⁶²

La svolta principale si ebbe nel Codice Rocco del 1930, nel quale la disciplina prescrizione venne plasmata dalla interferenza della pericolosità sociale, la quale assunse peso via via crescente all'indomani del primo dopoguerra. In quel contesto il diritto-dovere dell'Ente pubblico di punire venne tradotto in un rapporto soggettivizzato tra lo Stato ed il reo (*Strafrechtsverhältniss*).⁶³

Le parti di questa conformazione di reciproca interdipendenza sono, da un lato, il reo che deve essere punito in quanto socialmente pericoloso, dall'altro lo Stato e non si può incorrere nell'errore di ritenere coincidenti l'azione penale facente capo allo Stato⁶⁴ con il reato commesso e che costituisce l'oggetto che subisce l'attività corrosiva del tempo.

⁶¹ In particolar modo, si vedrà come nell'ordinamento penalistico tedesco questo dato sia già consolidato: il non intervento della prescrizione (*der Nichteintritt der Verjährung*) è "condizione negativa" ai fini dello svolgimento del processo, vale a dire la non maturazione del tempo necessario a prescrivere è condizione necessaria per poter intraprendere il processo. Al contrario, l'intervento della prescrizione costituisce, secondo l'opinione maggioritaria, un ostacolo processuale (*Verfahrenshindernis*). Nel contesto italiano il defluire del tempo prescrizione non gode della medesima autorità; tuttavia, si è in direzione della affermazione del medesimo in qualità di requisito processuale (*Prozessvoraussetzung*), se non addirittura di condizione di procedibilità: invero, pur incidendo la prescrizione sulla punibilità dell'individuo, alla luce della recentissima Riforma Cartabia essa pare incolonnarsi con quegli elementi la cui sussistenza è ritenuta necessaria ai fini della procedibilità. La prescrizione, cioè, sarebbe a tutti gli effetti una condizione di procedibilità.

Per l'analisi tecnica della prescrizione del reato si rinvia ai *Kommentaren* tedeschi sullo *Strafgesetzbuch*: *Münchener Kommentar, StGB, § 78 Verjährungsfrist* und ff., Dallmeyer, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg 53, 2022; *Leipziger Kommentar, StGB, § 78 Verjährungsfrist* und ff., 12. Auflage, Band 3, §§ 56 – 79b, Laufhotte, Rissing-van Saan, Tiedemann.

⁶² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, 1910, p. 279.

⁶³ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, cit., p. 127.

⁶⁴ Il potere politico penale rappresenta il lato attivo del rapporto giuridico instauratosi tra Stato e reo. È lo *Strafgewalt*, cui segue il momento di applicazione della pena. In relazione al fatto di reato in senso stretto si vedrà poi come la subiettivizzazione del crimine abbia permesso la sua articolazione giuridica e astratta in due momenti: *Norm* e *Strafgesetz*, norme e diritto penale, fattispecie e pena.

Tale legame giuridico vive grazie al tempo: grazie al tempo il reato può essere commesso e grazie al tempo il reato si “estingue”.⁶⁵ Analogamente, solo “nel tempo” è possibile la posta in essere del giudizio e della conseguente punizione/assoluzione.

Il tempo, allora, irrorà la vicenda penale in ogni sua piega; la presenza del tempo rende il reato storicamente possibile e ne facilita pure l’oblio: il fattore temporale investe l’avvenimento penale a monte (nel fatto di reato) e a valle (nella punibilità).

La graduale presa di coscienza del ruolo irrinunciabile e irrinunciabilmente soggettivo del tempo, portò al consolidamento della lettura personalistica del reato e della sua punizione all’interno del Codice Rocco, con ulteriori sviluppi che procurarono inevitabili dubbi in relazione alla sostanza della prescrizione penale.

Le difficoltà sorsero con la stesura di disposizioni attribuenti al tempo valore estintivo del fatto di reato: invero, pare inverosimile che il tempo possa eliminare un evento già accaduto e consumatosi in tutte le sue componenti. Le perplessità principali stanno, quindi, nel quesito relativo alla natura della prescrizione quale causa di estinzione del reato, non essendo chiaro se essa effettivamente incida sul reato o, diversamente, sulla azione penale.

Addirittura, si vedrà come, per i sostenitori della tesi sostanzialista, la prescrizione non solo non si riferisce all’azione penale, ma – in virtù della ineliminabilità di qualcosa che è accaduto – non può nemmeno essere concepita come distruttiva del fatto in senso stretto.

La principale fonte del problema sta nel mutamento lessicale in seno al Codice Rocco rispetto al Codice Zanardelli (cambiamento che è attestato pure nella *Relazione al Re* da parte del Guardasigilli).

Dal punto di vista dogmatico, la concezione soggettivistica della pena esprime uno stadio più avanzato nel modo di soppesare la sanzione (penale). Si passa da una giustizia che mira alla punizione severa, ad una che punta alla rieducazione del condannato, transitando per il passaggio intermedio che ancora crede nella prevenzione generale della pena da applicarsi in misura proporzionale all’entità del fatto (quindi anche se non più repressivo, comunque ancora in un’ottica di tutela della collettività).

Presentate queste due leggi in maniera soltanto preliminare, esse verranno vagliate criticamente nel capitolo successivo (in particolar modo il Codice penale del 1930), onde confrontarne quelle parti che, lette all’unisono, permettono di cogliere l’equivoco che sta

⁶⁵ Sul significato dell’estinzione del reato si rinvia al capitolo successivo.

alla base delle incertezze istitutive del dilemma irrisolto della natura della prescrizione penale, nonché il legame atavico che mette insieme le funzioni della pena e quelle della prescrizione, con le susseguenti questioni attinenti alla imprescrittibilità di alcuni reati e le interpretazioni ambigue che vedono nella prescrizione uno strumento deflattivo del carico processuale nonché di garanzia della ragionevole durata del processo.

Da questo *excursus* preliminare avente ad oggetto notazioni essenzialmente storiche, emerge la difficoltà di trovare una risposta ai quesiti che la prescrizione ha sollevato nel corso dei secoli.

I capitoli seguenti porteranno a concludere che una conclusione definitiva non c'è. Emergerà, poi, come l'approccio più adattato sia verosimilmente quello misto, non dimenticando che, pure in un ordinamento giuridico solido come quello tedesco, la questione della natura della prescrizione continua a farsi sentire e pure negli anni più recenti procurò scandali che segnarono le vicende europee e mondiali.⁶⁶

Il nostro sguardo sarà rivolto all'approfondimento della natura della prescrizione del reato, con particolare riguardo alla evoluzione del ruolo assegnato alla pena, da strumento di oppressione, a mezzo di riabilitazione del reo.

⁶⁶ Il riferimento è a tutti i crimini nazisti che vennero trasformati in reati di omicidio doloso semplice: non trattandosi di omicidi "gravi", *Morde* (dei quali si continuavano ad accusare soltanto i vertici del regime, come Hitler e Himmler) questi vennero attirati dalla regola della prescrizione, che – circoscrivendo la imprescrittibilità ai *Morde* – portò all'estinzione ed all'oblio per decorso del tempo tutti gli altri reati commessi dai seguaci del totalitarismo (reati che, riguardando imputati per concorso nell'omicidio aggravato volontario, avrebbero dovuto essere imprescrittibili anch'essi in quanto *Morde*). Tali eventi (rappresentanti il c.d. *Verjährungsskandal*, "scandalo della prescrizione") accaddero dopo il 1968, data di modifica del Codice penale promossa da E. Dreher, figura discussa di giurista e funzionario statale durante la prima BDR, ma anche avvocato di Stato durante il secondo conflitto mondiale. Tra le testimonianze più autorevoli si veda il libro dell'autore F. VON SCHIRACH, *Der Fall Collini (Il caso Collini)*, Piper, Roma, 2011, da cui il film omonimo del 2019, diretto da M. Kreuzpaintner.

Capitolo 2 – L’ordinamento italiano: dibattito sulla natura dell’istituto prescrizionale come regolato dal Codice penale de 1930 ed il suo rapporto con la Costituzione del 1948.

1. Premessa: breve *excursus* metodologico e novità della prescrizione del Codice Rocco rispetto al Codice Zanardelli. – 1.1 Una distinzione controversa: prescrizione del reato e prescrizione della pena e loro inquadramento rispetto alla c.d. prescrizione dell’azione. – 1.2 Il reato oggi: l’importanza della sua dimensione temporale. – 1.2.1. Il tempo nella prescrizione: operatività in via presuntiva e dimensione coscienziale. – 1.2.2. Struttura tripartita o quadripartita del reato: collocazione della punibilità. – 1.2.3 Rapporto tra prescrizione e punibilità: specularità del rapporto tra prescrizione e pena. – 2. Rapporto tra la disciplina del Codice Rocco (1930) e la sopravvenuta Costituzione (1948). – 2.1 Funzioni della pena: repressione e/o rieducazione? – 2.2 Il significato positivo della prescrizione rispetto alle funzioni della pena e conseguente erroneità dell’accostamento della prescrizione del reato al principio del giusto processo e della sua ragionevole durata. – 2.3 Esplicazione della funzione positiva della prescrizione: integrazione della prevenzione generale e completamento della prevenzione speciale. – 2.4 La relatività della prescrizione del reato e suoi corollari: imprescrittibilità di determinati reati e approccio misto. – 3. Dibattito sulla natura della prescrizione del reato: premessa e origine del problema. – 3.1 Conflitto tra i sostenitori della teoria sostanzialista ed i sostenitori della tesi processualista. – 3.2 Soluzioni prospettate: teoria mista e ispirazione all’ordinamento tedesco; natura non penale della prescrizione. – 3.3 Itinerario proposto: dimensione fattuale del tempo o dimensione temporale del reato?

1. Premessa: breve excursus metodologico e novità della prescrizione del Codice Rocco rispetto al Codice Zanardelli.

La prescrizione come conosciuta dall’ordinamento penale italiano del terzo millennio ha la sua disciplina negli artt. 157 ss. del Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398),⁶⁷ all’interno del Titolo VI (*Estinzione del reato e della pena*) del Libro I (*Dei reati*). Le cause estintive vengono trattate in tre Capi, dedicati alle cause di estinzione del reato (Capo I), della pena (Capo II) ed alle disposizioni comuni (Capo III).

A queste norme si aggiungono poi quelle del codice di rito, che segnalano le ricadute dell’istituto prescrizionale sul processo.

Il presente studio si focalizzerà sulla prescrizione del reato. Le riflessioni che ne scaturiscono, qualora le si inquadri globalmente come riferibili all’istituto della prescrizione penale, potrebbero essere più o meno estese anche alla prescrizione della pena; tuttavia, qui si considererà il problema della natura della prescrizione in via generale

⁶⁷ Emanato sulla base della legge di delega del 24 dicembre 1925, n. 2260, venne pubblicato in G.U. n. 251 del 26 ottobre 1930, con visto del Guardasigilli A. Rocco. Entrò in vigore il 1° luglio 1931.

nel senso di prescrizione penale. Dopotutto, ad alcuni ordinamenti del passato la prescrizione della pena era addirittura ignota.⁶⁸

Prima di addentrarsi nelle modifiche procurate dalla recentissima Riforma Cartabia, ci si sofferma sul testo del Codice penale anteriore alla entrata in vigore di questa riforma (19 ottobre 2021), così da avere chiaro l'inquadramento sostanziale che la dottrina maggioritaria fa dell'istituto prescizionale come delineato dal Ministro Rocco (1930) e comprendere il perché delle nuove oscillazioni in favore di una lettura processualista.

L'analisi seguirà un andamento dialettico e sarà impostata su molteplici confronti tra i diversi assetti assunti dalla disciplina codicistica nel contesto delle numerose riforme degli ultimi decenni; non si può, del resto, ignorare – avendo il codice attuale una storia di più di novant'anni – il palpabile pluralismo di evoluzioni del medesimo sia in termini quantitativi che qualitativi. L'istituto della prescrizione – che è, peraltro, uno di quelli che più di tutti si presta ad adattamenti e dibattiti – fu visibilmente segnato da questi cambiamenti più degli altri, risultando esso stesso una significativa testimonianza dei mutamenti intrinseci al sistema penalistico italiano.

Il cuore della riflessione si concentra sulla natura della prescrizione: un argomento particolarmente delicato, poiché esso ne influenza la *ratio* e le funzioni, le quali sono strettamente connesse alle prerogative proprie della sanzione penale; inoltre, la natura che si assegna al decorso del tempo successivo al reato è determinante per individuare il regime transitorio da applicare. Sempre per queste ragioni, nel corso dell'analisi della prescrizione del reato ci si soffermerà – oltre che sulla natura – anche su altre questioni decisive: la struttura del reato e la collocazione della punibilità.

Attenendosi al consolidato orientamento sostanzialista, avente la sua genesi nel Codice Rocco e messo in discussione all'indomani di Cartabia, la *ratio* della prescrizione viene rinvenuta da qualcuno nel criterio tradizionale dell'esigenza di certezza processuale (quindi la prescrizione sarebbe un rimedio alla penuria di materiale probatorio); da

⁶⁸ *Enciclopedia del diritto*, XXXV, *Prerogative – Procedimento*, Giuffrè Editore, Varese, 1986, pp. 78 ss.; poteva accadere o che la prescrizione della pena non fosse affatto contemplata («contro le condanne non si dà prescrizione», ai sensi dell'art. 95 del Codice penale toscano del 1853), oppure che la prescrizione della pena fosse ammessa solo per le pene meno gravi, come ad esempio gli artt. 614-616 del Codice penale del Regno delle due Sicilie, che prevedevano la prescrizione di pene per crimini minori, di pene correzionali o di polizia, mentre l'art. 613 della medesima legge escludeva la prescrizione della pena di morte, della pena dell'ergastolo e del terzo e quarto grado dei ferri.

qualcun altro, invece, nel significato retributivo della pena, nel senso che con il passare del tempo diminuisce la volontà di vendicarsi: si affievolisce la collera, sia da parte dell'offeso sia soprattutto da parte della collettività, nella figura dello Stato, ente pubblico per eccellenza e custode del potere punitivo. Tale retribuzione è, naturalmente, non in veste di espiatione del peccato, ma in qualità di castigo proporzionale al male commesso.⁶⁹ Da qui ulteriori problemi: per funzione retributiva ci si riferisce modernamente alla rieducazione del reo, che si considera ultimata laddove sia decorso il tempo che la legge stabilisce per dire che un reato è prescritto.⁷⁰ La prescrizione opera allora automaticamente una volta trascorso quell'arco temporale; opera, per così dire, di *default*, provocando spesso malumori tra coloro che non sono convinti della avvenuta risocializzazione del reo mediante il solo effetto del decorso del tempo.

Vi è, dunque, un alternarsi di criteri recanti data anche remota, posto che già nei secoli precedenti, interrogandosi sulla causa della prescrizione, presero vita orientamenti di ogni tipo, sia monofattoriali⁷¹ sia plurifattoriali.⁷²

A partire da questo rapido *abrégé* introduttivo, seguono le riflessioni di cui anticipato sulla natura della prescrizione e, prima di queste, su tutte quelle questioni che richiedono di essere discusse preliminarmente.

Osservando i lavori preparatori per i nuovi codici penali (di diritto sostanziale e di rito), contenuti nella *Relazione ministeriale presentata dal guardasigilli Rocco a S. M. il Re per l'approvazione del nuovo Codice penale*, si ha un'anticipazione di quella che poi divenne un'istanza tipica del sistema di questo nuovo codice, nonché sua caratteristica preminente: la conciliazione tra il principio d'attuazione della giustizia ad ogni costo e la prescrizione come causa di estinzione del reato.⁷³ Tale fu il frutto dell'interesse di punire, che si configurò non più come espediente soltanto repressivo, ma anche rieducativo,

⁶⁹ A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (Diritto Penale)*, in *Nss. D.I.*, 1966, p. 684

⁷⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, p. 737; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, III, Torino, 1961, pp. 499 ss.

⁷¹ Sono le teorie del possesso di impunità, dell'incertezza dei rapporti giuridici, dell'uguaglianza e del deperimento delle prove; a queste poi si aggiungessero altre teorie più avanzate (poiché comprensive dello stretto legame tra pena e prescrizione), tuttavia non ancora soddisfacenti in quanto ancora monofattoriali. Si tratta della teoria dell'espiatione morale o indiretta e della teoria dell'utilità pubblica.

⁷² Le teorie plurifattoriali si svilupparono quando ci si rese conto della impossibilità di ridurre la spiegazione della prescrizione ad un fattore unico. Ad accomunare queste teorie vi è un filo rosso tessuto di ragioni politiche nonché di giustizia ed equità.

Tra i sostenitori di approcci multifattoriali si vedano C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Parte prima, Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958.

⁷³ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, p. 124.

procurando una soluzione di compromesso che pacificasse due obiettivi agli antipodi.⁷⁴ L'esito fu il sistema del c.d. "doppio binario", caratterizzato su entrambi i versanti dalla interdipendenza tra le funzioni della pena e quelle della prescrizione.

Relativamente a quest'ultima, con lo slittamento della sua operatività dall'estinzione dell'azione penale all'estinzione del reato (cui si affiancò l'estinzione della pena), si ebbe la virata dell'istituto dalla dimensione sicuramente processuale a quella di più dubbia connotazione sostanziale: se, invero, tale slittamento dall'area procedurale a quella materiale fu evidente, non si può dire che fu altrettanto decisivo: ne sono la riprova i riverberi dottrinali e giurisprudenziali confliggenti circa la natura di questa figura. Essa, invero, venne stilata dal Guardasigilli A. Rocco in un modo che incise sulla concezione del fatto di reato, sulla sua struttura, nonché sul rapporto di questo con il tempo: lo scorrere del tempo rappresenta, invero, l'essenza "pragmatica" e costante della prescrizione (di qualunque genere e specie essa sia), la quale nel nuovo assetto è studiata nel suo venire in essere nel fatto di reato, con realizzazione della fattispecie criminosa e, ad essere minuziosi, nelle sfumature di relatività che essa imprime allo scorrere del tempo.

1.1 Una distinzione controversa: prescrizione del reato, prescrizione della pena e loro inquadramento rispetto alle previgenti prescrizione dell'azione e prescrizione della condanna.

Come anticipato, la prescrizione della pena non è istituto che gode della stessa mole di interesse sollevato dalla prescrizione del reato. Anzi, parrebbe risolutivo di diversi problemi considerare le due come un'unica figura che interviene in momenti diversi, a seconda che sia stata pronunciata sentenza di condanna e sia divenuta definitiva (prescrizione della pena) oppure no (prescrizione del reato). In tale ottica la prescrizione della pena, di origine meno remota, non sarebbe altro che una puntualizzazione raffinata della ben più ampia prescrizione del reato.

⁷⁴ *Enciclopedia del diritto*, pp. 78 ss.

Ciononostante, è bene spendere qualche parola anche per il Capo II del Titolo VI, date le perplessità che ancora esso suscita e che si intrecciano di buon grado con le problematiche attinenti alla natura della prescrizione e tutte quelle che ne derivano.

Visto lo sconcerto che connota il campo della natura della prescrizione del reato, qualcuno addirittura tenta audacemente di traslitterare il problema sulla questione afferente alla identità o meno di prescrizione del reato e della pena.

Il Codice penale parla di prescrizione del reato limitatamente alle ipotesi in cui «il termine matura prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, caratterizzando il decorso dei termini dopo la condanna come “estinzione della pena per decorso del tempo”. La distinzione tra causa di estinzione del reato e causa di estinzione della pena cui questa sistematica sembrerebbe ricollegarsi è tuttora oggetto di riserve notevoli. Una autorevole dottrina, movente dalla premessa per la quale l'accertamento processuale lascia nella sua essenza immutato il dato sostanziale della punibilità, ne trae infatti la deduzione che la vicenda estintiva opera in entrambi i casi secondo cadenze eguali».⁷⁵

Ad ogni modo, non è il dibattito sulla identità o differenza tra le due prescrizioni ad interessarci: si tratta di un tema troppo complesso per essere affrontato in questa sede, dal momento che il confine tra i due istituti è spesso molto ambiguo e si deve al contempo riconoscere, non senza perplessità, che – anche attribuendo ad entrambe natura sostanziale – vi è un notevole divario tra le due, fondandosi l'una sulla eventualità che il reato sia stato consumato (ciò non è ancora stato verificato), l'altra invece operando una volta che esso è stato accertato e che si è avuta la concreta applicazione della pena (l'art. 172 c.p., “Estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo” recita: «1. La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni. [...] 4. Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena [...]»).

⁷⁵ A. MOLARI, *Appunti in tema di prescrizione del reato e della pena*, in *Annali della facoltà giuridica, nuova serie – volume primo*, Morano Editore, 1966, cit., p. 11; Molari in questo si rifà al pensiero di B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 692-693; in senso nettamente contrario R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, vol. I, parte generale*, Torino, 1962, p. 85.

Il volume dei problemi destati dalla corrente disciplina dei due istituti è ancora più consistente ove si tenga debitamente conto di un'osservazione sistematica molto importante: nel previgente Codice Zanardelli, come al posto della prescrizione del reato vi era la prescrizione dell'azione, così la prescrizione della pena del Codice Rocco aveva come precedente la prescrizione della condanna. Lasciando momentaneamente in disparte la questione della natura della prescrizione, la quale verrà trattata approfonditamente nei prossimi paragrafi, l'unica differenza che salta all'occhio tra i due codici sostanziali è quella lessicale; invero, come per scindere tra prescrizione del reato e prescrizione della pena il termine di paragone è quello della sentenza di condanna passata in giudicato, altrettanto avviene per separare tra prescrizione dell'azione e prescrizione della condanna.

Per quanto lineare, questa conclusione non può ritenersi esaustiva. A fondamento della differenza linguistica vi è ben di più (di storico e di giuridico).

Il primo quesito si riferisce alla differenza tra prescrizione del reato e della pena: nonostante le due siano distinte da un punto di vista lessicale e normativo, di fatto esse coincidono nella disciplina e pure i loro effetti sono analoghi.

Esse godrebbero, dunque della medesima *ratio*, e, quindi, presenterebbero efficacia analoga in quanto aventi natura omogenea.⁷⁶

Assumendo, dunque, che la prescrizione sia, *quid facti*, unica, e che risulti nominalmente distinta soltanto *quid iuris* in base al momento in cui essa matura, allora l'attenzione viene trasferita su un'altra incognita: ci si chiede se il binomio prescrizione di reato-pena combaci con il previgente binomio prescrizione di azione-condanna.

La questione è più ardua di quel che sembri: infatti, pure la risposta a questo quesito è nodale per il successivo dibattito in tema di natura della prescrizione.

Dire che prescrizione del reato è prescrizione dell'azione, avrebbe effetti dirimpenti nel dibattito sulla natura della prescrizione, calando pure il *tempori cedere post factum patratum*, come disciplinato da Rocco, nella figura che regola il *tempus* all'interno del Codice Zanardelli.

La prescrizione dell'azione ha radici addirittura risalenti all'Illuminismo, che connetteva all'estinzione della azione penale, e quindi della perseguibilità del reato, la cancellazione della condanna, poiché «quando il delitto e la condanna sono dimenticati il

⁷⁶ Esse sarebbero due diverse declinazioni dell'opera degradante dello scorrere del tempo, le quali a loro volta possono essere viste in successione diacronica (oltre che logica).

disordine è cessato: la pena che si irroghi è senza scopo; essa non ha altro effetto morale che quello di eccitare pietà». ⁷⁷ Si assisteva pertanto ad una forte contaminazione tra quella che era la prescrizione per antonomasia, ossia la prescrizione dell'azione, e la prescrizione della condanna.

Tuttavia, come già detto, la questione della natura verrà ampiamente discussa in seguito; interessa in questa sede soltanto dare una definizione di prescrizione della pena. In generale, a prescindere dalla natura che si voglia attribuire alle prescrizioni del nostro codice e a quelle della fine del XIX secolo, vi è un dato in comune: ossia che a fare da spartiacque tra le due è una sentenza di condanna passata in giudicato. ⁷⁸

Ma in che cosa consiste effettivamente la prescrizione della pena? Parlando in termini tecnici, si rammenta che, mentre le cause di estinzione del reato incidono direttamente sul potere punitivo dello Stato, le cause di estinzione della pena operano invece soltanto sulla pena concretamente inflitta al soggetto con una sentenza di condanna. Esse, infatti, presuppongono l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna e non aggrediscono il reato nella sua intera dimensione giuridica, il quale, anzi, continua a produrre tutti gli effetti che può ancora spiegare. ⁷⁹

Questo e altri elementi fanno presupporre la simmetria tra le prescrizioni dei due codici penali sostanziali.

Ad esempio, favorevole a questo parallelismo è quanto sancito dall'art. 172 c.p., in particolare al 4° comma, ai sensi del quale il termine decorre dal giorno in cui la *condanna* è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena (art. 172, 4° c.p.):⁸⁰ il richiamo alla condanna è esplicito.

⁷⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, 1859 ris., Bologna, 1993, cit., p. 505.

⁷⁸ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene in Trattato breve di diritto penale, Parte generale – II*, III Edizione, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2022, p. 415.

⁷⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO *Diritto penale, Parte generale*, Ottava edizione, Zanichelli Editore, Torino, 2019, cit., p. 858

⁸⁰ Il concetto di irrevocabilità torna pure in giurisprudenza (Cass. Pen., 6 ottobre 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 852; 4 febbraio 1980, p. 583), poiché la Suprema Corte ha segnalato dei precedenti «a proposito di concessione di condono poi divenuto irrevocabile, nel qual caso il termine di prescrizione della pena decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza che determina la causa della revoca, anche se questa non venne dichiarata»; anzi, la Cassazione (Cass. Pen., 30 marzo 1983, in *Riv. pen.* 1984, p. 86; Cass., 2 giugno 1983, p. 449) ha successivamente aggiunto che «ciò non vale solo per il condono, ma anche nell'ipotesi di revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena». Del resto, ai sensi del comma 5° dell'art. 172 c.p., se l'esecuzione della pena è subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per l'estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine è scaduto o la condizione si è verificata.

È congruente con questa visione addirittura il contenuto del progetto preliminare per la riforma del Codice penale risalente agli anni '20 del secolo scorso: il fulcro sta nel dare per la prima volta rilevanza alla pericolosità del reo e alla distinzione di coloro che commettono reati in via occasionale o passionale dai delinquenti abituali.

Tale novità incise, pertanto, non solo sul modo di vedere la funzione della pena e il ruolo dello Stato a riguardo (che, come si analizzerà nei prossimi paragrafi, conobbe un radicale mutamento, transitando da un ruolo fortemente repressivo, ad uno via via sempre più inclinato a garantire la tutela dell'ordinamento sia a livello generale sia a livello particolare), ma anche sulla configurazione dell'istituto prescrizione e del suo rapporto col tempo.

Ecco allora che un primo – seppur timido – impulso in direzione della valorizzazione della componente soggettiva si ebbe in codesto progetto, il quale – pur mantenendo ancora la prescrizione nell'ambito processuale – stimola a vedere la medesima in un'ottica nuova: «per la prescrizione dell'azione penale il Progetto riproduce la sostanza delle disposizioni vigenti, ritenendo, com'è giurisprudenza costante, che per la prescrizione si tenga presente la sanzione stabilita in concreto e rinviando al Codice di Procedura penale la norma pel caso in cui la sanzione comminata dalla legge superi il termine di prescrizione ed occorra quindi fare il giudizio e dare un dispositivo alla sentenza. [...] Per la prescrizione della condanna, invece, questo Progetto porta un'innovazione radicale con l'art. 125, per il quale la prescrizione della condanna non è più automatica e di pieno diritto, per solo trapasso del tempo. Il periodo – più o meno lungo secondo la gravità del reato – durante il quale l'imputato si è sottratto all'esecuzione della sentenza, non significa che, per il solo fatto cronologico, siano venute meno le ragioni della difesa sociale. Possono queste, col trascorrere del tempo, affievolirsi sino anche a cessare del tutto, ma nel solo caso che il periodo di regolare condotta trascorso dall'epoca della sentenza rappresenti realmente un ravvedimento, o, comunque, una cessazione di pericolosità nel delinquente. E l'esperienza dimostra che questo è fenomeno frequente nei delinquenti occasionali e passionali, che dalla stessa esecuzione e dalle sperimentate conseguenze del loro delitto ricevono impressioni di sanzione morale e di rimorso, che invano si cercherebbero nei delinquenti abituali, per tendenza congenita o per infermità di mente. Ed è per questo che l'ultimo capoverso dell'art. 124 non ammette

possibilità di prescrizione per le condanne a segregazione perpetua od a tempo assolutamente indeterminato od al manicomio criminale; giacché in questi casi le scarsissime probabilità di cessata pericolosità non possono costituire una norma generale e troveranno – nei casi eccezionali – riconoscimento mediante la grazia».⁸¹

Il capoverso riportato si conclude scartando in via generale la prescrizione per le condanne riferibili a quello che attualmente si definisce pena dell'ergastolo (o simili). Va sottolineato però un aspetto: nel *Progetto* considerato si sta parlando di impossibilità di prescrizione della condanna; nel Codice Rocco, invece, la terminologia cambia e si ha impossibilità tanto di prescrizione dei *reati* punibili con l'ergastolo, quanto di prescrizione della *pena* dell'ergastolo.

Questo connotato, oggi, potrebbe essere sfruttabile da parte di chi vede nella prescrizione del reato e in quella della pena un unico istituto con declinazioni diacronicamente e logicamente successive: «il fondamento dell'istituto è analogo a quello della prescrizione del reato nel senso che superato un lungo periodo di tempo senza che lo Stato si sia attivato, viene meno l'interesse della collettività a far scontare al condannato la pena a suo tempo inflitta [...] la pena dell'ergastolo non è soggetta a prescrizione».⁸²

Tale conclusione non è esente da dubbi al riguardo, dal momento che numerose sono le opinioni di coloro che ritengono che la prescrizione non possa non operare pure in questa sede.

1.2 Il reato oggi: l'importanza della sua dimensione temporale.

Tornando all'oggetto della nostra ricerca (la prescrizione del reato), occorre affrontarlo partendo da una nota squisitamente lessicale: l'appartenenza al novero delle *cause di estinzione del reato*.⁸³

Il reato è, quindi, il fulcro della prescrizione odierna e il rapporto che si instaura tra i due ha la sua essenza nello scorrere del tempo. Quando si parla di reato non si può eludere la questione temporale, la quale poi assume funzione caratterizzante in ambito

⁸¹ E. FERRI, *Relazione in Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano.

⁸² A. MOLARI, in G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, cit., p. 416.

⁸³ *Enciclopedia del diritto*, pp. 78 ss.

prescrizionale: il tempo pone reato e prescrizione in un rapporto di corrispondenza univoca, nel senso che la prescrizione non può essere intesa se non si comprenda anteriormente il ruolo della configurazione di una fattispecie criminosa a livello legislativo e della sua eventuale estrinsecazione nel materiale scorrere del tempo. Il risultato è la natura subiettiva del rapporto punitivo che si instaura fra reo e Stato (*Strafrechtsverhältnis*).⁸⁴ La ragione è che, pure nella configurazione del reato, il legislatore si mantenne fedele all'aspirazione tipica dello Stato fascista: fare giustizia a ogni costo. Come? Mettendo insieme due modi di concepire il tempo del reato: all'indietro, nella ricostruzione del fatto commesso; in avanti in direzione della disgregazione logica ed ontologica del fatto medesimo, rispetto alla quale la volontà di fare giustizia si concretizza, in questo contesto particolare, addirittura nella non punibilità del fatto compiuto: lo scorrere del tempo acquista un significato nel senso di non doversi punire, ergo la prescrizione (ove intervenga in modo legittimo) rappresenta uno strumento di attuazione della giustizia. Importante è specificare che di essa non si può fare un utilizzo indiscriminato; invero, non è infrequente che molti ravvisino nella prescrizione uno strumento che salvaguardi la ragionevole durata del processo, con evidente deformazione delle funzioni peculiari dell'istituto.

Considerati questi aspetti che non vanno sottovalutati, occorre dare una definizione di reato secondo la logica sottesa alla legge sostanziale del 1930, tenendo preliminarmente conto del contenuto ambiguo della Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo di Codice penale. Infatti, il principio ispiratore della nuova legge penale parrebbe quello per cui si devono conciliare opposte istanze punitive, tutelando lo Stato mediante la irrogazione di sanzioni penali repressive in senso stretto, e allo stesso tempo sottoponendo il reo ad un trattamento rieducativo e di riabilitazione sociale; rispetto a entrambe le prospettive emerge il ruolo inesorabile del tempo.⁸⁵

Il ruolo irrinunciabile assegnato alla dimensione temporale del reato – in ossequio al peso estintivo del rapporto giuridico-penale riconosciuto allo scorrere del tempo – è il principale fattore di innovazione del Codice Rocco, poiché esso inserisce la prescrizione tra le cause di estinzione del reato (e non più dell'azione penale), facendo sorgere il

⁸⁴ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, cit., p. 127.

⁸⁵ Stando alle parole del Ministro nella sua *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo Codice penale*, cit., p. 198 (v. *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 26 ottobre 1930, n. 251 (straordinario), 1727. – *Relazione e Regio decreto*, 19 ottobre 1930, n. 1398), il tempo rappresenterebbe una legge di natura dotata di eserciterebbe per natura un'azione corroditrice inesorabile.

quesito se non sia complice del presente assetto una nuova concezione scientifica sostanziale del reato.⁸⁶

In tal caso, la modifica sarebbe pensata in vista di una maggiore coerenza sistematica, impostando una disciplina globale per tutti quegli istituti in grado di estinguere il *jus puniendi* dello Stato, affinché si costruisca un sistema che aderisca alle più recenti elaborazioni dottrinali circa disciplina e definizione degli istituti caratterizzanti i due versanti del rapporto giuridico punitivo (*Strafrechtsverhältniss*): diritto-dovere di punire pubblico (o *jus puniendi*), mentre, per quanto concerne l'autore dell'illecito, nozione di reato, punibilità nonché del rapporto che si instaura tra i due.⁸⁷ Di conseguenza, l'innovazione del vocabolario non servirebbe ad altro se non a rendere più chiaro qualcosa che si conosceva già, dato che «le cause estintive riguardano il diritto di punire dello Stato, la sua pretesa giuridica all'applicazione della legge penale e della pena; insomma se esse si riferiscono al rapporto giuridico punitivo nascente dal reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promovimento dell'azione penale, la esigenza di una rettificazione della terminologia adottata dal Codice del 1889 appare pienamente manifesta».⁸⁸

La inedita centralità di questo fluire cronologico degli eventi è tuttora determinante nella descrizione strutturale del crimine in sé, favorendo chiavi di lettura più nuove e consone rispetto al ruolo che si attribuisce alla prescrizione del reato.

Per prima cosa occorre chiarire il rapporto sussistente fra tempo e reato e distogliere dal rischio di considerare queste due entità separatamente l'una dall'altra: se è vero che non va sottovalutata la differenza essenziale dei due, che rappresentano, rispettivamente, un'azione umana corporea ed un fattore immateriale, è altrettanto vero che il tempo manifesta il suo decorso soltanto nel momento in cui si cali concretamente nella vicenda criminosa, assumendo dimensione fisica e tangibile.

⁸⁶ Questo è un dato che emerge sia (ancora una volta) dalla *Relazione* del Ministro Rocco, sia dalle osservazioni di numerosi studiosi, tra cui A. JANNITTI PIROMALLO, nella sua opera *Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare*, Soc. An. Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928, pp. 135 ss.

⁸⁷ Come commenta S. SILVANI, *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, Il Mulino, Bologna, 2003, cit., p. 456, starebbero sotto al cappello del *jus puniendi* statuale tutte le "acquisizioni dogmatiche" relative all'azione penale ed alla potestà punitiva.

Sempre in quest'ottica si veda pure E. FASSONE, *La prescrizione del reato: interventi possibili*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. Atti del Convegno di studio E. De Nicola, Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, a cura del centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 2002, pp. 228-229.

⁸⁸ *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco*, cit., p. 198.

Da qui un quesito profondo, ma altrettanto scomodo da risolvere, soprattutto ove si voglia giustificare la risposta in ragione della natura che si vuole riconoscere alla prescrizione del reato (sostanziale ovvero processuale): è il reato ad avere struttura temporale o il tempo ad assumere dimensione fattuale?

Non si può trattare la questione in maniera sommaria o riduttiva: occorre, invero, prima di tutto chiarire distintamente che cosa sia questo “tempo” che incide sull’istituto prescrizionale e contemporaneamente in che cosa consista l’evento concreto chiamato “reato” che viene travolto dal succedersi cronologico di accadimenti reali.

Circa l’analisi del rapporto sussistente tra queste due entità si rinvia al § 3 di questo capitolo.

1.2.1 Il tempo nella prescrizione: operatività in via presuntiva e sua dimensione coscienziale.

Chiarita l’essenzialità del ruolo del tempo nell’istituto della prescrizione, occorre delineare in che cosa si esplica tale ruolo e soprattutto il perché della sua rilevanza.

In particolare, come già anticipato, le motivazioni di tanti dubbi (circa la definizione del tempo nella prescrizione penale) sono il frutto delle teorie contrastanti sulla natura dell’istituto in esame (sostanziale o penale?), e la genesi di tali perplessità sta nell’ambiguità – già sottolineata – della relazione ministeriale del nuovo progetto di codice: da circa un secolo, ormai, la sua essenza resta equivoca, conducendo ad aspri dibattiti anche in ordine al suo aspetto cronologico.

In generale, giungendo ad una conclusione tendenzialmente neutra, si può sostenere, avvalendosi d’una ricostruzione abbastanza efficace, che la prescrizione del reato opera in modo presuntivo.

Nello specifico, si tratta di presunzione temporale.⁸⁹ Tale connotato è tale da conferire alla prescrizione carattere personalistico, al punto da calarsi non solo nella dimensione fattuale delle vicende criminose, ma persino in quelle interiori dell’uomo: esso, a sua

⁸⁹ F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere, Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pp. 8 ss.

volta, percepisce il fluire dei fatti in maniera coscienziale, avendo cognizione diretta delle vicende che lo coinvolgono, sia quando è reo sia quando è vittima.

Tale presunzione (temporale) presenta peculiarità che concorrono a distinguerla da altre analoghe, ma aventi carattere composito; infatti, l'inferenza che sta a fondamento della prescrizione può essere inserita nel novero delle presunzioni legislative, ossia di quelle che – a differenza delle giudiziali – non abbisognano di ulteriori apprezzamenti al fine del loro perfezionamento, bensì si riferiscono ad effetti che il legislatore può prevedere *ex ante*. Questa peculiarità è determinata da un connotato tipico del tempo prescrizione: per il solo fatto di scorrere, qualora si raggiunga un determinato limite, il tempo è in grado di eliminare qualsivoglia correlazione tra un fatto di reato e la conseguente punibilità. Come la costruzione della fattispecie criminosa, così anche la disgregazione di questa (la quale addirittura si estingue al punto da divenire ingiustificata la sua eventuale successiva sanzione) si realizza per via del mero scorrere dei giorni, senza che siano necessari ulteriori elementi che contribuiscano a qualificare il rapporto di causa-effetto tra delitto e punibilità, rapporto che lo scorrere del tempo è da solo in grado di erodere fino a scomparire; anche in tal guisa è legittima allora la definizione di tempo “coscienziale”: è un tempo che produce effetti giuridici in sé e per sé, senza bisogno di specificazioni di qualsivoglia natura.

Con una metafora, si tratta di tempo “in atto”, non soltanto in potenza. In tal guisa essa acquisisce carattere tangibile ed assume pregnanza nelle varie misure che l'ordinamento giuridico penale appronta ai fini di prevenzione generale e speciale.

La calata materiale del tempo (astratto) nel fatto di reato (reale) si giustifica tenendo conto che il crimine, per quanto evento sensibile, rileva – ai fini preventivi – *in primis* come fatto sociale, a patto tuttavia che non si trascenda in quelle interpretazioni che ascrivono al tempo un influsso assoluto.

Nella criminalistica del secolo XIX ciò poteva accadere con una certa facilità, dal momento che si enfatizzava oltre il giusto una allegoria della quale ci si avvaleva per spiegare la valenza obliante della prescrizione penale. Tale figura retorica, molto suggestiva, consisteva nell'attribuire al tempo energia corruttiva anche rispetto al reato: inverosimilmente, essendo considerato il tempo una forza capace di scalfire qualunque cosa, non sarebbe stato coerente considerarlo impotente dinanzi al reato.

Il rischio di considerare questo assunto come affatto vero, risale ad un altro equivoco, avente la sua origine nell'errore, a monte, di valutare il reato come entità corporea anziché come fatto sociale:⁹⁰ «Conseguentemente, la giustificazione razionale della prescrizione penale – il motivo, cioè, che ha suggerito, sin dai tempi antichi, di limitare retrospettivamente i fatti da assoggettare a pena – va ricercata, non tanto nella forzata assimilazione del reato alla realtà corruttibile, quanto nello *status* temporale delle norme penali, le sole in grado di produrre quell'*ente giuridico* su cui incide il meccanismo prescrizionale».⁹¹

Resta ora da chiarire perché questa ricostruzione in senso coscienziale della prescrizione penale sia quella che meglio si giustappone alla definizione del reato e della sua struttura: in via generale, si ritiene accettabile la formula per cui la prescrizione è istituto di durata (*Zeitdauerbegriff*) fondato su una relazione temporale (*Zeitrelationsbegriff*) avente finalità di delimitare gli effetti giuridici (*Zeitgrenzenbegriff*). In particolare, nel diritto penale, la prescrizione dà rilevanza al trascorrere di un lasso di tempo prestabilito dal momento della commissione del reato, indicando in tal modo il limite oltre il quale viene meno la punibilità.⁹²

Il tempo e la coscienza si perfezionano nel loro incontro in seno all'istituto della prescrizione penale non perché il tempo, nel suo fluire, metta insieme (collegandoli) fatti concreti, bensì perché (scorrendo) divide il tempo della commissione del crimine da quello della sua punizione, procurando un divario tale per cui svanisce qualsivoglia rapporto tra i due. Il tempo, calandosi nel fatto, assume sì valore dinamico-procedurale in sé, ma, al contempo, attribuisce al fatto la consistenza materiale che altrimenti non avrebbe avuto e che sarebbe rimasta latente.⁹³

Si può allora effettuare una duplice deduzione: innanzitutto, la sussistenza di riflessi personalistici prodotti dallo scorrere del tempo sulla prescrizione; dopodiché, la

⁹⁰ Fatto sociale che, giuridicamente parlando, si manifesterebbe nella non conformità dell'agire umano alla norma.

⁹¹ F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 15, 16.

⁹² F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 8, 9; negli stessi termini si esprime G. STEA, *L'ultima prescrizione*, pp. 237 ss., anche se si riferisce nello specifico al versante special-preventivo della sanzione penale.

⁹³ «Nella sua nudità, il tempo dà rilevanza all'immobilità, all'inerzia, all'assenza di una qualsiasi (e pur possibile) fattualità. Ma il tempo "nudo" non è privo di significato: evidentemente, il suo trascorrere quieto anima e legittima presunzioni giuridiche di marca legislativa, in quanto astratte e ipotizzabili *ex ante*. In ciò, il meccanismo prescrizionale si distingue da altri *Zeitdauerbegriffe*, la cui operatività abbisogna invece di apprezzamenti giudiziari (si pensi, per esempio, alla "permanenza" nei reati di durata», così F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 9.

indefettibilità del tempo a livello generale nella realtà sensibile. La indispensabilità del tempo è qualcosa di logico ancor prima che empirico, dal momento che è noto che non vi è fatto senza tempo, ovvero – per utilizzare un’elocuzione più raffinata – la dimensione temporale viene prima di quella materiale. Il movimento avviene nel tempo e grazie al tempo; in assenza del tempo, si annulla pure lo spazio, il quale esiste in quanto creato nella esplicazione dei fatti all’interno di mo(vi)menti cronologicamente successivi.⁹⁴ Proprio così, allora, accade pure per il reato e per tutto quello che avviene dopo, poiché il reato è anch’esso qualcosa di tangibile e il tempo, preso nella sua essenza primordiale, rende possibile il crimine (prima) e ne favorisce lo sgretolamento (poi). Il tempo è una sorta di energia vitale che non si crea e non si distrugge, ma che, come esso permette il venire in essere dei fatti, creati tali fatti, questi ultimi non restano eternamente incorruttibili, bensì sono destinati alla continua modificazione dovuta al movimento del tempo, la cui inesorabile continuità, comporta, una volta raggiunta la perfezione della fattispecie forgiata – l’altrettanto inevitabile disgregazione, relegando nell’oblio ciò che era tangibile.

È su questo meccanismo che si concentrano le polemiche, stando, da una parte, coloro che ritengono che effettivamente il reato si dissolva come se non ci fosse mai stato, mentre, dall’altra, coloro che negano il venire meno di un fatto materialmente esistente e, quindi, a sfumare sarebbe soltanto la facoltà di perseguirlo in quanto l’episodio è caduto nell’oblio (e, quindi, è scivolato nel disinteresse della collettività, ergo dello Stato). Oltrepassato un certo limite, la pretesa punitiva dello Stato si dissolve e cade il suo diritto di punire, in quanto la punibilità è venuta meno. Il tempo è il demiurgo di tutto, che, come inizialmente dà sostanza all’evento che la legge qualifica come criminoso, altrettanto – con il passare dei giorni, dei mesi, degli anni – esso priva gradatamente quell’accadimento della considerazione di cui il medesimo godeva al momento in cui fu posto in essere, con un decrescendo che, trascorso un certo arco temporale, si riduce al punto da perdere qualsivoglia consistenza.

⁹⁴ Qui ritorna il pensiero kantiano nella sua *Kritik der reinen Vernunft* (*Critica della ragion pura*), nella quale il filosofo spiega in che senso il tempo e lo spazio, quali forme sensibile della conoscenza vengono prima di tutto il resto e come tra i due ad essere prioritario è proprio il tempo.

La inflessibilità della pregnanza dell'elemento temporale rispetto al fatto di reato si traduce nella indisponibilità della prescrizione medesima, il che la distingue dalle altre presunzioni.⁹⁵

La conseguenza pragmatica è che la prescrizione non ammette prova contraria, pur non essendo presunzione assoluta, ma relativa. Il tempo, infatti, non può non aver consistenza relativa e il reato non può essere approcciato se non con contegno relativistico. Altrimenti detto, stante la ineliminabilità del tempo, la prescrizione del reato assume carattere procedimentale, dato che essa opera a prescindere dalle caratteristiche del reato in senso stretto: come già detto, il tempo, preso nella sua nudità, è tale da operare a prescindere da qualsivoglia altro fattore, procurando tuttavia conseguenze significative solo ove non lo si consideri in termini supremi e incondizionati, ma relativi: il tempo, per quanto inesorabile, si adatta momento per momento al contesto socio-culturale in cui si cala; ecco perché, come già anticipato e come verrà meglio chiarito in sede di trattazione delle funzioni preventive della pena, il reato rileva a sua volta nella propria connotazione di "fatto sociale".⁹⁶

Ancora una volta tutte queste riflessioni torneranno utili circa la natura della prescrizione, che, in base a quanto rilevato, potrebbe assumere valenza processuale (visto il carattere probabilmente procedimentale), ma, contemporaneamente, pure sostanziale (stante la sua relatività e adattabilità alla fattispecie concreta).

⁹⁵ Si vedrà in seguito come la indisponibilità della prescrizione sia in realtà messa in dubbio da molti, in quanto – su impulso di una sentenza della Corte Costituzionale – venne introdotta la facoltà del beneficiario della prescrizione di rinunziarvi (art. 157, penultimo comma, c.p.).

In ogni caso a noi pare che, a prescindere dalla natura che si vorrà riconoscere all'istituto, l'interesse speculare dello Stato e fare giustizia e tutelare la collettività non è in alcun modo disponibile, quindi nemmeno la prescrizione dovrebbe esserlo: «Alla constatazione che è trascorsa la quantità di tempo prevista dalla legge si riconnettono effetti giuridici in linea di principio indisponibili (l'eccezione è costituita dal prevalente interesse dell'imputato a un accertamento di merito, sperabilmente assolutorio), che si coordinano con il carattere invincibile della presunzione legislativa. Un dato, quest'ultimo, che distingue la prescrizione da altre presunzioni temporali, le quali ammettono invece prova contraria (si pensi, per esempio, alla presunzione di imputabilità penale collegata al raggiungimento della maggiore età, ex artt. 85 c.p. ss.)». Si veda F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 9.

⁹⁶ Torna di nuovo il pensiero di F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, ai sensi del quale: «la prescrizione, infatti, si relaziona all'accaduto inteso nella sua "apparente" dimensione sociale, senza legare la propria sorte all'esatta, ma particolare, consistenza giuridica del fatto. Tant'è vero che il beneficiario, per riaffermare il proprio individuale interesse ad una più ampia soluzione liberatoria, è tenuto appunto a disinnescare, *uti singulus*, il meccanismo prescrizionale; il quale, altrimenti, definirebbe in modo irrevocabile il significato del fatto concreto per l'ordinamento». Cit., p. 37.

1.2.2 Struttura tripartita o quadripartita del reato: collocazione della punibilità.

Descritto l'elemento che per primo interviene a forgiare l'istituto della prescrizione del reato, è d'uopo dare una panoramica della modalità con cui il tempo (elemento astratto) e il fatto (accadimento concreto) entrano in relazione, dando vita alla vicenda estintiva di cui ci stiamo occupando.

Come già rilevato, l'azione sgretolatrice del tempo ha la sua sede principale nella punibilità: l'incisività della componente temporale è causa del venire meno del diritto-dovere di punire.

Coerentemente con questa premessa, ci si interroga sulla posizione da conferire alla punibilità nella struttura del fatto di reato: stante la essenzialità di tipicità, antigiridicità, colpevolezza, si configura una struttura tripartita o quadripartita a seconda che a questi elementi indefettibili si aggiunga o meno anche la punibilità. Addirittura, persino tra i sostenitori della teoria della quadripartizione del fatto di reato si distinguono orientamenti contrastanti a seconda che si voglia vedere la punibilità – per quanto essenziale – come una entità a parte e, quindi, sullo stesso piano delle altre tre, oppure come qualcosa di esterno rispetto al nucleo della fattispecie e, dunque, in grado di manifestarsi in diverse sfaccettature.⁹⁷

È verosimile che la causa (ancorché non necessariamente l'unica) della difficoltà di giungere ad una opinione unitaria circa la posizione della punibilità rispetto al reato sia da rinvenire nella ambiguità del sistema sanzionatorio stilato dal Codice Rocco, ossia del sistema del c.d. “doppio binario”. Invero, soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si è assistito a una confusione via via crescente circa le funzioni delle sanzioni penali, con conseguente imbarazzo nel definire in maniera chiara e precisa il ruolo da attribuirsi alla pena in senso stretto.

Proprio in questo contesto si inseriscono pure le vicende inerenti all'istituto prescrizione: come si vedrà a breve, a ragione del diverso fine teleologico che si

⁹⁷ «A dover essere in primo luogo ricordate ai fini dello svolgimento dell'indagine, sono quelle concezioni che non rinunciano ad inserire nella “teoria del reato” la stessa dimensione “punitiva”, e che possono suddividersi, con qualche approssimazione, in due posizioni teoriche, peraltro in certa misura contigue: la prima, favorevole all'inserimento di connotati aggiuntivi denotanti un apprezzamento, vuoi in termini “assiologici”, vuoi di carattere “teleologico”, rispetto ai requisiti del fatto, dell'antigiuridicità, e della colpevolezza; la seconda favorevole, piuttosto, a concepire come “quarto” elemento del reato la punibilità *tout court*, in guisa di opportunità del punire alla luce delle condizioni da cui l'ordinamento [...] venga a far dipendere l'inapplicabilità della sanzione». Così si esprime G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, cit. p. 2.

imprime agli strumenti sanzionatori, cambia pure il significato da riconoscersi alla prescrizione.

Limitandosi ora alla questione concernente la posizione della punibilità, ci si accorge che, essendo stata dimostrata la dipendenza della sua qualificazione dal ruolo che si vuole riconoscere alle pene, si configura un parallelismo con il funzionamento del meccanismo prescrizionale; in altri termini, la stessa prescrizione potrebbe assumere valore diverso a seconda della funzione attribuita alla punibilità.

Ciò risulta particolarmente vero se ci si affida alle ricostruzioni dei sostenitori della struttura quadripartita del fatto-reato, in quanto trattasi di argomentazioni che giustificano in maniera soddisfacente la qualificazione della punibilità quale elemento essenziale del nucleo dell'illecito penale in ragione delle funzioni che l'ordinamento politico-criminale attribuisce alla pena.

Ha senso vedere nella punibilità un elemento costitutivo del reato nella misura in cui essa si rappacifica con il contenuto del reato, cosicché la pena dispiega la propria efficacia sul reato in maniera dialettica e dinamica, quindi non aprioristica e arbitraria.⁹⁸ La valenza teleologica della pena si realizza nel tempo, rendendo necessaria la verifica della sussistenza del rapporto di causa-effetto tra reato e pena. Tale controllo deve essere compiuto dalla autorità procedente, in ossequio al principio di efficacia.⁹⁹ Diversamente, i sostenitori della tripartizione della struttura del reato tendono ad interpretare la norma

⁹⁸ Si veda a tal proposito G. DE FRANCESCO, *Punibilità*: «In tanto la punibilità si presta a fare il suo “ingresso” nel reato, in quanto essa venga a riacciarsi agli stessi profili inerenti al suo contenuto. [...] La funzione della pena viene a irradiarsi sulle “sorti” del suo stesso oggetto di riferimento – il reato appunto – inducendo a valutarne spessore e consistenza in modo da “preservare” la *ratio* della punibilità in guisa di relazione dialettica nella quale la predetta funzione ha (e deve avere) modo di manifestarsi. Correlativamente non può sorprendere, allora, che, come la pena vede attualizzata la sua funzione col neutralizzare quella componente negativa dell'illecito che traluce dall'insieme dei suoi requisiti, così, ed all'opposto, la pena stessa finirebbe, per così dire, col “girare a vuoto” ogni qual volta tale componente venisse meno, in quanto, data l'inconsistenza degli effetti cui la punibilità è collegata, anche la ragione per la quale detta funzione dovrebbe venire attivata risulterebbe inafferrabile [...] La funzione della pena, una volta valutata in rapporto al fatto da prevenire, dovrà, in altri termini, continuare ad illuminare il percorso dell'illecito, sì da farne emergere anche “diacronicamente” la *ratio puniendi* nel suo porsi e “riproporsi” in concreto nel quadro della vicenda in cui quella funzione attende di trovare un perdurante riconoscimento. [...] il test di rilevanza del fatto non potrà prescindere da un'apposita verifica – da parte dello stesso organo procedente – di quella fondamentale correlazione. [...] esaminare e specificamente motivare, in altri termini, in quale misura e sotto quali aspetti il finalismo “pratico” della sanzione possa ritenersi, eventualmente, non più ravvisabile in virtù del predetto confronto tra la dimensione complessiva dell'illecito e la mancanza di un interesse attuale a punirlo nelle circostanze date». Cit., p. 62-63 e 71-72.

⁹⁹ Il principio di efficacia (causa-effetto), insieme a quello di efficienza (mezzo-fine) connotano il rapporto tra l'illecito penale e la sanzione da applicare, e rappresentano manifestazioni particolari del più ampio principio del giusto processo, con riferimento preciso alla sua ragionevole durata; di questo parla C. MARINELLI, in *Ragionevole durata*, p. 39.

che disciplina l'istituto delle condizioni di punibilità in maniera letterale e limitata: quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto (art. 44 c.p., rubricato "Condizioni di non punibilità"). Coloro che leggono pedissequamente la disposizione citata, ritengono che essa ammetta «la possibilità che un reato sia configurabile e sia già perfetto a prescindere dalla sua (concreta) punibilità [...] la condizione obiettiva di punibilità rispecchierebbe valutazioni pratiche di convenienza, che hanno a che fare soltanto con l'effettiva necessità di punire un fatto di per sé già riprovevole per l'ordinamento».¹⁰⁰

Tale condizione è, allora, un qualcosa di più, un *quid* che si aggiunge ad una fattispecie già compiuta; è qualcosa di integrativo rispetto ad un fatto già in sé meritevole di pena, con il risvolto che le condizioni obiettive di punibilità acquisiscono una doppia rilevanza, che è sincronicamente di contenimento e di garanzia: lo scopo è di scongiurare il rischio che la punibilità venga accertata arbitrariamente dall'autorità procedente e in più che si rispetti il principio di legalità.¹⁰¹

Ciononostante, le argomentazioni fornite fin qui non convincono del tutto, per quanto autorevoli: esse affermano la stretta correlazione sussistente tra le finalità politiche attribuite dal sistema alla pena, ammettendo quindi – seppur implicitamente – la indefettibilità della punibilità, altrimenti la operatività della pena si svuoterebbe di significato.¹⁰² Una faccenda di non poco conto e, di fatto, ancora irrisolta, visto che la disciplina codicistica tende a «creare una cesura tra reato e pena, sotto la spinta di una molteplicità di esigenze e di obiettivi sul piano politico-criminale, per quanto non sempre dotati di un sicuro fondamento di legittimazione».¹⁰³

¹⁰⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 821.

¹⁰¹ Tornando ancora sul contributo degli autori G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, emerge che «da questo punto di vista, l'introduzione legislativa delle condizioni obiettive di punibilità svolge, dunque, una duplice funzione: una funzione di delimitazione o riduzione della rilevanza penale di determinati comportamenti (nel senso di prevederne una punibilità non incondizionata, ma subordinata al verificarsi di circostanze ulteriori) e, nel contempo, una funzione di garanzia connessa al rispetto del principio di legalità. [...] È questione prevalentemente dogmatica, priva di conseguenze pratiche». Cit., p. 820-821.

¹⁰² Vi è un primo accenno a ciò che si approfondirà nel capitolo seguente sempre in tema di punibilità, ovverossia il rapporto tra la "pena in potenza" e la "pena in atto", ricalcando la metafisica aristotelica e concretizzandosi a livello di diritto penale sostanziale nella differenza tra *Norm* e *Strafgesetz*, norma e diritto penale.

¹⁰³ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., p. 1.

1.2.3. Rapporto tra prescrizione e punibilità: specularità del rapporto tra prescrizione e pena.

Chiarita la differenza di fondo tra queste due visioni del reato, e accolta quella favorevole al modello quadripartito, occorre procedere a chiarire il nesso che sussiste fra la conformazione dell'illecito penale e la natura della prescrizione. In particolare, in che senso quest'ultima è influenzata dal ruolo che la punibilità assume nello schema astratto dei fatti costituenti un crimine.

In questi termini rilevano soprattutto le ricostruzioni di coloro che argomentano tale quadripartizione proprio sulla base di disposizioni afferenti all'istituto della prescrizione.¹⁰⁴

Infatti, la prescrizione estingue il reato e così estingue la punibilità.

Ragionando *a contrario*, allora, a seconda che le condizioni di non punibilità vengano inserite all'interno della struttura del fatto di reato o meno, si arguisce quale sia la natura da attribuire alla prescrizione.

Ad esempio, vi è chi si fa portatore di una concezione quadripartita della struttura di reato, poiché vede nella punibilità un elemento indefettibile ai fini della operatività dello scorrere del tempo prescrizione.¹⁰⁵

Tirando le somme, dunque, il minimo comun denominatore, consistente dalla funzione attribuita alla pena dall'ordinamento giuridico (nonché dalle scelte di politica criminale) e accomunante la punibilità (precisamente, la sua collocazione all'interno del reato) e la prescrizione, è conferma del nesso imprescindibile sussistente tra la collocazione della punibilità e la natura della prescrizione.¹⁰⁶

Pur nella linearità di questo ragionamento, emergerà che, a dire il vero, non è detto che gli studiosi sostenitori della struttura tripartita del reato abbiano necessariamente una visione processualista della sua prescrizione, così come non si deve dare per scontato che

¹⁰⁴ A tal proposito si ricordi G. BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte generale*, Terza edizione interamente riveduta, aggiornata e accresciuta, Cedam, Casa editrice Dott. A. Milani, Padova, 1949. il quale a tal fine utilizza l'art. 93 del Codice Zanardelli (norma che all'epoca veniva utilizzata per giustificare la natura processuale della prescrizione).

¹⁰⁵ G. BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte generale*.

¹⁰⁶ Per un approfondimento sulla politica criminale si vedano S. BAHLMANN, *Rechts- oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzauslegung und -anwendung*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) – Band 20, Nomos, Baden-Baden, 1999; W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rechtswissenschaften, Studium, Koblenz, 2022.

ad una lettura inclusiva della punibilità nel fatto illecito corrisponda una concezione sostanzialista dell'estinzione per decorso del tempo.

Vi sono casi di studiosi autorevoli che, per esempio, convinti sostenitori della tripartizione del reato, vedono in questa specifica vicenda estintiva un evento in tutto e per tutto sostanziale.¹⁰⁷

Orbene, a prescindere dalle diverse modalità di ancorare la natura che si vuole attribuire alla prescrizione al ruolo accreditato alla punibilità, emerge chiaro lo stretto legame che intrinsecamente avvince proprio la punibilità alla prescrizione. Quest'ultima è causa del venir meno della punibilità, è ad essa speculare, ergo le funzioni tipiche della pena, la quale altro non è che lo strumento di esercizio del diritto punitivo (da non dimenticare che il "diritto penale" è, letteralmente, il "diritto della pena") sono anche le funzioni della prescrizione, la quale è, dal canto suo (come chiarito *supra*) strumento di attuazione della giustizia.

Di conseguenza, occorre definire quali sono le prerogative tipiche della sanzione penale e quindi della prescrizione.

Tale analisi va effettuata partendo dalle disposizioni normative che fondano il legame tra due istituti apparentemente contrapposti (uno che punisce, l'altro che opera laddove non si può più punire), ma che in realtà godono della medesima *ratio*, in quanto pensati ed orientati all'adempimento di un ufficio simile.

Conseguenza è che le disposizioni del testo costituzionale che si riferiscono alla prescrizione sono le medesime che delineano le funzioni della pena, trasferendo pure in capo agli effetti dello scorrere del tempo dopo il reato le medesime esitazioni caratterizzanti la disciplina del doppio binario.

Nell'indagare sul nesso che sussiste tra pena e prescrizione non bisogna in alcun modo tralasciare due fattori peculiari: la relatività della pena e la qualità di presunzione temporale della prescrizione.

Dalla irrinunciabilità di questo legame deriva che gli effetti estintivi e materiali dello scorrere del tempo acquisteranno significato in relazione al posto occupato dalla pena rispetto all'evento criminoso, assumendo una duplice qualificazione a seconda del punto di vista dell'osservatore: invero, la prescrizione assume (rispetto al reato), sia

¹⁰⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, 16^a ed., L. CONTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, p. 122; Antolisei è, peraltro, tra quei sostenitori della teoria sostanzialista che riconoscono che il reato non può essere materialmente fatto venir meno.

valore intrinseco sia valore estrinseco;¹⁰⁸ in relazione a questo secondo aspetto ci si riferisce alla struttura di reato ed alla collocazione della prescrizione nell'area della *non punibilità*.

La relatività della sanzione si trasferisce quindi pure sulla prescrizione, che, a sua volta, si pone in un rapporto di diretta proporzionalità con il valore che un certo ordinamento dà alla pena in base alle proprie scelte di politica criminale; scelte, che, per quanto discrezionali, non potranno andare oltre i limiti costituzionali che di volta in volta si pongono dinanzi al legislatore penale (*in primis*, la tutela della libertà e della dignità umana).¹⁰⁹

Il carattere relativo della prescrizione è allora qualcosa di ineludibile e la cui sottovalutazione porta solo ad interpretazioni abnormi ed azzardate: si tratta di un carattere talmente pregnante, che essa (la relatività) la si incontra su due piani: normativo e pragmatico. A livello normativo – come già chiarito, per questioni di opportunità politiche; ciò rivela il carattere utilitaristico della prescrizione, in vista dei fini altrettanto utilitaristici che la sanzione penale assume. A livello pragmatico, nel senso che il tempo prescrizione non è eterno, ma opera calandosi entro segmenti temporali circoscritti: il tempo non va considerato aprioristicamente come un'entità imperitura e intangibile, ma, al contrario, come qualcosa che è destinato ad acquisire concretezza e ad incontrare a sua volta una fine; la prescrizione è, invero, un limite, un margine oltre il quale il reato si considera estinto. La prescrizione è il limite oltre il quale la finalità della sanzione determinata in astratto dal legislatore è esaurita, il limite, cioè, soverchiato il quale, il tempo si arresta e consolida una situazione di fatto che si è inverteva nello scorrere dei giorni, dei mesi, degli anni.

Se si rinuncia ad a una visione assolutistica, si nega quanto affermato dai sostenitori della esclusiva retributività della sanzione;¹¹⁰ viceversa, se si prescinde dalla

¹⁰⁸ Ad evidenziare questa interpretazione è G. STEA, *L'ultima prescrizione*, per cui il valore intrinseco sarebbe dovuto al fatto che il tempo necessario a che il reato si prescriva è «stimato sull'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, al pari di quanto accade per la determinazione della pena edittale», cit. p. 222, mentre il valore estrinseco dipenderebbe dal fatto che la prescrizione ha fondamento nella pena.

¹⁰⁹ «Dalle funzioni della pena dipende la fisionomia dell'intervento punitivo nel suo complesso [...] la prescrizione introduce un limite alla punizione in concreto, ossia alla repressione di singoli fatti storici considerati nella loro unicità e irripetibilità». F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., pp. 21-22.

¹¹⁰ Ritorna G. STEA, *L'ultima prescrizione*, che è a sua volta convinto della fralezza di una interpretazione assolutistica dell'istituto: «la pena è *Selbstzweck* e non strumento di altri fini e, dunque, il tempo non deve avere alcun significato ostativo all'applicazione della punizione», cit., p. 223.

dimensione personale della pena e della prescrizione, si finisce per pianificare il sistema con approccio autoritario,¹¹¹ strumentalizzando la vicenda che si ha davanti agli occhi come se si trattasse delle pedine di un gioco da tavolo, o come se fossero solo delle tessere di un puzzle da incastrare.¹¹²

2. Rapporto tra la disciplina del Codice Rocco (1930) e la sopravvenuta Costituzione (1948).

Conciliare questi due corpi normativi di epoche successive non fu semplice, segnatamente perché si ebbe una legge successiva di rango sovraordinato alla precedente. Le ripercussioni furono spesso negative, a partire da alcuni autori che continuarono a dare prevalenza alla legge ordinaria, interpretando la Costituzione alla luce del Codice penale del 1930, con un grave capovolgimento del peso delle fonti del diritto.

Il problema principale è dato dalla difficoltà di conciliare il sistema del doppio binario del '30 con una disposizione specifica, l'art. 27, 3° comma Cost.: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Fu questa la massima che più di ogni altra alterò l'equilibrio sussistente tra le funzioni attribuite alle sanzioni penali dal Codice Rocco.

Al fine di comprendere pienamente questa trasformazione è necessario fare un passo indietro e analizzare i vari stadi evolutivi della vicenda normativa che accomuna le funzioni della pena e quelle della prescrizione; si tratta di un modo di procedere obbligato,

¹¹¹ *Enciclopedia del diritto*, pp. 79 ss.: anche alla prescrizione va riconosciuto il carattere di proporzionalità che è assertivamente attribuito alla sanzione penale.

La proporzionalità, dunque, è rapporto che equilibra non solo tra entità della pena (dovuta, a sua volta, dalla gravità del reato, ai sensi dell'art. 157 c.p.) e tempo necessario a prescrivere, ma è principio che ritorna pure nella concezione della pena in sé, nel senso di pena che non sia strettamente retributiva, bensì ragionata in base al crimine da sanzionare.

¹¹² La presa di consapevolezza della portata personale del processo non è scontata, nemmeno per i maggiori giudizi di portata umanitaria. In molti hanno riflettuto su questo aspetto, come anche lo scrittore nonché avvocato F. von Schirach, ne *Il caso Collini*: «Ma a Caspar Leinen accadde qualcosa di ancora diverso: per anni era stato ad ascoltare i suoi professori, aveva studiato le leggi e le relative spiegazioni, aveva cercato di capire il processo penale, ma solo oggi, solo presentando la propria istanza, capì che in realtà (il processo) riguardava qualcosa di completamente diverso: l'essere umano offeso».

soprattutto se si considera che in Costituzione mancano riferimenti espliciti alla prescrizione penale; come si vedrà, il fondamento della stessa è desumibile ancora una volta da principî che si riferiscono alla pena, come, ad esempio, la sua funzione rieducativa (art. 27, 3 Cost.), la irretroattività della norma penale (art. 25, 2 Cost.) e la ragionevole durata del processo (art. 111 Cost. come riformato nel 1999). Circa tali disposizioni occorre poi chiarire l'effettivo rapporto di queste con l'istituto della prescrizione, visto che – mancando riferimenti espliciti a questa – non è infrequente che si traggano conclusioni incoerenti con la *mens legis*.

Specificamente, il *focus* dell'indagine deve focalizzarsi sui cambiamenti caratterizzanti la funzione della pena, dimostrando poi come queste si estendano pure alla prescrizione, con tutto quel che ne consegue. Onde orientare tale percorso in maniera il più proficua possibile, occorre tenere conto, da un lato, circa la pena, della mutevolezza del concetto di sanzione penale, mentre, in rapporto alla prescrizione, della sua natura di presunzione temporale. In esito a tale analisi, non solo saranno formulabili conclusioni sul come la prescrizione si innesti coerentemente nel ruolo rieducativo che attualmente il nostro ordinamento riconosce alla sanzione penale, ma anche sarà possibile dedicarsi proficuamente alle debite riflessioni in tema di natura della prescrizione del reato.

2.1 Funzioni della pena: repressione e/o rieducazione?

Il termine sanzione penale tratteggia un concetto variabile in base al contesto politico-culturale e dell'evoluzione scientifica; ad essere modulati da questi elementi sono non solo i fini della pena, ma anche le modalità di realizzazione di questi fini; peraltro, non è infrequente che la sanzione penale nei sistemi moderni rappresenti una nozione ben più ampia della pena tradizionalmente intesa, in quanto include anche le misure di sicurezza (dotate, a loro volta, di una propria funzione).

Il nostro sistema sanzionatorio, ad esempio, viene definito “binario” poiché contempla sia le pene sia le misure di sicurezza e, addirittura, ammette che ad uno stesso soggetto vengano applicate entrambe. A contribuire allo sviluppo di tale marchingegno fu, *in primis*, lo scontento generale che si registrava nel continente europeo allorché si

iniziava a percepire l'insufficienza degli strumenti repressivi dell'Ottocento liberale; ciò contribuì a dar vita ad una legge penale dotata di caratteri tipicamente autoritari, i quali propugnavano l'immagine di uno Stato che fosse in grado di garantire ad ogni costo la lotta alla criminalità. Questo contesto favorì a sua volta lo sviluppo in questo senso del regime politico italiano dell'epoca, il quale sostituì ai connotati dello Stato di diritto quelli afferenti agli ideali di "Stato forte". Alla base vi era l'idea che lo Stato dovesse garantire a tutti i costi l'integrità dell'ordinamento, reprimendo sì i comportamenti contrari al medesimo, ma, allo stesso tempo, adoperandosi per la riabilitazione dei responsabili; il tutto sulla scia delle tendenze tanto politiche quanto dottrinali dell'Europa del primo dopoguerra.

Per superare l'inefficienza di un sistema di mentalità strettamente retributiva e addensato attorno ad uno strumento sanzionatorio repressivo, iniziarono a manifestarsi stimoli significativi verso una bipolarizzazione del sistema sanzionatorio: prevenzione generale e prevenzione speciale, cui corrispondono, rispettivamente, la pena e la misura di sicurezza (in direzione della repressione/retribuzione da un lato, della rieducazione dall'altro). Relativamente a questo ultimo aspetto, di non minor importanza fu l'influenza dell'esigenza di superare l'annoso conflitto tra la scuola classica e la scuola positiva; invero, una era orientata nel senso di inflizione di una pena retributiva, mentre l'altra nel senso di una pena adattata caso per caso al tipo di delinquente (con correlato trattamento terapeutico qualora il delinquente fosse recuperabile, neutralizzante laddove, al contrario, si trattasse di delinquente irrecuperabile); pertanto, la scuola positiva occupa uno stadio più progredito in paragone alla concezione liberale della scuola classica, la quale ha come presupposto l'esistenza del libero arbitrio, ovvero di una pena irrogata a priori a prescindere dai tratti intersoggettivi del colpevole¹¹³. Il sistema del "doppio binario" nacque in conseguenza di questi impulsi; esso era pensato per una distribuzione della attività sanzionatoria in direzioni opposte: esso si trovava in linea – rispettivamente – per un verso con la prevenzione generale, ovvero con fini di intimidazione (stimolata dalla minaccia della pena e dall'esempio punitivo) e soddisfazione (che «deriva al pubblico dalla applicazione della pena ed ha valore strumentale rispetto alla prevenzione generale

¹¹³ In tal senso, G. FIANDACA, E. MUSCO *Diritto penale*, p. 739.

in senso stretto, data appunto dalla intimidazione»);¹¹⁴ per altro verso, con la prevenzione speciale, attuata invece grazie all'introduzione di una nuova figura, la misura di sicurezza; essa rappresenta uno strumento elastico, adattabile a ciascun delinquente, caso per caso, in ragione delle caratteristiche psicologiche dello stesso; l'applicazione delle misure di sicurezza, infatti, non è orientata alla punizione del reo, bensì alla sua rieducazione.

È evidente il carattere compromissorio di questo sistema coagulato attorno al modello del "doppio binario", il quale riproduce nella sua struttura "doppia" i vari tentativi di conciliare esigenze contrapposte che si manifestarono nel corso dei decenni antecedenti alla sua promulgazione.

Ben presto, tuttavia, tale sistema dimostrò la propria fragilità: il più grande contraccolpo lo subì solo 17 anni dopo la sua entrata in vigore (1° luglio 1931), a cagione della sopravvenuta Costituzione repubblicana (vigente dal 1° gennaio 1948): si assisté non solo al mutamento del modo di concepire la pena in sé, ma anche e soprattutto all'inasprimento della porosità del confine tra la funzione di prevenzione generale e quella di prevenzione speciale; se, invero, nella formulazione originaria del Codice penale (nonostante le esigenze conciliative che gli diedero vita) gli strumenti rispettivamente addetti alla soddisfazione delle due forme di prevenzione erano tenuti distinti quantomeno idealmente (venendo attribuita la generale alla pena, la speciale alla misura di sicurezza), ora non si può certamente dire che la distinzione tra le due sia più netta di quanto non lo fosse prima del '48: il Codice penale dell'ordinamento italiano costituisce dunque un esempio autorevole della mutevolezza del concetto di pena tipico di ogni ordinamento e di ogni epoca.¹¹⁵

Se, invero, le ambiguità erano già presenti nel Codice come elaborato nel 1930, viste le numerose sovrapposizioni anche solo lessicali tra le molteplici disposizioni regolanti le varie sanzioni penali, il principale fattore normativo di complicazione è esterno al codice e risiede nel 3° comma dell'art. 27 Cost., che sancisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Tale disposizione, infatti, crea tuttora dubbi dal momento che attribuisce alla pena funzione rieducativa: persino ai giorni nostri, l'attribuzione alla

¹¹⁴ *Relazione del Guardasigilli, on. Rocco sul Libro I del Progetto, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale, Parte I, Roma, 1929*

¹¹⁵ Tale mutevolezza è fedele al concetto di relatività cui si accennava nel paragrafo prima ed è concorde con il principio di proporzionalità che informa normalmente gli ordinamenti penalistici moderni.

pena della finalità rieducativa crea disorientamento tra gli interpreti, che non sanno se allora la sanzione penale vada intesa come unica (o comunque sovraordinata rispetto alla misura di sicurezza, che non è nominata in Costituzione), da declinarsi al contempo in qualità di pena e di misura di sicurezza, oppure se si debbano considerare la pena e la misura di sicurezza due istituti distinti.

Ulteriori margini di incertezza procurati dall'art. 27, 3 sono sia a livello testuale sia interpretativo: da un lato, infatti, si ha l'utilizzo del verbo "tendere a", che non conferisce idea di certezza e precisione, bensì solo di tendenza ed eventualità circa la funzione (anche) rieducativa della pena in senso stretto; dall'altro, si ha che la rieducazione è considerata in modo molto generico, con il rischio che essa venga utilizzata dal giudice in maniera discrezionale ed arbitraria;¹¹⁶ inoltre, è evidente la insufficienza della rieducazione ai fini sanzionatori, ergo la irrinunciabilità della funzione retributiva della pena.

A tal punto, ci si interroga sulla effettiva utilità di questo nuovo modo di intendere la sanzione penale, il quale di fatto comporta una riforma solo implicitamente ravvisabile nel testo dell'art. 27, 3 Cost.: spacciata come rivoluzionaria per aver attribuito alla pena funzione rieducativa, si dubita se essa fosse stata davvero in grado di risolvere le incongruenze del sistema del doppio binario. Essa, invero, mise a nudo le fragilità mal celate già interne al sistema del doppio binario.¹¹⁷

Dinanzi a questo ginepraio normativo, che peraltro vuole mantenere la doppia sanzione, un espediente per superare le contraddizioni interpretative (e testuali) è quello di leggere le fonti del diritto rispettando il principio gerarchico, per cui la legge costituzionale è sovraordinata a tutte le altre.

Allora perché il legislatore utilizzò il verbo "tendere a"? Perché l'esito del processo rieducativo è solo tendenziale: dipende dalla predisposizione del reo a collaborare; ciò non implica però che la rieducazione debba essere posta in secondo piano dall'ordinamento, venendo considerata scopo solo subordinato della pena.¹¹⁸

¹¹⁶ La discrezionalità del giudice ritorna in diversi contesti, tanto che pure in riferimento alla punibilità si paventa l'invadenza dell'interprete, reputando che sia propizio porre degli argini normativi in questo senso.

¹¹⁷ In verità la prescrizione del reato è disciplinata da disposizioni obiettive, cosicché essa opera con una certa automaticità, e non vengono veramente rispettate le esigenze di rieducazione, con la conseguenza che non si verifica la tanto preconizzata analisi della personalità del reo caso per caso; si veda in tal senso *Enciclopedia del diritto*, p. 80.

¹¹⁸ Anzi, al contrario, la costituzionalizzazione del fine rieducativo ne segnala la portata decisiva.

Tali linee-guida sono dimostrative della mutevolezza del concetto di pena e della relatività delle sue funzioni: pertanto, solo leggendo la disciplina con senso critico è possibile comprendere le funzioni e le *rationes* degli strumenti sanzionatori attualmente in vigore. Il parametro di cui ci si deve avvalere è di c.d. “assoluta relatività”, onde scongiurare letture aprioristiche e riduttive dei concetti di retribuzione e rieducazione.

La retribuzione tradizionalmente consiste in un espediente volto a compensare il danno arrecato alla società mediante la commissione del misfatto; pur fondata sulla logica del *do ut des* (una finalità di origine antica e non del tutto attuale), anche ai giorni nostri si tende a raffigurarla come intrinseca al sistema sanzionatorio penalistico: si tratta di un retropensiero in parte irrinunciabile, avente le sue radici nella indignazione che sorge spontanea nei confronti del responsabile del fatto criminoso; tuttavia, oggi non si può credere che esista ancora nel nostro ordinamento un concetto simile a questo, che era semmai tipico dei sistemi liberali del XIX sec., e che, pur venendo superato dalla lettera della Legge positivizzata dalle norme del Codice Rocco, per tutto l’arco di tempo dalla sua emanazione sino all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana (la quale fu decisiva nell’affermazione del ben più democratico scopo rieducativo), era sostenuto da un qualche tacito consenso.

Oggi la retribuzione trova la sua misura nel principio di proporzionalità ed assume importanza sul doppio piano della prevenzione generale e speciale. In particolare, entrambe queste declinazioni della prevenzione si devono intendere in senso positivo, in quanto la proporzione impedisce che si infliggano sanzioni esemplari; si supera il fine di deterrenza e timore sociale di stampo preventivo-negativo proprio degli ordinamenti retribuzionistici; si presuppone come già risolto il problema del “perché” si debba punire. L’idea è di proporzione tra entità della sanzione e gravità dell’offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza.¹¹⁹

¹¹⁹ Di questo avviso sono G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, per i quali la “retribuzione” consisterebbe in un momento logico ineliminabile della pena: essa «lungi cioè dall’assurgere ad un fine in sé, offrirebbe la garanzia che il diritto penale mantenga l’imprescindibile nesso col fatto di reato ed in tal modo preservi la libertà del singolo da una illimitata possibilità di intervento statale: in altri termini, posto che il concetto stesso di retribuzione (almeno nella sua accezione “liberalgarantista”) evoca un rapporto di corrispondenza tra gravità del male commesso ed intensità della risposta sanzionatoria, il suo mantenimento (pur all’interno di una prospettiva che ravvisi nella rieducazione lo scopo vero della pena) permetterebbe di dosare le sanzioni in maniera corrispondente all’obiettivo disvalore dei reati commessi», cit. p. 746, con rinvio anche a p. 758.

Tale approccio tradisce una mentalità che si fa fatica ad abbandonare e soprattutto un'impostazione che ritiene di non poter far a meno né di una predeterminazione della durata della sanzione penale (stante il suo fine correttivo definitivo, ai sensi sempre dell'art. 27, 3 Cost.), né di una stretta connessione tra fatto di reato e punizione. Tuttavia, tale precisazione è tale solo a fini esplicativi, dato che, in realtà, la rieducazione costituzionalizzata nell'art. 27, 3 contiene a sua volta questi valori. La disposizione succitata va letta in combinato disposto con l'art. 25, 2 Cost. che recita: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Grazie all'art. 25, 2, si accosta al principio rieducativo quello della legalità (sostanziale), costituzionalizzandosi cioè il collegamento con il disvalore espresso dal fatto di reato.¹²⁰ La pena viene configurata come effetto giuridico di un fatto criminoso, essendo uno dei due elementi che sta alla base del principio di efficacia del processo (ossia di causalità tra reato e sanzione) e non potendo dunque essere vista semplicisticamente come un modo d'essere personale del reo, né tantomeno della sua interiorità.¹²¹

La proporzione, comunque necessaria, tra fatto e sanzione, non necessita quindi del recupero della funzione retributiva e manifesta la sua irrinunciabilità – oltre che sul piano generale, preservando il reo da una pena esemplare e smisurata – ancora di più sul piano di prevenzione speciale.

Relativamente a quest'ultima, invece, la retribuzione nel senso di “proporzione” si esplica a livello particolare nel senso che il reo venga stimolato proprio dalla proporzionalità della sanzione a percepire questa come giusta, così permettendo alla pena

¹²⁰ Al principio della irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, 2 Cost. si affianca quello della retroattività della *lex mitior*, di cui all'art. 2, comma 4° c.p.; per un riferimento sui principî cui sono assoggettate le norme sulla prescrizione del reato si veda G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 401 ss.

Quanto alla presente trattazione, si rinvia (per l'approfondimento relativo al rapporto tra queste due norme, di cui una costituzionale ed una di legge ordinaria) al Capitolo 4.

¹²¹ In questo la dottrina è pressoché concorde. Giusto per riportare un caso, si veda il pensiero ancora di G. FIANDACA, E. MUSCO, che ben si collega alla analisi che C. MARINELLI fa dei principî di efficacia ed efficienza all'interno della sua opera, *Ragionevole durata*.

Tale visione è pure conseguenza della lettura in combinato disposto degli articoli 27, 3 e 25, 2 Cost., nel senso che «il presupposto della stessa pretesa rieducativa non può che essere costituito dalla commissione di un fatto socialmente dannoso da parte del soggetto da rieducare», G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 746.

di esplicitarsi nella propria efficacia,¹²² realizzando quel “tendere a” che rende la previsione rieducativa soltanto potenziale.¹²³

Rispetto alla prevenzione speciale, invero, la retribuzione è strettamente connessa alla rieducazione del condannato, addirittura al punto che questi due fini si implicano l’un l’altro.

Tale equilibrio di mutuo coinvolgimento è determinato da quella disposizione di cui al 3° comma dell’art. 27 Cost., che ha letteralmente stravolto le (presunte) certezze che informavano il sistema sanzionatorio del Codice Rocco: la specificazione del fine rieducativo all’interno della maggiore fonte del nostro ordinamento, e l’attribuzione del medesimo fine anche alla pena, hanno contribuito a modulare pure quella implicazione reciproca fra retribuzione e proporzione; infatti, entrambe sono presenti in ciascuna fase della vicenda sanzionatoria, proprio come in ciascun momento si ha la finalità sia preventiva generale sia preventiva speciale. Questo rapporto di pesi e contrappesi rispecchia il passaggio dalla prevenzione in senso negativo alla prevenzione in senso positivo: sia in generale che in particolare si assiste alla mutazione del sistema penale da negativo-repressivo a positivo-intersoggettivo (o, come è efficace affermare in relazione alla prescrizione, “personalistico”).¹²⁴

La proporzione conferisce alla sanzione carattere garantistico, evitando che si incorra in sanzioni di tipo esemplare. Ed è proprio qui la svolta: l’inserimento del decorso temporale nella vicenda punitiva agisce nel senso di rompere gli schemi dell’assolutismo retributivo, favorendo, al contrario, una risposta sanzionatoria foggata sempre in ragione di quel rapporto di causa-effetto che vincola l’irrogazione della sanzione al grado di colpevolezza, impedendo che si proceda in assenza di un fatto di reato (ritorna il principio di legalità sostanziale della legge penale, *nulla poena sine lege*, art. 25, 2 Cost. del 1948). Introdurre la relatività del tempo (che ha carattere condizionato dalle circostanze materiali e coscienziali che volta per volta emergono) all’interno degli schemi rigidi del retribuzionismo, in favore di una concezione relativa della punizione, ben si adatta ad una

¹²² Tramite la sua corretta e completa esecuzione.

¹²³ Estendendo tale chiave di lettura sul piano comparatistico, emerge come, in realtà, il requisito essenziale della predisposizione favorevole del condannato rispetto a irrogazione, applicazione, esecuzione della sanzione penale è l’innesco che abilita la traslazione da *Norm* e *Strafgesetz*, da pena/punibilità in astratto (in potenza) a pena/punibilità in concreto (in atto). La “proporzionalità” tra fatto e pena è requisito primario della accettazione psicologica da parte del reo della posta in essere del processo rieducativo.

¹²⁴ In definitiva, a incentivare la lettura soggettivizzata della norma penale è anche il rinvigorimento della dimensione proporzionale della sanzione, soprattutto in vista delle rieducazione del condannato.

giurisdizione penale fondata sulla ragionevole durata del processo (che altro non è se non uno dei corollari del principio del giusto processo). In tal senso si pronunciava già P. Farinaccio, nel suo *Praxis et theoricæ criminalis*, il quale avvalendosi di una espressione significativa, *ex diuturnitate tamen temporis delicti poena diminuenda est*,¹²⁵ testimonia come già alla sua epoca si riconosca al tempo prescizionale un potere “diminuente” del valore della pena.

2.2 Il significato positivo della prescrizione rispetto alle funzioni della pena e conseguente erroneità dell'accostamento della prescrizione del reato al principio del giusto processo e della sua ragionevole durata.

La connessione tra pena e prescrizione è talmente pregnante da dimostrare la propria significatività anche ad altri scopi. In particolare, emerge la pregnanza di questo legame laddove si voglia comprovare la erroneità della tesi di chi vede nella prescrizione del reato uno strumento di attuazione del giusto processo, specificatamente della sua ragionevole durata.

La prescrizione penale è uno strumento di attuazione della giustizia nel senso che si affianca alla sanzione penale svolgendone specularmente le funzioni, mentre l'errore di molti è quello di vedere nella prescrizione un rituale a scopo di garanzia della ragionevole durata delle vicende processuali, con l'eventuale beneficio addizionale di deflazionare la mole di processi che gravano sul sistema giudiziario.¹²⁶

Effetto immediato di questa idea è che la prescrizione viene percepita dalla collettività come sintomo di incapacità del potere pubblico di portare a termine l'amministrazione della giustizia: la prescrizione del reato sarebbe allora un correttivo alla violazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

¹²⁵ P. FARINACCIO, *Praxis et theoricæ criminalis*, Venezia, 1609.

¹²⁶ A rimarcare questo equivoco in cui incorrono molti è quella parte della dottrina che fonda il proprio pensiero su una concezione unitaria dello scorrere del tempo a partire dalla consumazione del fatto: la conseguenza logica è che dovrebbe essere semmai un processo rapido a proteggere dal rischio che esso si estingua per prescrizione. A favore di questa tesi è D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, n. 2, pp. 507-532.

In un'ottica completamente diversa, invece, si pongono coloro che colgono il valore positivo della prescrizione: essa non va interpretata in negativo quale strumento atto a rattoppare eventuali carenze del sistema penale, bensì come mezzo di garanzia positiva di tutela dell'imputato nell'ambito del trattamento sanzionatorio:¹²⁷ invero, pur mantenendo la pena la sua funzione tradizionalmente duplice tanto retributiva quanto rieducativa, la prescrizione manifesta la sua essenza a livello essenzialmente rieducativo ed è soprattutto in questo senso che il carattere teleologico accomunante sanzione e prescrizione penali si esplica – nella sua forma più elevata e precisa – in termini di proporzione, relatività, garanzia, causalità, rieducazione.¹²⁸

Pertanto, emergono due peculiarità che vanno tenute insieme, ma delle quali seguirà un'analisi diacronica, ossia, in prima battuta, la incompatibilità tra la prescrizione e la prevenzione in senso negativo (specie se negativo generale), ma poi anche la necessità di non calcolare la prescrizione come strumento con fini deflattivi in vista dell'ottemperamento del principio del giusto processo.¹²⁹

Pure la prescrizione, come la pena, conosce cambiamenti importanti in relazione a fattori esterni e non sempre prevedibili; anche in questo caso, l'evento che suscitò il maggior cambiamento nella *ratio* dell'istituto prescrizionale fu la Costituzione del '48: se, anteriormente ad essa, il decorso del tempo rispetto al reato era motivo del venire meno della preoccupazione dello Stato di punire l'imputato, dal '48 in poi, invece, il disinteresse dello Stato è conseguenza di una presunta risocializzazione del reo, parimenti quale effetto dello scorrere del tempo.¹³⁰

¹²⁷ Come chiarito *supra*, la prescrizione del reato intesa come strumento di garanzia del presunto colpevole corrisponde, nelle sue funzioni, a quelle della pena. Il decorso del tempo, infatti, è già di per sé abbastanza penalizzante e, anzi, talora più avvilente della pena che andrebbe realmente irrogata. Per tale ragione sono in via definizione (anche, come si vedrà, prendendo ad esempio il modello tedesco) diversi correttivi che comprovano ancora di più il significato sanzionatorio del tempo successivo alla commissione del reato.

¹²⁸ Nella sua astrattezza il tempo consente la connessione tra reato e pena: il nesso di causalità è reso possibile grazie al tempo.

¹²⁹ Invero, tale deduzione è conseguenza abbastanza scontata del vedere nella prescrizione uno strumento con funzione negativa, con una negatività che esplica non solo nel senso di retribuzione nei confronti del condannato, bensì anche di incapacità dell'ordinamento giuridico di concludere i processi in tempi ragionevoli.

¹³⁰ A conferma di questa inversione di rotta sono interventi di vario genere, in relazione ai quali autori celebri fondano le loro elaborazioni avvalendosi di confronti fra i diversi modi di concepire l'estinzione del reato per lo scorrere del tempo; esempio più che autorevole ci è fornito da A. R. LATAGLIATA, in *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano Editore, 1967, il quale, onde descrivere il ruolo assunto dalle circostanze discrezionali rispetto alla prescrizione del reato, testimonia indirettamente la sussistenza consolidata di concezioni diverse del modo di giustificare l'intervento punitivo dello Stato. In particolare, il nostro effettua riflessioni significative sul ruolo delle circostanze discrezionali nella determinazione del tempo necessario a prescrivere: «Poiché nel Codice civile i termini della prescrizione

Mutando il nesso che lega sanzione e prescrizione, muta il fondamento della presunzione che sta alla base dell'istituto della prescrizione, la quale, come già chiarito, si configura come presunzione temporale: è di grande interesse il meccanismo minuzioso con cui la dimensione coscienziale del tempo prescrizione si innesta nella funzione generale e speciale della pena.

In definitiva, la prescrizione non può essere pensata in maniera univoca, come se vi fosse «una ragione immanente, che trascenda il vigente contesto normativo nel quale l'istituto della prescrizione è calato; il fondamento non può che essere relativo, in quanto necessariamente storicizzato».¹³¹

Per comprendere come, in esito ad un lungo percorso, la prescrizione si sia introdotta massimamente nella dimensione rieducativa della pena, è necessario capire come si è sviluppata nel sentire comune la consapevolezza della natura mutevole e polifunzionale degli istituti penalistici in esame (pena e prescrizione del reato), a partire da un dato già affrontato, ovvero il collegamento della funzione della prescrizione con quella della pena, avente la sua matrice nel coefficiente della punibilità.

Facendo un passo indietro, si ricordi che la svolta sta nel cambiamento del ruolo riconosciuto alla retribuzione (da centrale, in un sistema la cui teleologia punitiva era pensata a fini univocamente repressivi, a collaterale, informato semmai a criteri di proporzionalità): infatti, il cambiamento della posizione della retribuzione ha una delle

sono sempre fissati *ex ante*, [nell'ambito penale] si generalizza questa esigenza di carattere formale e la si considera essenziale anche nella determinazione del tempo necessario alla prescrizione del reato». Sebbene non sia utile soffermarsi ai fini dei nostri studi sulla utilità di questo criterio volto alla determinazione del *quantum* del tempo occorrente ai fini dell'estinzione del reato per prescrizione (la cui effettività ed opportunità vengono poi smentite dallo stesso Latagliata), merita tuttavia che si ricordi come l'autore articoli il proprio contributo riportando due modelli diversi di percepire la funzione dell'istituto prescrizione, ritenendo che ciò dipenda dal tipo di valore che la dottrina vuole attribuire al ruolo dello Stato: «l'opinione che esclude la rilevanza delle circostanze discrezionali sul termine di prescrizione del reato si riporta ad una premessa dommatica, al postulato cioè che la prescrizione del reato costituisca un'ipotesi di estinzione di un vero e proprio diritto soggettivo dello Stato (c.d. diritto di punire). Sulla base di questo concetto vengono estese alla disciplina della prescrizione del reato i principî e le regole della prescrizione dei diritti soggettivi».¹³⁰ Viceversa, come è facilmente intuibile, coloro che ritengono che quello dello Stato non sia un diritto punire, bensì un dovere-potere di intervenire, di deve allora escludere che «i principî normativi della prescrizione dei diritti possano orientare con il titolo di validità della certezza della interpretazione delle disposizioni che disciplinano l'estinzione del reato per decorso del tempo». *Citt.*, pp. 20 e 21.

¹³¹ G. STEA, *L'ultima prescrizione, Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Wolters Kluwer Italia, Cedam, cit., p. 216.

sue cause principali nell'assunzione della incompatibilità sussistente fra scopi retributivi e prescrizione.¹³²

Mettendo a punto una deduzione abbastanza dozzinale, si può argomentare che, posto il nesso inscindibile fra la funzione della pena e quella della prescrizione e posta la natura necessariamente multiforme e particolare della pena (atta ad adeguarsi alla polifunzionalità del mezzo sanzionatorio), allora ne discende il carattere altrettanto "limitato" dello scorrere del tempo prescrizione: pure nel ricorrere allo strumento prescrizione occorre avvicinarvisi mantenendo un contenimento di tipo soggettivistico. Tanto per la pena, quanto per la prescrizione, affidarsi ad un modello strettamente oggettivistico comporta l'assunzione di una prospettiva assolutistica e negativa; viceversa, in forza di quanto sinora dimostrato, riconoscere ad entrambe un valore relativo implica l'accoglimento di un modello personalistico, polifunzionale e positivo dei due istituti.

Il *focus* si pone principalmente nell'ambito della prevenzione speciale, settore in cui si perfeziona in massimo grado quel relativismo su cui ci si è ampiamente soffermati. Circa l'essenza della prevenzione generale negativa, basterà allora ricordare che essa individua nella pena una unica funzione (quella retributiva), con un risvolto quindi totalizzante, che prescinde dallo scorrere del tempo, il quale viene relegato a una condizione oggettiva ed estrinseca rispetto alla vicenda; altrettanto la prescrizione (il cui nesso colla funzione della sanzione è riconosciuto grazie all'affermazione delle teorie cc.dd. "multifattoriali"), assume scopo meramente negativo, ed il suo tempo svolge un servizio affittivo al pari della pena: un tempo strumentalizzato ai fini del raggiungimento dello scopo collettivo di prevenzione di future azioni criminali; e non può che essere così, essendo il fine solo quello di annientare qualsivoglia tentativo di sovversione dell'ordine pubblico.¹³³

L'esito è insoddisfacente e iniquo, in quanto procura sia la somministrazione di pene esemplari sia la stigmatizzazione sociale del reo; forme di deprecazione del potenziale innocente che – in passato – toccavano il picco nelle fattispecie imprescrittibili:

¹³² Tale svolta incide sulla punibilità e, come già ribadito più e più volte, sulle conseguenti deduzioni in tema di natura della prescrizione.

¹³³ Tale era la finalità peculiare dello "Stato forte" di cui *supra*.

una vera e propria svalutazione – sul versante soggettivo – sia della vittima (come è abbastanza ovvio), sia persino del reo.

Gli effetti di questa sostanziale penalizzazione si manifestavano peculiarmente nello scorrere del tempo: proprio nella prescrizione si ravvisa la contraddizione logica, empirica e letterale che sta alla base delle tesi di coloro che intendono dimostrare la compatibilità di questo istituto con una società dotata di ordinamento penalistico esclusivamente repressivo, infatti «l'istanza punitiva dell'offeso entra verosimilmente in tensione con la logica utilitaristica sottesa all'estinzione del potere punitivo per decorso del tempo»;¹³⁴ la causa si trova nel rifiuto della tutela a livello individuale (tipica di un'ottica special-preventiva) in favore di un meccanismo che pone al primo posto l'interesse della collettività; il risultato è evidentemente penalizzante dal punto di vista dell'offeso.

Relativamente al reo, invece, sempre il medesimo meccanismo, che prende in considerazione il tutto e non i singoli soggetti coinvolti nella vicenda criminosa, conduce ad un «rifiuto di una lettura funzionalistica della prescrizione desunta dal significato coscienziale che il tempo assume per il soggetto agente».¹³⁵

È allora facilmente comprensibile l'influenza che la svalutazione soggettiva a livello di pena comporta conseguentemente pure a livello di tempo prescrizionale: la prescrizione, quale presunzione temporale, non si può riferire più al “rapporto tra il reo e la sua precedente azione illecita”, ma costituisce invece fattore del “rapporto tra il fatto pregresso e la collettività del presente”.¹³⁶

Questa visione multiforme dello scorrere del tempo prescrizionale (a monte, della sanzione penale) è altresì definibile in termini relativi, ossia nel senso di funzionalismo del tempo estintivo e di laicizzazione del sistema in vista di fini utilitaristici.

In tale direzione si mosse *in primis* la dottrina retribuzionistica tedesca con la c.d. *Sühnetheorie*, a cavallo tra XIX e XX secolo: un approccio ancora retributivo, che però –

¹³⁴ G. CONSO, *Non dimenticarsi delle vittime specie di fronte alla prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 269 ss.

in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere.*, cit., 36.

¹³⁵ F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere.*, cit., 36.

¹³⁶ Dunque «lo scorrere del tempo estinguerebbe la punibilità, non per il significato che l'impunità riveste per i protagonisti della singola vicenda penale, nell'ambito della quale ricadrà comunque l'effetto estintivo, ma per il significato che l'abdicazione alla pena assume agli occhi della società che si relaziona a quel fatto». Così G. PENSO, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nuovo Dig. It.*, Vol. X, 1939, spec. pp. 261 ss.

mosso da impulsi romantici – giustificava tale carattere della pena con argomentazioni innovative. Restando alla base una presunzione di tipo morale, ad essere toccato era lo scopo realizzato mediante questa presunzione; soprattutto si scorge il movimento verso una visione più laica se si confronta la *Sühnetheorie* con l’esegesi che la catechesi morale cristiana riconduceva all’attesa sofferente della punizione.¹³⁷

Ergo in entrambe queste teorie si ha equivalenza afflittiva fra pena e tempo; è bene capire però che tale equivalenza è solo apparente: invero, circa il fondamento teleologico della prescrizione se nell’ipotesi della pena retributiva, seppur addolcita, vi è una sostanziale equivalenza afflittiva tra punizione e tempo, nelle ipotesi delle finalità preventiva della pena non vi è equivalenza con il *tempori cedere*, ma compensazione, nel senso che la finalità della pena è “neutralizzata dal decorso temporale”. Si crea cioè un legame di reciproca integrazione tra i due istituti.¹³⁸

¹³⁷ La punizione aveva «un significato presuntivo catartico o emendativo del reo e, dunque con un’incidenza di personale miglioramento, in linea con la finalità di riconciliazione sociale assegnata alla pena. Nella prospettiva laica della *Sühnetheorie*, di contro, il “tempus post factum patratum” è solo timorosa attesa della punizione con una chiara incidenza afflittiva della psiche del reo che origina dalla certezza dell’inevitabile e prossima restrizione delle proprie libertà. Si riempie l’attesa della punizione, anche qui, con una vera e propria presunzione di raggiungimento dello scopo della pena che, a differenza della prima, non è il miglioramento del reo, ma l’intervenuta punizione retribuzionista seppur consistente nell’afflizione psicologica del timore dell’eventuale segregazione. Insomma, nell’una, come nell’altra concezione il tempo, dopo la consumazione del reato assume un significato utile a compensare la frattura conseguente all’offesa criminale, non è tempo inerte o vuoto, ma, restando nell’alveo del retribuzionismo, ha un contenuto negativo capace di riequilibrare gli interessi sociali il tempo afflittivo, così come la pena, è negazione che compensa la negazione del diritto», in G. STEA, *L’ultima prescrizione*, cit., p. 231.

¹³⁸ La strada che portò alla convinzione che la retribuzione non deve avere senso strettamente repressivo, anzi proporzionale e fondato sulla presunzione del miglioramento interiore e personalistico dell’autore del reato conobbe una crescita scolare, indirizzata senz’altro anche dal pensiero di letterati e filosofi del XIX secolo; oltre alla succitata *Sühnetheorie*, si consideri, giusto per riportare un esempio celebre, ai personaggi della letteratura russa di quell’epoca: personaggi che elaborano il senso di colpa e contribuiscono con il loro percorso personale e interiore all’affermazione di un diritto della pena che non veda più nella sanzione soltanto qualcosa che deve per forza mortificare l’anima e il corpo, ma, anzi, qualcosa che tenga conto del percorso compiuto dal soggetto nella propria intimità.

Parlando della nuova mentalità, per cui il reo va rieducato e non oppresso, si cita F.M. DOSTOEVSKIJ (1821-1881): «Basta! — disse risoluto e solenne, — via i miraggi, via i terrori artificiali, via i fantasmi!... Esiste la vita! Forse che or ora non ho vissuto? La mia vita non è ancora morta insieme con quella vecchia decrepita! A lei il regno dei cieli e... basta, *mātuška*, è tempo di riposare in pace! Ora viene il regno della ragione e della luce! e... della volontà, e della forza... e ora la vedremo! Ora ci misureremo! — aggiunse con spavalderia, come se si rivolgesse a una qualche forza oscura e la sfidasse», *Delitto e castigo*, 1866, cit.

Alla base della figura del protagonista, Raskòl'nikov vi è la prospettiva dell’autore – fervente cristiana – per cui la sofferenza procura purificazione: dolore e malattia di Raskòl'nikov in carcere sono causate non dal senso di colpa, bensì dalla ferita nell’orgoglio che il protagonista medesimo prova. Solo nel momento in cui egli comprende il proprio gesto, sente in sé il senso di colpa e confessa, allora si manifesta il beneficio rieducativo che il tempo (nel tratto che va dal crimine alla confessione da parte del reo) ha sortito sul responsabile; addirittura, sempre in un’ottica per cui la pena deve migliorare e non solo opprimere, il protagonista che confessa ottiene una pena più “blanda” rispetto a quella che sarebbe stata applicata se fosse

A tale conclusione logica si può giungere agevolmente anche empiricamente: la inconciliabilità dello scorrere del tempo estintivo con la pena sta già nella consistenza astratta dell'uno e, invece, (tendenzialmente) materiale dell'altra. Invero, per quanto il tempo assolva ad una funzione fondamentale rispetto alla struttura del fatto di reato (e, dunque, rispetto alla pena) è impensabile attribuire a questo una dimensione materiale a priori: esso ha sì impatto materiale sull'evento criminoso, ma – ciononostante – non sta in un rapporto di equivalenza rispetto all'inflizione della pena, bensì in un rapporto di (mutua) compensazione. Precisamente, rispetto alla finalità della pena, ha funzione neutralizzante: non realizza la finalità della pena, ma la rende inutile. Come la rende inutile? Incidendo sulla punibilità: il tempo prescrizione, una volta decorso del tutto, estingue il reato, e la specifica fattispecie cade nell'alveo della non punibilità.

Ritorna quello schema di causa-effetto su cui si forma il rapporto tra reato ed esercizio dell'azione penale: si estingue il reato, ergo non è più esperibile l'azione penale, o, meglio, lo Stato non può più far valere la propria pretesa punitiva, con tutte le questioni che conseguono circa le incertezze sulla natura della prescrizione del reato. Quest'ultima, dopotutto, non è ancora chiaro su quale momento incida: non vi è opinione concorde relativamente al travolgimento direttamente del fatto materiale di reato (natura sostanziale) oppure di riflesso dell'esercizio della azione penale (natura processuale).

Ulteriormente probante, circa la funzione neutralizzante, è l'argomentazione che segue: non ha senso dire che l'effetto derivante dall'inflizione della pena può essere soddisfatto anche dallo scorrere del tempo perché la pena si fonda proprio sul principio della tempestività! È una contraddizione in termini sostenere il contrario.¹³⁹

Risulta evidente come, per ragioni tanto logiche, quanto empiriche, quanto letterali, l'accostamento degli effetti di questi due istituti costituisca un'ingenuità: la prescrizione allora non può essere utilizzata come correttivo della funzione retributiva della pena laddove decorrano inutilmente i termini massimi per la sua irrogazione.

Tirando le somme, la prescrizione non è associabile alla ragionevole durata del processo per le varie ragioni che la rendono uno strumento operante in positivo; in particolare, tale carattere è dovuto alla costituzionalizzazione di tale positività quale fine

stato giudicato colpevole senza che egli confessasse e se non fossero esistite le condizioni personali del criminale per cui il giudice lo ritiene in parte giustificabile.

¹³⁹ Ancora in argomento, G. STEA, *L'ultima prescrizione*, p. 233.

primario della pena, nel senso che quest'ultima deve garantire la rieducazione del condannato come prima istanza.

2.3 Esplicazione della funzione positiva della prescrizione: integrazione della prevenzione generale e completamento della prevenzione speciale.

Una volta che ci si convinca della dimensione soggettivizzata della prescrizione, la quale la rende strumento attuativo della giustizia in senso positivo e personalistico, occorre comprendere il *quomodo* di questa operatività “in positivo” dell’istituto in esame. Dall’approfondimento di questo connotato e del suo modo di esplicarsi si ricava un ulteriore motivo di conferma della inconciliabilità di questo meccanismo con il c.d. *fair trade*,¹⁴⁰ con ripercussioni ancora più marcate su ruolo e natura della prescrizione.¹⁴¹ Un aspetto spesso dimenticato è quello relativo alla sua operatività in positivo, versante che ad oggi esplica al meglio le funzioni di questo istituto e la sua ratio essenziale.¹⁴²

Come prima mossa, occorre emanciparsi dalle concezioni strettamente negative e retribuzionistiche che riconoscono a pena valore esclusivamente negativo e, di riflesso, alla prescrizione valore soltanto afflittivo.¹⁴³

¹⁴⁰ È il termine con cui la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali (meglio nota come CEDU, stipulata a Roma nel 1950 e in vigore dal 1953) indica più ampiamente il concetto costituzionale del “giusto processo”; come già sottolineato, il diritto sovranazionale è di impostazione giurisprudenziale, con alla base principi generali anziché regole precise, cosa che invece si verifica negli ordinamenti di *Civil Law*.

¹⁴¹ Si noti che in Costituzione non vi è una disposizione che imponga testualmente lo svolgimento di un processo rapido, né tantomeno viene fatta indicazione degli strumenti per attuarlo; a tal riguardo alcuni autori, per dimostrare che prescrizione non ha come funzione essenziale la ragionevole durata, sostengono che essa è formulata in qualità di una “preordinazione funzionale”. Si veda soprattutto C. MARINELLI, *Ragionevole durata*.

¹⁴² Con conseguenti deduzioni, lo si ribadisce nuovamente, in tema di natura della prescrizione. Stante la delicatezza di queste illazioni, si propone un itinerario articolato al punto giusto per potersi persuadere dei prodotti di queste premesse.

¹⁴³ Tra gli autori che argomentano la funzione della prescrizione conciliandola con le pretese inibitorie di una prevenzione pensata per fini prevalentemente intimidatori si distinguono interpretazioni tra loro molto diverse.

Alcuni parlano di simmetria negativa con la tempestività della pena, ergo alla prescrizione corrisponderebbe l’oblio della comunità rispetto al reato commesso, nonché rispetto all’interesse a perseguirlo; ciò non è del tutto vero, in quanto non si può dire a priori che la pena irrogata in maniera intempestiva sia priva di qualsivoglia effetto deterrente. Altri, invece, sostengono che lo scorrere del tempo sia la causa principale dell’alterazione del materiale probatorio, un fatto a sua volta estremamente pericoloso: la prescrizione si presterebbe allora a *preservare l’imputato innocente dal pericolo di condanne ingiuste*; nemmeno questa soluzione regge, per almeno tre ragioni: prima di tutto, la prescrizione non è unico strumento di cui dispone l’ordinamento per preservare il materiale probatorio; dopodiché, non è detto che necessariamente lo

Ad ogni modo, anche ostinandosi a individuare margini di coerenza in queste teorie, un istituto come quello della prescrizione godeva di ben poco credito in un regime di impronta negativa, dato che l'estinzione della punibilità (per prescrizione o per altre cause) avrebbe indebolito la credibilità della *ratio* sottesa alla sanzione penale; ecco allora che si capisce in che misura, o meglio, in che direzione, la sanzione penale assume un valido alleato nell'istituto prescizionale: sempre restando ora nell'ambito della prevenzione in senso generale, si capisce che la prescrizione non è istituto antagonista della pena, ma, anzi, ne integra il fine di dissuadere i consociati dal compiere atti analoghi a quello commesso dal reo.

Smentita la possibilità (da alcuni suggerita) di giustapporre la prescrizione alla retribuzione, e, quindi, smentito che si possa attribuire alla prescrizione funzione parimenti afflittiva, è più fruttuoso vedere questo istituto in senso positivo in qualità di garanzia di stabilità e di certezza del diritto. Per assolvere a questo compito, la prescrizione assume carattere compensativo rispetto alla funzione della pena, il che si specifica in una *integrazione* rispetto alla prevenzione generale e nella *complementarità* in relazione a quella speciale.

La valenza compensativa-positiva che completa l'essenza variegata della pena è di tipo pedagogico: a livello di prevenzione generale «la punizione contribuisce a formare la coscienza morale dei cittadini».¹⁴⁴

In particolare, ciò che nell'impostazione negativa si estrinsecava in deterrenza e dissuasione della collettività dal commettere crimini, nell'ottica positiva, assumendo carattere pedagogico (e, *latu sensu*, rieducativo), si realizza nel rafforzamento nella collettività del senso di legalità e del rispetto dei valori socialmente dominanti, nonché nella saldatura della coscienza collettiva scossa dall'oltraggio morale insito nella violazione delle leggi penali che, in un sistema laico, delineano l'etica pubblica.

Il meccanismo che si crea consiste in minaccia e inflizione della pena: la somma di questi due costruisce la disapprovazione sociale, la quale favorisce l'identificazione della maggioranza dei cittadini con il sistema dei valori che l'ordinamento giuridico si prefigge di tutelare.¹⁴⁵ Il contenuto monitorio della minaccia deve essere concepito in

scorrere del tempo intacchi il materiale probatorio; infine, esistono reati imprescrittibili, rispetto ai quali tale meccanismo condurrebbe ad un paradosso, poiché proprio in relazione alle fattispecie più gravi il potenziale innocente verrebbe garantito in maniera più blanda.

¹⁴⁴ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, cit., 234.

¹⁴⁵ In tal senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 755.

vista della (ri)socializzazione dell'individuo: percorso di moralizzazione che consolida l'appartenenza della maggioranza dei cittadini al sistema dei valori posti e tutelati dall'ordinamento. Il prodotto finale è che «il tempo coscienziale della prescrizione, contraendo la memoria sociale e così restringendo l'interesse alla punizione del fatto, stabilizza la sicurezza sociale con l'oblio del fatto di reato [...] la prospettiva preventiva integratrice penetra all'interno della tipicità così da sciogliere il nodo di consequenzialità tra reato e pena [...] Il mutamento sociale, la trasformazione continua dei rapporti interpersonali nel flusso perpetuo del tempo, fa sfumare la percezione dell'attualità rappresentativa del fatto di reato del passato e, dunque, la necessità di rassicurazione sociale sulla persistente validità del precetto penale».¹⁴⁶ In conseguenza della relazione di reciproca implicazione che si instaura fra pena e prescrizione, la valenza garantistica riconosciuta alla prescrizione si riverbera pure sulla funzione della pena. Ciò è del resto anche un buon correttivo rispetto ad interpretazioni che vedono la pena (e quindi la prescrizione) in senso solamente oggettivo e sovraindividuale; la connotazione di prevenzione generale positiva, quindi integrativa, invece, procura tanto alla pena quanto al tempo prescizionale un valore anche soggettivo; il carattere soggettivo raggiunge poi la sua migliore esplicazione nell'ambito della prevenzione speciale, sede privilegiata di manifestazione della flessione coscienziale del tempo, il quale si riversa in *segmenti circoscritti*, dando vita alla parte personalistica della prescrizione: quest'ultima conduce ad un modo subiettivo di concepire la prevenzione (sicuramente speciale, ma non si può escludere a priori che sia applicabile pure a quella generale, soprattutto se intesa in senso positivo-integrativo). In questo si concretizzava la dimensione personalistica del tempo, la quale tuttora si ritiene riverbero della perdita sociale di interesse alla punizione, poiché venendo meno un elemento del rapporto di causalità, ossia il fatto, pure la punizione perde la sua ragion d'essere.¹⁴⁷ A ben vedere, è questo, in fondo, ciò che intendeva la dottrina tradizionale quando giustificava la prescrizione riferendosi al c.d. “danno politico” cagionato dal reato, che è destinato ad attenuarsi nel tempo, fino a scomparire.¹⁴⁸

¹⁴⁶ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, cit., 236, 237.

¹⁴⁷ R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließung- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 180 ss., spec. 186 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, New York, 1991, p. 345.

¹⁴⁸ Rifacendosi al pensiero di autori quali L. MASUCCI e L. D'ANTONIO, questi autori emerge che per “danno politico” non ci si riferiva soltanto alla lesione del bene giuridico inteso in senso impersonale, ma in maniera particolare all'instabilità sociale della norma provocata dall'illecito; la pena era considerata l'unico rimedio tempestivo a questa alterazione degli equilibri politici e giuridici, cui il tempo avrebbe accostato le sue proprietà lenitive proprie dell'oblio sociale che si sviluppa col cedere del tempo.

Orbene, riconosciuta alla prevenzione generale positiva una funzione reintegrativa, ossia di riabilitazione all'interno del tessuto sociale assolta (anche) dalla pena *ex art. 27, 3 Cost.*, significa che pure la prescrizione è in grado, attraverso la non irrogazione della sanzione, di svolgere funzione di risocializzazione; tale aspetto si concretizza soprattutto a livello di prevenzione speciale, ossia in riferimento al reinserimento del condannato ed alla sua rieducazione (o, eventualmente, neutralizzazione, pur sempre però in un'ottica terapeutica e non repressiva); tuttavia anche in sede di prevenzione generale assume una certa importanza: essa è segnale della conversione del sistema (grazie alla introduzione in Costituzione dell'art. 27) da un mentalità prettamente retributiva, ad un finalismo che è, *in primis*, rieducativo.¹⁴⁹

Al contrario di quanto sostenuto dalla prevenzione generale intesa in senso negativo, la non applicazione della pena non è sinonimo di inefficienza del sistema; nel caso della prevenzione generale positiva, infatti, la non applicazione della pena è dovuta alla sopravvenienza di uno stato di non punibilità del reo; di conseguenza, sarebbe proprio l'irrogazione o l'espiazione tardiva della pena a risultare iniqua e disfunzionale, minando così il rapporto di fiducia che lega i consociati all'ordinamento.

La punizione non ha più motivo di essere portata a termine laddove la sua posta in essere non sarebbe tale da restaurare quell'equilibrio, o, meglio, da adempiere a quella autorevolezza che l'ordinamento giuridico perderebbe laddove un reato venisse punito così tardivamente da minare la credibilità dello stesso. La punizione, in altre parole, deve essere munita della forza di confermare la validità della norma violata mediante la commissione del reato.

¹⁴⁹ Sono numerosi i sostenitori di quest'ottica nella dottrina tedesca ed anche autori italiani si dimostrano concordi con tale linea di pensiero, argomentando che accostare la prescrizione a questa tipologia di prevenzione generale consiste nell'«attribuire un significato positivo proprio alla “mancata applicazione o espiazione della pena concreta”, conferendo alla categoria della “non punibilità” un'autonoma e importante valenza politico-criminale. E invero, nell'ottica della prevenzione-integrazione, l'assenza di afflizione, pur di fronte all'autore di un fatto tipico, anti-giuridico, colpevole, cessa di essere considerata un'eccezione al principio della inderogabilità della pena, da giustificare in ragione di altre esigenze confliggenti e ritenute prevalenti, ma diviene un epilogo possibile, persino auspicabile in un diritto penale funzionalistico e, nondimeno, dal volto umano. In questa prospettiva la “non punibilità” rappresenta, infatti, la zona dell'inutilità funzionale della pena: l'ambito cioè in cui l'afflizione del colpevole si rivelerebbe controproducente o anche solo superflua in termini oggettivi (si pensi all'irrelevanza del fatto o, come si vedrà tra breve, ai casi di prescrizione) o da un punto di vista soggettivo (il riferimento è, per esempio, all'istituto della sospensione condizionale) [...] Benché possa sembrare paradossale, la dottrina della prevenzione-integrazione, spesso accusata di inclinazioni autoritarie, offre viceversa un ambiente teorico congeniale per giustificare e finanche favorire la ricomposizione del conflitto sociale innescato dal reato sulla base di strumenti alternativi alla sofferenza individuale del reo». Così F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere.*, cit., 42-43.

Come la prescrizione, così anche altri sono gli istituti che operano integrando la funzione positiva della pena: ad esempio il risarcimento del danno, che rende il fatto irrilevante, portando alla abdicazione della pena.¹⁵⁰

Ecco in che senso la prescrizione concretizza l'oblio (che sarebbe il venire meno dell'interesse dei consociati, ergo dello Stato) nella persecuzione di un crimine; l'oblio è forgiato gradatamente dal tempo; è così dunque che il tempo (prescrizionale) assume dimensione coscienziale (in questo contesto, nello specifico, dimensione coscienziale rispetto alla società tutta, rispetto alla collettività; stiamo parlando infatti di prevenzione generale).

2.4 La relatività della prescrizione del reato e suoi corollari: imprescrittibilità di determinati reati e approccio misto.

Per poter munire di una qualche utilità i pensieri fin qui raccolti, è bene mettere in evidenza le conseguenze più o meno immediate delle conclusioni cui si è giunti. In particolare, ci si focalizzerà sulla taglia relativistica della prescrizione del reato e dei corollari che ne scaturiscono: l'ammissibilità di reati rispetto ai quali la prescrizione è bloccata; la convenienza di servirsi di un approccio misto nell'arduo tentativo di definire la natura dell'istituto in esame.

Il nodo meno complicato da sciogliere è quello afferente al sostrato relativistico; esso va di pari passo con la centralità che la prevenzione speciale (e positiva) assume rispetto alla pluralità di funzioni che si assommano in seno alla prescrizione.

Il nesso che tiene uniti special-prevenzione e relativismo sta soprattutto in sede di esecuzione della pena ed ha come scopo l'emenda morale del reo – quest'ultima da considerarsi in senso ampio come reinserimento sociale: nella special-prevenzione prende vita la rieducazione, funzione primaria del sistema sanzionatorio penale e della stessa pena (art. 27, 3 Cost.).¹⁵¹

¹⁵⁰ In argomento, ancora F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere.*, cit., 43.

¹⁵¹ Anche la prevenzione speciale fu la culla delle più svariate ricostruzioni in negativo della funzione della pena e quindi della (funzione della) prescrizione: la si vedeva come volta a neutralizzare la capacità delinquenziale del reo.

Analogamente al meccanismo che sottende la prevenzione generale, è erroneo individuare equivalenza fra la pena e lo scorrere del tempo: come rispetto alla funzione general-preventiva della pena la prescrizione svolge un ruolo integrativo, così in relazione alla funzione special-preventiva la stessa svolge ruolo complementare.¹⁵² L'equivalenza è tipica di pensieri di retribuzionismo punitivo; si riallaccia a quelle teorie che, anche in sede di commento della prevenzione generale, cadevano nell'equivoco di vedere nella prescrizione un istituto simmetrico e negativo rispetto alla pena.

Invece, dal punto di vista della prevenzione speciale, il meccanismo è più intuibile: rispetto alla pena, la funzione complementare della prescrizione consiste nella apposizione del limite oltre il quale la finalità della sanzione penale predeterminata *ex lege* è esaurita; il fondamento sta nella correzione morale del reo, che è attuata tramite un percorso di recupero individualizzato e cucito appositamente seguendo le previsioni messe a punto per quel caso specifico.¹⁵³

Il destinatario è il singolo reo, chiamato a cooperare per la propria riabilitazione sociale, ma che, allo stesso tempo, è messo dallo Stato nella condizione di poter intraprendere un percorso di rieducazione; la prescrizione ben si inquadra in un tale contesto, dal momento che non è insensato (anzi, laddove interviene, è senz'altro appropriato) presumere che, decorso un certo periodo di tempo senza che la pena sia stata irrogata, il presunto responsabile non sia più punibile.

Quella finalità pedagogica, che nel sistema attuale si riconosce ad una prescrizione con funzione che compensa la funzione della pena, in sede di prevenzione speciale assume carattere strettamente rieducativo (ergo, pedagogico in senso stretto) e lo scorrere del tempo si cala materialmente nella personalità del soggetto ritenuto colpevole.¹⁵⁴ ciò che

¹⁵² Pare conforme a questo ragionamento il pensiero di alcuni autori, secondo i quali è ingannevole credere che i due istituti siano fungibili l'uno con l'altro: del resto, la prescrizione produce lo stesso effetto a prescindere da come si siano effettivamente svolti i fatti materiali; la prescrizione, come già chiarito, è istituto che opera in astratto, mentre la pena si esplica in concreto. Invero, «decorso il tempo prescrizione, valicato il limite oltre il quale la finalità della sanzione determinata in astratto è esaurita, così impedendone la concreta applicazione [...] la punibilità è eliminata e ciò sia nel caso in cui l'individuo che ne beneficia sia estraneo al reato [...], stia nell'eventualità in cui – all'inverso – non solo sia colpevole, ma anche recidivo, delinquente abituale, professionale o per tendenza, e persino ove, per ipotesi, nel girono che precede l'estinzione, egli abbia commesso un reato della stessa indole, testimoniando così un'immutata esigenza di risocializzazione». Si veda G. STEA, *L'ultima prescrizione*, cit., 237-239.

¹⁵³ La rieducazione del condannato si manifesta in termini relativistici in ogni sua misura: essa non può attuarsi se non in ragione delle caratteristiche peculiari del caso sottoposto all'attenzione del giudice.

¹⁵⁴ Il tempo non è fatto storico oggettivo a sé stante: come già detto nella spiegazione della *Sühnetheorie*, il tempo prescrizione è qualcosa di astratto, non di concreto, come invece lo è la pena; in quanto astratto, può dunque adattarsi alle varie contingenze che si delineano caso per caso.

emerge a chiare lettere è – di nuovo – l’opportunità di avvalersi di una lettura *relativistica* degli istituti in questione.

Dopotutto, rispetto alla prevenzione speciale il concetto di relatività è di più rapida intuizione anche per questioni meramente logiche; anzi, spesso proprio “specialità” è utilizzato come sinonimo di “relatività”, il che rappresenta ulteriore conferma del maggior successo di un’interpretazione di questo tipo rispetto ad una assolutizzante.¹⁵⁵

Il primo beneficio che deriva da questo postulato è la conferma della pienezza del contenuto dell’art. 27, 3 Cost.: viene smentito quello scetticismo che paventava che il richiamo alla funzione soltanto rieducativa svuotasse di significato il rapporto necessario fra reato e pena. Invero, non solo tale rapporto non è eliminato, ma anzi esso viene rinforzato, grazie proprio alla operatività della prescrizione (ergo della assenza di attività della pena) nella dimensione più intima dell’individuo interessato. La potenza dello scorrere del tempo prescizionale si cala nel meccanismo interiore della psiche del soggetto umano, penetrandone profondamente il contegno personalistico. Tale contegno verrà toccato non nel senso di evitare una pena ingiusta, come già precisato, bensì nel senso di correzione morale in senso ampio: non emenda morale strettamente intesa (come avrebbe detto il regime fascista), ma un complessivo miglioramento della persona.¹⁵⁶

Quella che sembra una relativizzazione riduttiva è, al contrario, una lettura molto più flessibile e composita dell’istituto in questione, al punto che la stessa è addirittura espressione di uno spirito di civiltà ben più moderno ed elevato.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Tale relativismo riguarda comunque anche la parte generale di prevenzione criminale: deve applicarsi necessariamente, ma non sufficientemente, alla dimensione general-preventiva, essendo ora preponderante invece la dimensione special-preventiva. Esso è il concetto che mette in comunione la dimensione coscienziale del tempo con la rieducazione personale e personalistica attribuita *ex ante* alla pena in sé. Recuperando quanto detto poco *supra*: se pena (rieducativa) e tempo prescizionale godono del relativismo quale fondamento comune (che, metaforicamente, si “concretizza” nella coscienziosità dell’uno e nella personalità dell’altra); se reato e pena stanno in un rapporto di causa-effetto grazie alla presenza del tempo; allora il reato non può che avere a sua volta dimensione coscienziale e relativa. In effetti, la pena viene applicata (oggi) non in maniera standardizzata, bensì ponderata caso per caso in ragione del reato e delle sue circostanze.

¹⁵⁶ *Enciclopedia del diritto*, pp. 78 ss.

¹⁵⁷ «È proprio il superamento delle teorie retributive in favore di quelle preventive ad avere segnato la secolarizzazione del diritto penale e, conseguentemente, il suo passaggio dal mondo dell’essere a quello del divenire. La concezione utilitaristica dell’intervento punitivo [...] ha calato l’intervento punitivo nel fluire del tempo, collegandolo al contesto storico in cui si trova la comunità cui esso si riferisce. Ne discende che la pena, svincolata da qualsiasi valore assoluto e immutabile, non viene più intesa come un fine in sé, ma assume i contorni di una “scelta”, la cui opportunità si presta a una valutazione in termini di costi/benefici. Esattamente il contrario, dunque, di quella “giustizia infinita” che il governo statunitense scelse inizialmente per designare l’operazione di reazione al terrorismo internazionale». Così in *Corriere della Sera*, 20 settembre 2001, «*Bush lancia l’operazione Giustizia infinita*» (www.corriere.it).

Questo passo testimonia una giustizia che oggi si fonda su schemi utilitaristici caratterizzati da molteplici fattori: abbiamo, invero, un valore astratto e relativo del tempo prescrizionale, il quale, calandosi nella singola vicenda, si materializza in maniera volta per volta diversa a seconda delle esigenze peculiari di quel caso. Successivamente, bisogna considerare che la pena e la sua “non applicazione” a causa della prescrizione rappresentano una opportunità e non più qualcosa di perentorio, né nell’*an*, né nel *quantum*, né nel *quomodo*.

Infine, la grande flessibilità riconosciuta alla pena si riverbera sulla prescrizione: in qualità di istituto complementare, essa assume declinazioni diverse in ragione delle necessità del caso.¹⁵⁸

La concezione relativistica opera su due fronti: da un lato quello della specialità, che ha la meglio sulla generalità, dall’altro nel senso della circoscrizione della pena (e quindi della prescrizione) entro limiti temporali definiti.¹⁵⁹

Recuperando quanto detto circa gli equilibri che si instaurano fra le varie funzioni della pena e le fasi della sua irrogazione (inflizione, graduazione, esecuzione), come l’aspetto retributivo e di proporzionalità gode di maggior spazio in sede di inflizione, così la funzione rieducativa beneficia di maggior rilevanza nella fase esecutiva. Inoltre, le due forme di prevenzione sono tra di loro interdipendenti, cioè si pongono in un rapporto di necessaria e reciproca implicazione e integrazione: entrambe essenziali, l’una non può sussistere in assenza totale dell’altra.

In conclusione, alla luce di queste osservazioni costituzionalmente fondate, è dunque confermata la funzione primariamente rieducativa della pena e il suo spessore ai fini della prescrizione: risulta pertanto conseguenza non solo logica, ma anche empirica, che l’atteggiamento dello Stato rispetto alla prescrizione di un reato non è più quella di perdita di interesse rispetto ad una punizione, bensì di presunzione di “redenzione”

¹⁵⁸ Pare coerente pure qui il pensiero di F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*: stando al contenuto di quest’opera, sarebbe confermato che la base “utilitaristica” che fonda le funzioni di pena e prescrizione risulterebbe «propria della moderna prevenzione generale dei reati e nella quale la pena non può che avere una circoscritta dimensione temporale, e dunque una fine, tanto nella sua dimensione concreta (con conseguente scomparsa dell’ergastolo, quale pena perpetua per antonomasia), quanto in quella astratta. Da qui, la necessità logica della prescrizione come risvolto connaturato a un approccio relativistico al diritto penale», cit., p. 29.

¹⁵⁹ Si riesce allora a collocare a livello pragmatico quanto già anticipato: la delimitazione temporale, ossia la funzione (de)limitatrice del tempo, il quale individua dei segmenti circoscritti, contribuisce a quella funzione di costruzione (prima) e di disgregazione del reato (poi). Entro tali limiti temporali, si colloca la pena con la sua funzione rieducativa; al di fuori di questi limiti temporali, il reato si estingue, ed entra in gioco la prescrizione.

dell'imputato. Come anticipato all'inizio, quindi, al mutare del fondamento della pena, muta il fondamento della presunzione che modella lo scorrere del tempo prescrizione.

Nell'ordinamento domestico lo scopo preventivo della pena assolve ad una utilità politica pensata per l'avvenire, ossia in prospettiva del futuro e non del passato, come invece detterebbe una disciplina retributiva, rispetto alla quale è appunto incompatibile l'istituto prescrizione, in quanto quest'ultimo non potrebbe utilmente assolvere ai fini propri di un sistema sviluppato in vista della redenzione – futura – dell'individuo anziché sulla sua definitiva neutralizzazione; un sistema orientato in avanti, invero, riconosce alla prescrizione la neutralizzazione delle ragioni che giustificano la punizione e non la neutralizzazione dell'individuo in quanto (supposto) colpevole. Una logica di diritto penale minimo, che irroga la sanzione solo laddove strettamente necessario, ossia solo laddove manchino altri espedienti utili ad eliminare il male procurato dall'azione contraria all'ordinamento e a restaurare il quieto vivere comune.¹⁶⁰

Proprio da questa conclusione derivano illazioni che rischiano di smontare tutto l'assetto logico costruito: ci si riferisce alla imprescrittibilità di alcuni reati.

Invero, alla luce di quanto sinora esposto, parrebbe ben limpida la incostituzionalità di previsioni che escludano che – decorso un certo arco temporale – il crimine non si consideri come del tutto estinto ed il reo si presuma redento.

Eppure, in Italia così come negli ordinamenti stranieri, non mancano disposizioni in questo senso.

¹⁶⁰ Rispetto alla funzione rieducativa della pena, la prescrizione svolge un ruolo essenziale e complementare, manifestando tale efficacia compensativa, a livello di prevenzione generale (positiva), nel senso di confermare la validità della norma violata, mentre a livello di prevenzione speciale (positiva), nel senso di favorire il reingresso sociale del reo mediante la neutralizzazione degli scopi che giustificano la contemporanea punizione. Osservando congiuntamente il ruolo che la prescrizione svolge rispetto a ciascun livello, si nota che si tratta di funzioni che a loro volta si implicano l'un l'altra, in quanto entrambe necessarie, ma nessuna delle due indipendente e sufficiente.

Non può esservi prevenzione in assenza di una delle due misure in cui essa si esplica. La prevenzione speciale non è altro che il completamento di quella generale ed è la sede in cui meglio di tutte la prescrizione – assolvendo al fine rieducativo della pena conferma l'esigenza che la pena osservi la funzione general-preventiva positiva.

È un equilibrio molto delicato che si modula caso per caso in relazione sia alla collettività e al sentire politico contingente, sia alla specifica situazione che riguarda il reo proprio in quell'occasione: un contrappeso che, a ben vedere, rispecchia quello intrinseco che di volta in volta si instaura fra lo scopo retributivo e quello rieducativo, con una maggiore propensione per l'uno o per l'altro a seconda delle utilità politiche che un certo tipo di ordinamento in una determinata epoca storica impone.

Il dibattito è, di conseguenza, molto animato al riguardo, essendo talora difficile dotare di una giustificazione logica un argomento che pare del tutto contrario rispetto a quanto costruito in precedenza.

Senza addentrarsi nelle diverse argomentazioni a favore e contro questa questione, è bastevole rifarsi agli elementi acquisiti grazie alla profonda analisi dedicata alle varie componenti della prescrizione del reato.

In primis, una causa giustificatrice della imprescrittibilità è, in qualche modo, lo stesso relativismo riconosciuto alla prescrizione, soprattutto se visto in termini di prevenzione speciale e rieducazione.

L'approccio relativistico, che è un corollario della disciplina che la legge accorda alla prescrizione, è a sua volta fonte di ulteriori argomentazioni, e, dal canto suo, contribuisce pure a trovarne una scusante dogmaticamente coesa.

Invero, pure la imprescrittibilità è congegnata in maniera relativistica: essa rappresenta dei casi limite in cui l'offesa arrecata è talmente grave da non poter rispondere al criterio generale della sua caduta nell'oblio. Si ha una sorta di rovesciamento, per cui, pur sempre nel rispetto della dignità, si registra la prevalenza di quella dell'offeso e della collettività sulla rispettabilità del reo; quest'ultimo ha commesso un crimine di un tal peso per cui non è ammissibile che si agisca presuntivamente supponendo la sua redenzione morale.¹⁶¹ Anche qui, come nel caso di crimini meno gravi, intervengono ragioni sia generali sia particolari.

Da un punto di vista generale rileva che lo Stato non può ignorare quei crimini che hanno ferito non solo la vittima, ma soprattutto la comunità, tanto da non meritare di essere dimenticati; inoltre, sempre in ragione della gravità di questi fatti, lo Stato che non li perseguisse perderebbe di credibilità allo stesso modo in cui, al contrario, farebbe perdere la fiducia dei cittadini nella sua capacità di amministrare la giustizia se perseguisse tardivamente i reati prescrivibili.

¹⁶¹ È utile a comprendere il significato della imprescrittibilità proprio l'evento già richiamato nel Capitolo 1: il c.d. *Verjährungsskandal*. In quel caso specifico si volle far finta che non fossero stati commessi reati che nessun avrebbe mai pensato di far rientrare tra le fattispecie prescrivibili. Con una sorta di amnistia generale, si concesse la prescrizione a reati che, per loro gravità, il sentire comune avrebbe indubbiamente qualificato come imprescrivibili.

I crimini contro l'umanità ed i genocidi sono, fra le altre cose, imprescrivibili pure nell'ordinamento tedesco, il quale (a differenza di quello italiano), ammette la prescrizione di alcuni reati puniti con l'ergastolo. Questa caratteristica della legge penale tedesca evidenzia ancor di più la portata "scandalosa" della vicenda.

È chiara allora l'utilità di una lettura relativistica pure rispetto alla previsione di reati imprescrittibili: la *ratio* è sempre la stessa, ossia il temperamento della dignità di individui che si trovano in posizioni contrapposte.

Ciò avviene sempre e comunque attenendosi a parametri di proporzionalità, i quali prevedono opportuni bilanciamenti tra la tutela della dignità della vittima e quella del responsabile del fatto di reato. Di conseguenza, anche ai fini del fondamento dei reati imprescrittibili la prescrizione assume ruolo significativo se intesa sul piano della rieducazione.¹⁶²

In conclusione, dallo studio accurato della struttura della prescrizione del reato, prima di muoversi in direzione della questione più ostica, ossia il dibattito sulla sua natura, è utile a tale scopo fare una considerazione che, quale chiusura di questo argomento, funge da presupposto appropriato per il successivo.

Tale ipotesi si riferisce alla possibilità di individuare nell'approccio relativistico il "la" per una lettura mista circa l'essenza della prescrizione: come si vedrà a breve, gli schieramenti giuridici italiani militano in favore di una natura o sostanziale o processuale; tuttavia, come affiorerà dallo studio comparatistico del Capitolo 3, l'opportunità di intendere l'istituto con un approccio misto è manifestamente la più conveniente; oltre ad essere utile, è un'esegesi che rispetta canoni di coerenza sistematica in vista della recentissima Riforma del 2021.¹⁶³

Un approccio misto sarebbe fra l'altro consono con la relatività di cui si parlava, non trattandosi di una soluzione definitiva, bensì incline ai cambiamenti.

3. Dibattito sulla prescrizione del reato: premessa e origine del problema.

L'influenza della Scuola Positiva fu determinante nella elaborazione della Legge Penale sostanziale degli anni '30 del XX secolo; in particolare, oltre a rappresentare un impulso verso la concezione binaria dell'architettura del sistema punitivo, fornì validi

¹⁶² Questi argomenti tornano a favore anche della negazione del rifiuto di vedere nella prescrizione uno strumento attuativo del principio del giusto processo: l'obiettivo rieducativo condiviso da pena e prescrizione, non si attua nel senso che l'una sostituisce l'altra, bensì in maniera complementare, cosicché la prescrizione intervenga quale *extrema ratio* laddove la sanzione tardi ad essere irrogata.

¹⁶³ Si vedano le neonate complicazioni dovute alla disciplina della improcedibilità alla stregua di vera e propria prescrizione. Per una riflessione nel merito, si rinvia al Capitolo 4.

argomenti volti a fondare il passaggio dalla prescrizione dell'azione a quella del reato. Invero, tale orientamento dottrinale vedeva con scetticismo l'autenticità della capacità del *tempori cedere* di produrre effetti estintivi sull'azione penale.¹⁶⁴

Il fulcro sta nel passare dall'idea che il reato non può estinguersi, poiché si tratta di fatto materialmente accaduto (concezione alla base dell'istituto della prescrizione dell'azione), a quella radicalmente contraria che vede nella natura esclusivamente processuale della prescrizione una deviazione logica, dal momento che essa non è altro che conseguenza dell'estinzione del reato, ergo vale l'equivalenza per cui prescrizione è uguale ad estinzione del reato.¹⁶⁵

Tendenzialmente su questo punto sono concordi sia i sostanzialisti sia i processualisti, poiché il rapporto di causa-effetto tra prescrizione ed estinzione del reato (che è speculare al rapporto di causalità tra reato e pena) è il principale connotato della nuova mentalità penalistica del Novecento;¹⁶⁶ i conflitti interpretativi sorgono in riferimento alle diverse modalità con cui gli autori poi spiegano l'evoluzione di questo rapporto, con risultati propri di una natura o sostanziale o processuale della prescrizione.¹⁶⁷

Prima di dedicarsi a comprovare le tematiche che sorreggono l'interpretazione mista, è bene impennare la riflessione sulle "traduzioni" con linguaggio sostanziale e processuale che i giuristi fanno delle leggi.

Recuperando le fila del discorso appena conclusosi, iniziato con lo studio del ruolo del tempo nel reato e poi dilungatosi sulla collocazione della punibilità, nonché sul rapporto tra la prescrizione e la pena (e gli effetti di questo connubio su determinati principî costituzionali), è il momento di riflettere sulla natura che costituisce il fondamento di questo istituto in tutti i suoi aspetti, avendo sempre presente la pregnanza del suo risalto accentuatamente relativistico.

A differenza delle altre branche del diritto, così come a differenza di altri ordinamenti penali nazionali, la prescrizione penale non gode di definizioni certe circa la

¹⁶⁴ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, p. 122.

¹⁶⁵ Si veda il rinvio alla parte su *Estinzione del reato e della pena* di cui alla *Enciclopedia del diritto*, XXXV, *Prerogative – Procedimento*, Giuffrè Editore, Varese, 1986, pp. 78 ss.

¹⁶⁶ L'affermazione della Scuola Positiva è il principale fattore di sradicamento della idea sbagliata su cui i primi sostanzialisti basavano la propria teoria vedendo dell'estinzione del reato per prescrizione la eliminazione materiale del fatto concreto.

¹⁶⁷ Come si vedrà a breve, non mancano poi, soprattutto negli ordinamenti di area germanica, autori che propugnano una natura "mista" della prescrizione del reato.

sua natura. Mentre nel diritto civile essa è sicuramente di carattere sostanziale, nel diritto penale non è chiaro se, pur trattandosi di un istituto disciplinato *prima facie* nel Codice penale, essa conservi essenza (soltanto) sostanziale oppure se, viste le ripercussioni procedurali attestata anche normativamente dal codice di rito, sia più opportuno riconoscerle una natura processuale.

Ad esempio, nell'ordinamento francese essa è disciplinata nel Codice di procedura penale proprio allo scopo di darle valore processuale; tuttavia, sarebbe alquanto riduttivo fermarsi alla collocazione topografica per capire quale carattere è più opportuno attribuirle, anche perché, come appena detto, sono numerosi i contesti in cui essa ritorna nel c.p.p.

La ragione di tante incertezze risale alla genesi del Codice penale del 1930, in particolare al cambiamento della terminologia rispetto alla previgente legge penale sostanziale: prescrizione dell'azione e della condanna vennero rispettivamente sostituite da prescrizione del reato e della pena. La modifica lessicale, infatti, rappresentò soltanto l'innesco di un dibattito che si protrae sino ai giorni nostri e che ha procurato, alternandosi a fasi relativamente quiete, momenti di forte tensione sia tra gli studiosi sia nel mondo politico. Come già visto, infatti, la prescrizione è stata spesso erroneamente messa in relazione con il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata, oppure manipolata per soddisfare esigenze della punibilità fomentate dal dibattito politico.

Tornando alla questione nodale – quella sulla natura della prescrizione – occorre mettere a confronto il testo anteriore al 1930 e quello attualmente vigente: in tal modo sarà più agevole sincerarsi della natura originariamente e indubbiamente procedurale dell'istituto e delle complicazioni che scaturirono all'alba del nuovo Codice penale. Infatti, l'art. 91 del Codice Zanardelli positivizzava l'estinzione del diritto-dovere dello Stato di perseguire il crimine e di punirlo; inoltre, nel caso di emissione della sentenza, ma mancata esecuzione della condanna, si aveva l'estinzione di quest'ultima. Il testo dell'art. 91 recitava:

«La prescrizione, salvo i casi nei quali la legge disponga altrimenti, estingue l'azione penale:

1. in venti anni, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere l'ergastolo;

2. in quindici anni, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere la reclusione per un tempo non inferiore a venti anni;
3. in dieci anni, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere la reclusione per un tempo superiore ai cinque o inferiore ai venti anni, o la detenzione per un tempo superiore ai cinque anni, o l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.
4. in cinque anni, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere la reclusione o la detenzione per un tempo non superiore ai cinque anni, ovvero la pena del confino, o della interdizione temporanea dai pubblici uffici, o della multa;
5. in due anni, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere la pena dell'arresto per un tempo superiore ad un mese, o dell'ammenda per una somma superiore alle lire trecento;
6. in sei mesi, se all'imputato si sarebbe dovuto infliggere la pena dell'arresto o dell'ammenda in misura inferiore a quella indicata nel numero precedente, ovvero la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte».

L'art. 157 del Codice penale attualmente vigente, rubricato "Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere", sancisce invece che la prescrizione estingue il reato decorso il *tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge* e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

Alla base del dibattito sta un equivoco commesso – sia dal Legislatore del '30 sia dagli interpreti successivi – nell'esegesi dell'istituto come delineato da A. Rocco. Il Ministro, invero, si avvale della perifrasi "prescrizione del reato" con un intento verosimilmente diverso da quello prospettato da molti: obiettivo non era, invero, di trasformare un istituto tradizionalmente processuale in uno sostanziale, ma, al contrario, la nuova terminologia venne adoperata proprio al fine di dare una rappresentazione più puntuale del come si esplicano gli effetti del venir meno della pretesa punitiva dello Stato, valorizzando la concezione subiettiva del diritto di punire conseguente alla commissione del reato. Probabilmente obiettivo di Rocco era di tenere separati il fatto di reato (e la sua struttura) dal diritto dello Stato di intervenire, il quale è un diritto che viene meno nel caso di prescrizione, ma il cui venire meno e il cui carattere subiettivo non incidono sull'evento materialmente accaduto: il reato come tale rimane e non è concretamente eliminabile. Anzi, osservando la disciplina, emerge che la prescrizione opera prima che l'evento

criminoso sia stato accertato: non è detto, allora, che nemmeno si sia avuto un reato. Ecco perché pare una forzatura concludere che la perifrasi allude necessariamente a qualche cosa di prettamente sostanziale: a dissolversi è una facoltà che sta in rapporto di causa-effetto con il fatto, poiché il diritto (e dovere) dello Stato di reprimere le condotte contrarie all'ordinamento giuridico rappresenta una facoltà dell'autorità pubblica che esiste a priori, ma che si esplica attivamente soltanto laddove si verifichi un evento tale da richiederne l'intervento e che – specularmente – si dissolve una volta decorso un arco temporale tale per cui non è più giustificato che lo Stato eserciti questo tipo di potestà.

Ergo, pure per Rocco, la prescrizione non sarebbe altro che l'impossibilità di perseguire un crimine a causa del decorso di un tempo oltre un certo limite e non – come invece molti credono – la distruzione reale della vicenda inizialmente perseguibile. Tra reato e sua perseguibilità si instaura un rapporto di causalità nel quale il venire meno dell'effetto non implica che si dissolva pure la causa che in origine aveva reso possibile la persecuzione di un comportamento penalmente contrario all'ordinamento giuridico. Del resto, ciò non precluderebbe che quel comportamento resti giuridicamente in vita sotto altri punti di vista; circostanza questa che, insieme alle altre, trova conferma nelle parole dello stesso Rocco, (precisamente ove questi si accinga a giustificare la modifica lessicale, pur volendo mantenere inalterata la *ratio* della prescrizione dell'azione del Codice Zanardelli): «(sott.: le cause estintive) non investono né l'azione penale, né la condanna, la quale, anche dopo l'estinzione della pena inflitta continua a produrre normalmente i suoi effetti non solo civili, ma anche penali [...] Esse (sott.: le cause estintive) riguardano il diritto di punire dello Stato, la sua pretesa giuridica all'applicazione della legge penale e della pena; insomma, se esse si riferiscono al rapporto giuridico punitivo nascente dal reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promovimento dell'azione penale, la esigenza di una rettificazione della terminologia adottata dal Codice del 1889 appare pienamente manifesta».¹⁶⁸

¹⁶⁸ A. ROCCO, *Relazione*, cit., p. 198; ciò è coerente con quanto affermato poche pagine prima sempre dal Ministro della Giustizia nella medesima *Relazione*: «il Codice non considera punto il reato come una mera entità giuridica. Il reato è certamente un fatto storico, ma è pure un fatto giuridico, in quanto è produttivo di quella conseguenza giuridica che è la pena. Ora, se interviene una causa che estingue l'efficienza giuridica penale del fatto, questo cessa di essere “reato”, e però bene si dice che il reato, come tale, è estinto, quantunque il fatto sopravviva come fatto giuridico per altre conseguenze di diritto (civili, ecc.), e come fatto materiale o, se si preferisce, “storico”. L'estinzione del reato, pertanto, si ha quando viene a cessare la possibilità di realizzare la pretesa punitiva dello Stato», cit. p. 76.

Il venire meno del reato estingue la possibilità per lo Stato di intervenire in quel caso specifico. Il reato è presupposto (materiale), l'archè di tale diritto di punire in quanto consistente in un'azione umana (dipende dalla volontà di chi lo commette); quando il reato si prescrive, non è che il reato svanisca, ma ad estinguersi è, per effetto di erosione progressiva, la pretesa punitiva stessa dello Stato (in quella situazione precisa), a causa di un fatto giuridico astratto (la prescrizione) che non dipende dalla volontà umana. L'utilizzo dell'espressione "estinzione del reato", quindi, è la migliore (stando alle parole di A. Rocco) per descrivere la non attivazione del potere repressivo dello Stato in quanto, in quella particolare circostanza, si è verificato il decorso di un periodo di tempo tale per cui la forza offensiva dell'evento antiggiuridico si è affievolita al punto da non giustificare più l'intervento pubblico.

Pertanto, l'errore che accomuna coloro che videro sin da subito nella prescrizione del reato indizi univocamente sostanzialisti sta nel confondere la causa con l'effetto, cioè nel credere che il tempo dissolva il reato: invece, il tempo semplicemente mette a tacere la pretesa punitiva dello Stato, la quale, risvegliata dal fatto criminoso, viene di nuovo messa in silenzio dallo scorrere del tempo. Tale è l'equivoco della perdita della distinzione logica e qualitativa sussistente tra i due fattori costituenti il rapporto.¹⁶⁹

Uno dei motivi della deviazione fu probabilmente un passaggio sempre del Ministro Rocco: «nell'atto in cui si estingue il diritto soggettivo dello Stato all'applicazione della legge penale, inevitabilmente dalla causa estintiva rimane travolto, in confronto del soggetto, a questa si riferisce, lo stesso reato, quale entità giuridica, venendo a mancare quel rapporto di diritto, che si costituisce tra il reo e lo Stato, e che forma oggetto della pretesa punitiva».¹⁷⁰

L'effetto sortito fu così di far incidere la prescrizione (come formulata dal nuovo codice) non più sul momento in cui sorge il diritto di punire, bensì sul momento in cui il fatto – anche non accertato – si verifica.¹⁷¹

¹⁶⁹ Per un quadro generale sulle origini della teoria processualista si veda A. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, Napoli, 1967.

¹⁷⁰ A. ROCCO, *Relazione*, cit., p. 199.

¹⁷¹ Anche se, come già anticipato, il successo della Scuola Positiva permise il successo di quella parte di sostanzialisti che nell'attribuire alla prescrizione natura materiale comunque erano consapevoli che a estinguersi non è qualcosa di già verificatosi, bensì i suoi effetti, ossia il diritto-dovere dello Stato di intervenire e punire. Addirittura, alcuni di questi studiosi vedono nella teoria processuale una "deviazione": «lo Stato stabilisce legislativamente che in alcuni casi non si debba applicare la pena per un fatto, che, salvo la valutazione di motivi personali, implica normalmente responsabilità penale, perché considera, nel momento formativo della legge, il concorso di talune circostanze oggettive e soggettive d'interesse

3.1 Conflitto tra i sostenitori della teoria sostanzialista ed i sostenitori della tesi processualista.

Coloro che aderirono a questa interpretazione¹⁷² si avvalsero di una serie di argomenti ulteriori rispetto alla collocazione topografica dell'istituto, ossia la denominazione del medesimo e, infine, la lettura sistematica di determinate disposizioni del Codice di procedura penale che paiono indirizzare in questo senso. Dopotutto, avvalersi soltanto di uno di questi argomenti sarebbe alquanto riduttivo: la prova ne è data

assolutamente o prevalentemente collettivo, riconoscendo ad esse appunto, in via di eccezione, la forza di far venir meno un *quid* essenziale giuridicamente al mantenimento della pretesa punitiva. La concezione adottata dal codice vigente [Zanardelli], che riferisce la estinzione della pretesa punitiva all'azione penale, tien conto della impossibilità di far luogo alla persecuzione penale, che è, invece, soltanto una conseguenza dell'estinzione del reato. E tale deviazione concettuale, ha, poi, notevoli ripercussioni pratiche sugli effetti della estinzione, le quali portano, naturalmente, ad erronee interferenze di diritto sostantivo e processuale». ¹⁷¹ Così in JANNITTI PIROMALLO, *Il nuovo Codice penale italiano*, cit., pp. 135-136.

¹⁷² Per la dottrina favorevole alla tesi sostanzialista, nel senso di un istituto il cui funzionamento non dipende dalla instaurazione di un processo penale, si vedano F. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 122; M. BARGIS, *La prescrizione del reato e i "tempi" della giustizia penale*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1406; G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed. riveduta e aggiornata, G. Priulla Editore, Palermo, 1958, pp. 791 ss.; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221; A. LO GIUDICE, *Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto*, in *La decisione sul reato estinto, Riflessione su norma, giudizio, giudicato. Ringraziando Franco Cordero*, S. RUGGERI (a cura di), tavola rotonda, 22 maggio 2020; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, p. 737; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961, III, p. 492; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 189; A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 680 ss.; S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, pp. 660 ss.; P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 79; ID., *Cause di estinzione del reato e della pena*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 641; G.D. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena (diritto penale comune)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 3; L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 353; A. TRABACCHI, sub *artt. 157-161*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, vol. I, 2^a ed., Ipsoa, Milano, 2006, p. 1400; per la giurisprudenza della Consulta si vedano Corte Cost., sent. 31 maggio 1990, n. 275, 1990, p. 1658; Corte Cost., sent. 20 luglio 1999, n. 337, 1999, p. 2663; Corte Cost., ord. 20 luglio 2000, n. 317, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2378; tra i vari argomenti addotti dalla Corte Costituzionale a sostegno della tesi sostanzialista vi è che l'incisività della prescrizione sulla punibilità della persona sarebbe determinata dalla posizione estrinseca del tempo rispetto al reato: ad esprimersi così Corte Cost. 14 febbraio 2013, n. 23 e, in occasione della *querelle* Taricco, Corte Cost. 26 gennaio 2017 n. 24, nonché Corte Cost. 31 maggio 2018, n. 115; per la giurisprudenza della Suprema Corte, invece, si vedano Cass. Pen., Sez. Un., 11 luglio 2001, *Brembate*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 26; in particolare, l'art. 131 *bis* c.p., sancendo la prevalenza della dichiarazione di prescrizione rispetto alla tenuità del fatto, sarebbe ulteriore argomento a favore della tesi sostanzialista, così come affermato in Cass. Pen., Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11040 (con nota di G. STEA, *Prescrizione e tenuità del fatto: tempo, reato e favor rei*, in *Giur. Pen.*, Web, 4, 2016); Cass. Pen., Sez. III, Sez., 30 marzo 2016, n. 30383; Cass. Pen., Sez. III, 17 maggio 2017, n. 57108; Cass. Pen., Sez. III, 12 ottobre 2017, n. 18884; Cass. Pen., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 39679.

Per la dottrina tedesca è da ricordare H. KAUFMANN, *Strafanspruch, Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968, pp. 133 e 171.

già dal Codice penale del 1889, il quale, pur essendo una legge sostanziale, disciplinava un istituto processuale.

Da non dimenticare poi che, pur all'interno del gruppo dei sostanzialisti, si delinearono orientamenti tra loro non del tutto coincidenti: stante la complessità dell'istituto della prescrizione del reato, descritta dalla legge penale in qualità di causa di estinzione di quest'ultimo, pure tra coloro che sono convinti dell'incidenza in senso sostanziale del decorso del tempo si rinvengono discrepanze circa altre questioni che vengono inevitabilmente coinvolte.

Ad esempio, divergenze sul tema sono determinate dalle diverse vedute che gli autori hanno sulla collocazione della punibilità rispetto alla struttura del reato: se, invero, v'è chi è convinto che la prescrizione possa incidere soltanto su qualcosa di materialmente accaduto¹⁷³, non manca chi afferma che la prescrizione, incidendo sulla punibilità, non è che elimini davvero qualcosa di materiale, bensì soltanto gli effetti, le conseguenze che ne derivano giuridicamente.

Stando a questa lettura, non si può infatti dissolvere qualcosa che è concretamente accaduto; tuttavia, se ne possono sopire le conseguenze: «A rigore di logica, sembrerebbe di tutta evidenza che, segnando il fatto estintivo una vicenda eliminativa di certi effetti giuridici, o, se così si preferisce, una vicenda impeditiva della permanenza degli effetti medesimi, non si dia fatto estintivo senza la precedente esistenza di quegli effetti, e quindi della fattispecie della quale questi ultimi siano la conseguenza. Cosicché la coerente applicazione di tali principi in materia di prescrizione penale importerebbe che il decorso del tempo potrebbe dar luogo a una vicenda estintiva della punibilità alla sola condizione che fosse stata accertata l'effettiva commissione di un reato al quale per l'appunto quella punibilità si riannodi. Le cose, tuttavia, non vanno affatto in questo modo, e ciò per la decisiva ragione che nel nostro ordinamento l'estinzione del reato opera, in linea di massima, a prescindere dal suo effettivo accertamento».¹⁷⁴

¹⁷³ Vanno considerate a riguardo le posizioni di G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, e di A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

¹⁷⁴ A. MOLARI, *Appunti*, cit. p. 9; l'Autore, pur sostenitore della tesi sostanzialista, riconosce il nesso di causalità tra il reato e i suoi effetti giuridici; tuttavia, critica aspramente coloro che fondano la prescrizione per decorso del tempo sul necessario accertamento del reato: proprio l'art. 152 c.p.p. dell'epoca (all'incirca corrispondente al nostro art. 129 c.p.p.), infatti, smentisce la essenzialità dell'accertamento ai fini della estinzione del fatto. Ad esempio, A. Molari richiama A. FALZEA, *La condizione*, p. 236, il quale definisce i fatti giuridici come fatti "dipendenti", nel senso che il loro accadimento presuppone l'esistenza di una situazione giuridica sulla quale incidere; viceversa, in linea con A. Molari pare A. SANTORO, voce

Questa diversità di vedute riflette in un certo qual modo la diversa collocazione della punibilità da parte di autori egualmente sostanzialisti; infatti, anche se spesso i sostanzialisti si identificano con coloro che favoriscono la punibilità quale quarto elemento costitutivo del reato, non è detto che sia sempre così.

Di conseguenza, a voler vedere la punibilità come qualcosa di esterno, è più facilmente intuibile l'incisività della prescrizione sugli effetti (anziché sugli accadimenti) del fatto di reato.

In generale, e non solo in corso di analisi della dottrina sostanzialista, analizzando le posizioni dei diversi studiosi in relazione alla natura della prescrizione del reato si nota come queste teorie si intrecciano con quelle che supportano la struttura alternativamente tripartita o quadripartita del reato. Ad esempio, come già detto, vi sono autori sostanzialisti che favoriscono un reato di base tripartita, quindi con esclusione della punibilità, con conseguente impatto esterno della prescrizione del reato.

Come già detto, tendenzialmente si ascrive la interpretazione sostanziale ai sostenitori della tesi di struttura quadripartita del reato: ciò è coerente con quella visione – considerata anche dai più ferventi sostanzialisti arcaica e superata – che vedeva nella prescrizione la effettiva distruzione materiale del reato.¹⁷⁵

Pertanto, la struttura tripartita, se viene, per questioni di praticità logica, attribuita intuibilmente ai sostenitori della tesi processualista (della natura della prescrizione del reato), in realtà è conciliabile pure con i sostanzialisti: si tratta di coloro il cui pensiero, da un lato, si è evoluto rispetto ai primissimi interpreti del Codice penale del 1930 (non attenendosi più al dato letterale, ma comprendendo che dietro alla dicitura “causa di estinzione del reato” si nasconde una metafora del venir meno dell'interesse punitivo dello Stato)¹⁷⁶, allo stesso tempo, tuttavia, sono sicuri del fatto che – per una serie di dati normativi che si vedranno – la prescrizione del reato possa intervenire a prescindere dall'accertamento in sede processuale della colpevolezza del presunto reo.¹⁷⁷

Estinzione del reato e della pena (Diritto penale comune), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, 1960, p. 993.

¹⁷⁵ Tra i sostenitori della struttura quadripartita del fatto di reato e al contempo della natura sostanziale della prescrizione si vedano G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Cedam, Padova, 2017, pp. 62 ss.; G. COCCO (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, I, 2, *Il reato*, Cedam, Padova, 2012; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 401.

¹⁷⁶ L'interesse punitivo dello Stato è comprensivo di accertamento e di applicazione della pena.

¹⁷⁷ A. MOLARI, *Appunti*, pp. 9 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 588, il quale aggiunge agli argomenti a sostegno della propria tesi sostanzialista pure quello del deterioramento del materiale probatorio per

Questa interpretazione, che identifica l'effetto estintivo con il venir meno delle conseguenze giuridiche del reato, trova il proprio fondamento in alcune disposizioni che, estrapolate dal c.p.p., parrebbero dimostrare la natura più sostanziale che processuale della prescrizione del reato: si vedano gli artt. 531 e 529 c.p.p. (con l'avvertenza che i numeri riportati sono quelli del c.p.p. come riformulato nel 1989).

Ai sensi dell'art. 531, rubricato "Dichiarazione di estinzione del reato", se il reato è estinto, il giudice (salvo quanto sancito dall'art. 129, 2 c.p.p.) pronuncia sentenza di non doversi procedere enunciandone la causa nel dispositivo. Tale formula è la medesima sancita per i casi in cui fa difetto l'azione penale: l'art. 529, rubricato proprio "Sentenza di non doversi procedere", dispone che «se l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere indicandone causa nel dispositivo (1° comma). Il giudice provvede nello stesso modo quando la prova dell'esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria (2° comma)».

La lettura in combinato disposto degli articoli succitati rende chiaro che il trattamento previsto, ove si manifesti una causa di estinzione del reato, è il medesimo prescritto nell'ipotesi in cui non deve essere esercitato o proseguito l'esercizio dell'azione penale.

Chi si accontentasse di questa prima sommaria analisi, verrebbe indotto ad accettare passivamente la natura processuale dell'istituto della prescrizione del reato, dato che non si può certo negare il trattamento analogo (almeno di facciata) per ipotesi di difetto dell'azione penale e cause di estinzione del reato, venendo così la prescrizione del reato regolata alla stregua della prescrizione dell'azione (assumendo, quindi, natura processuale).

Tuttavia, i sostanzialisti rivendicano convintamente la prevalenza del contenuto di un'altra disposizione –sempre del c.p.p. – la quale sarebbe decisiva nel confermare, invece, la natura sostanziale dell'istituto: l'art. 129 del Codice Vassalli, rubricato "Obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità", che recita: «In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato

decorso del tempo, vedendo nella prescrizione del reato (con una interpretazione ancorata ad un criterio abbastanza antico) anche un rimedio a tal rischio, ottemperando alle esigenze di certezza del diritto.

non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara d'ufficio con sentenza (1° comma). 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 (2° comma)».

Dal 2° comma di questa norma parrebbe chiara la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, soprattutto poi se si va a ripescare quella clausola di salvezza di cui all'art. 531 sempre della legge rituale, che sancirebbe la prevalenza della soluzione sostanziale su quella processuale.

È evidente, allora, l'influenza che pure il Codice di procedura penale avrebbe sulla fissazione della natura del *tempori cedere*, fatto che succedeva sì con il precedente Codice Rocco (sempre di rito): ben prima degli anni '80 del secolo scorso si faceva strada la interpretazione sostanzialista, la quale se da un lato era analoga a quella attuale, dall'altro era (forse) meno intricata. Per comprendere meglio questo discorso occorre esaminare meticolosamente l'art. corrispondente al vigente 129 c.p.p., ossia il “vecchio” 152.¹⁷⁸ Esso, rubricato ancora “Obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità” recitava: «in ogni stato e grado del procedimento il giudice il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, o che la legge non lo prevede come reato, o che il reato è estinto, o che l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita, deve dichiararlo d'ufficio con sentenza (1° comma). 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 preveduto dalla legge

¹⁷⁸ Anche in autorevoli fonti, come la voce *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 78 ss., riportano questa disposizione a fondamento della natura sostanziale dell'istituto. Il riferimento parte nella presupposizione che all'interno dell'art. 152 del vecchio codice di rito fosse contenuta (implicitamente) la differenza intercorrente fra cause estintive e condizioni di procedibilità: le cause estintive non escluderebbero che ad esse segua una sentenza assolutoria (a patto che sussistano le prove che il fatto è insussistente, non costituisce reato, non è stato commesso dalla persona imputata), mentre le condizioni di procedibilità hanno efficacia processuale e quindi precludono che si proceda nel merito. La prescrizione, causa estintiva, avrebbe l'effetto di eliminare il reato a prescindere dall'accertamento del fatto. Opererebbe, cioè, a prescindere dalla verifica procedurale della commissione del fatto, concedendo addirittura la assoluzione laddove ci si trovi in una delle situazioni di cui al 2° comma del medesimo articolo. Le condizioni di procedibilità, invece, precludono in ogni modo la assoluzione. Nell'attuale 129 è un po' diverso: il suo 2° comma non parla necessariamente di sentenza di merito, ma sancisce che si abbia in via generale una delle soluzioni elencate con tanto di formula prescritta (con conseguente pronuncia che può essere di merito o di rito, non soltanto o di un tipo o dell'altro).

come reato, il giudice pronuncia in merito, prosciogliendo con la formula prescritta (2° comma)».

L'alternativa è secca: se risulta già evidente la prova negativa del reato, si deve senz'altro prosciogliere in base ad essa, astenendosi dal dichiarare l'estinzione del reato (comma 2); in ogni altro caso, invece, a prescindere dalla prova positiva della colpevolezza, il reato va dichiarato estinto (comma 1). Il reato diventerebbe, peraltro, un mero fatto eventuale, che non è nemmeno detto che si sia verificato, dal momento che la sua prescrizione interviene, *ex lege*, prima che sia stata accertata la concreta commissione di un crimine.

Ciò significa che, in presenza di una delle situazioni configurate dal vecchio testo dell'art. 152 c.p.p., il reo andava prosciolto indipendentemente dall'accertamento della sua colpevolezza: uno scenario che non sarebbe in alcun modo assimilabile ai casi in cui invece non si deve procedere in quanto manca una condizione di procedibilità; il che sarebbe una conferma della natura certamente sostanziale dell'istituto della prescrizione.¹⁷⁹

Rispetto all'attuale 129 c.p.p., la prima differenza che esce allo scoperto è che – ai sensi del vecchio art. 152 c.p.p. – era sancita la pronuncia di una sentenza di merito, seppur essa dovesse avvenire con la formula prescritta per quel caso dalla legge; oggi, invece, sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta, il che fa capire che non è detto che si tratti di sentenza di merito. Anzi, persino nel caso di assoluzione (il cui rinvio implicito è all'art. 530 c.p.p.) vi sono motivi di dubitare che la pronuncia sia di merito, pur venendo dichiarata la piena assoluzione del presunto reo.¹⁸⁰

Oggi, quindi, stando al 129, 2 c.p.p., in presenza di un rinvio tacito pure ad ipotesi di pronunzie di rito, si è inclini a ritenere che quelle interpretazioni sostanzialiste (che instauravano il proprio giudizio proprio sul disposto del vecchio art. 152, comma 2 del

¹⁷⁹ A. MOLARI, *Appunti*, pp. 9 ss.

¹⁸⁰ Tale articolo recita al primo comma: «Se il fatto non sussiste, se l'imputato non lo ha commesso, se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ovvero se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione indicandone la causa nel dispositivo». Rispetto alla ipotesi in cui la persona non sia punibile "per un'altra ragione" la giurisprudenza è spaccata, poiché se, da un lato, vi è la convinzione che la assoluzione (e, quindi, la certificazione della non colpevolezza) comporti una pronuncia senz'altro di merito, vi è chi, invece, interpreta quel "per un'altra ragione" come una ipotesi da cui può derivare tanto una pronuncia di merito quanto di rito.

Codice di procedura penale siglato dal Ministro Rocco) vacillino alla luce del nuovo testo dell'omologo 129, comma 2 del c.p.p. del 1988.

Anche il 129, 2 pone un alternativa, ma che non è categorica come quella del 152: ai sensi del 2° comma del “nuovo” art. 129 c.p.p., infatti, non vi è senz’altro sentenza di merito, ma dipende dal caso specifico. Il pacchetto offerto dal 129 è parzialmente diverso.¹⁸¹

Tolta questa differenza, che è la principale, sono numerose altre le divergenze tra le due norme.¹⁸²

Pur nella parziale diversità del testo dell’art. 129, 2° comma c.p.p. rispetto al precedente 157, l’argomento elaborato dai sostanzialisti è il medesimo: stando alla nuova formulazione, laddove vi è concorso di cause di non punibilità, il giudice è tenuto ad assolvere con la formula più favorevole al reo (quindi non proscioglimento generico, come accade invece ai sensi del 1° comma).¹⁸³

Pertanto, se il decorso del tempo interviene a sciogliere il nesso di causalità tra reato e pena, ma risulta chiara *ictu oculi* una delle situazioni elencate, la prescrizione non

¹⁸¹ Nell’art. 152 del previgente codice di rito, invece, era più probabile che, in presenza di una causa estintiva, si pronunziasse poi sentenza assolutoria; ora è possibile sentenza di proscioglimento, ma non necessariamente assolutoria, con conseguente possibilità che non operi il principio del *ne bis in idem* (il quale è principio interveniente soltanto laddove sia stata pronunziata sentenza di merito passata in giudicato, poiché sancisce, ai sensi dell’art. 649 c.p.p., il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto di imputato condannato o prosciolto con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili).

¹⁸² Andando nell’ordine, al primo comma si vede che ante 1988 si utilizzava la parola “procedimento”, mentre ora in ogni stato e grado del “processo”, con radicale esclusione delle indagini preliminari. La ragione è che con la riforma del sistema penale si è voluto superare il problema delle figure ancipiti di Pubblico Ministero e Giudice, con la conseguente separazione netta tra le fasi processuali in cui ciascuno di essi è il relativo *dominus*. Invero, in sede di indagini il giudice entra in gioco solo laddove espressamente interpellato; è detto giudice *ad acta*, poiché emette solo specifici provvedimenti. Sempre in ragione della precedente commistione delle fasi e dei ruoli processuali dei magistrati preposti ad uffici differenti, nell’art. 157 della vecchia legge vi era, tra le varie ipotesi dell’art. 1, pure quella in cui l’azione penale non poteva essere iniziata o proseguita: il nuovo codice la sostituisce con la mancanza di una condizione di procedibilità. Ad ogni modo il primo comma conosce nei due articoli il medesimo epilogo: al ricorrere di una delle ipotesi elencate il giudice è tenuto a dichiararlo con ufficio con sentenza. Anche nel comma 2° vi sono segnali della emancipazione del nuovo codice rispetto al modello inquisitorio: mentre nell’art. 157 il riferimento era a prove già maturate, nel 129 si parla più genericamente di atti: invero, se si è nello stadio iniziale del processo – cioè se l’azione penale è appena stata esercitata – di prove ancora non ve ne sono, poiché esse si formano tassativamente nel dibattimento.

¹⁸³ Il criterio è quindi quello del *favor rei*, che prescinde dalla natura (di merito) delle singole cause di non punibilità; se, invece, il concorso si gioca tra cause di non punibilità e condizioni di improcedibilità, allora il giudice si pronuncerà in base a queste, poiché logicamente prioritarie; di tali conclusioni si fa portatore G. STEA nel già citato intervento in Cass. Pen., Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11040, con nota *Prescrizione e tenuità del fatto: tempo, reato, e favor rei*, in *Giur. Pen.*, Web, 4, 2016; si richiamano nuovamente le sentenze della Corte di cassazione citate poco fa in riferimento alle pronunzie favorevoli alla natura sostanziale della prescrizione del reato (nota 9). **A**

impedisce che il giudice si esprima con una formula di merito, accertando in negativo il reato prescritto.

In generale si può concludere, allora, che l'estinzione del reato non ha effetti di tipo processuale.

Ciononostante – trattandosi di un tema alquanto spinoso e involuto – non ci si deve accontentare della prima spiegazione che sembra calzare con il dettame normativo. Ciò per ragioni che si proiettano sia nel passato sia nel futuro: se, infatti, la questione conobbe le sue origini in un equivoco di cui si ha testimonianza proprio nei lavori preparatori del Codice penale del 1930, al contempo il dibattito, spesso sopito da fasi in cui non ci si diede troppa pena di modellare l'istituto prescrizione, si riaccende proprio ai giorni nostri in procinto di nuove riforme, le quali sembrerebbero spingere in direzione di un istituto processuale.

Prima di muoversi in direzione delle più recenti tendenze, è bene prendere in considerazione, nell'ordine, la tesi processualista e distinguere tra coloro che la sostennero incondizionatamente sin dalla nascita del Codice Rocco (quindi sin da prima del consolidamento delle tesi sostanzialiste nelle loro svariate declinazioni) e coloro che invece espongono la disciplina della prescrizione in termini processuali esordendo con la critica delle conclusioni formulate dai promotori della tesi sostanzialista e sulle quali ci si è appena soffermati.

Nell'analisi delle due teorie si è partiti da quella più recente (la sostanziale): negli anni '60 vi fu un momento in cui si fece strada la convinzione del superamento della tesi processualista. Invero, il fatto di considerare la prescrizione in termini di diritto dinamico e non statico veniva considerato un antico retaggio ereditato dai riverberi che il Codice Rocco portava con sé ancora dal Codice penale del 1889.¹⁸⁴

Nonostante il ragionamento si fondi su di una certa coerenza, non si può prenderlo per vero in maniera aprioristica: se, infatti, la teoria sostanziale è in certa misura calzante di primo acchito, non si può negare che, a fare i conti con l'ordinamento giuridico presente, assume forse addirittura un significato più consono ad una lettura in chiave processualista. Ad ogni modo, onde scongiurare deduzioni sommarie e affrettate, occorre

¹⁸⁴ A testimoniare che oggi è nettamente preponderante la tesi sostanzialista sono, tra molti, A. MOLARI, in *Appunti*; ID., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, 1966, p. 683; C. MARINELLI, in *Ragionevole durata*, pp. 100 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, p. 791; A. DEL GIUDICE, *In tema di cause estintive del reato e della pena*, c. 118; M.G. GALLISAI PILO, voce *Estinzione del reato e della pena*, p. 551; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 801.

soffermarsi sui punti salienti di quest'ultima, mettendone in risalto punti deboli e punti di forza rispetto al contesto socio-politico in cui si colloca il sistema giuridico italiano dei giorni nostri.¹⁸⁵

Nell'affrontare la tesi processualista, dunque, gli argomenti verranno suddivisi in due sottogruppi, distinguendo tra quelli che sono temi marcatamente processualisti in sé da quelli che invece si generano dall'ostilità nei confronti delle argomentazioni squisitamente sostanzialiste.

I primi fattori che ridondano a sfavore della tesi sostanzialista sono quelli che emergono proprio dall'art. 129 del nuovo Codice di procedura penale: proprio la maturazione della prescrizione in assenza di accertamento del fatto di reato – che per alcuni è sintomatica di natura senz'altro sostanziale – è presa quale prova della precarietà della stessa, poiché essa elimina il nesso reato-pena, il quale è (secondo accettazione comune di sostanzialisti e processualisti) elemento imprescindibile e fondamentale nella spiegazione del fatto di reato, della sua struttura e del suo rapporto con la prescrizione. Non è dunque ammissibile scartare questo legame, ecco perché non è corretta quella teoria che crede di riuscire a giustificare la natura sostanziale della prescrizione proprio sulla base della presunta indipendenza di questa dal rapporto suddetto.

Dopodiché emerge che la contraddizione tra la indisponibilità della potestà punitiva statale e la facoltà di rinunciare da parte dell'imputato rappresenta un dilemma risolvibile solo traslitterando l'intera questione nell'alveo del diritto-dovere dello Stato di intervenire, così eliminando qualsivoglia appiglio per la teoria sostanzialista.¹⁸⁶ A tal riguardo occorre risalire alla posizione della Corte Costituzionale, la quale, valutando la prescrizione come «istituto che incide sulla punibilità della persona»,¹⁸⁷ considera questo argomento valida conferma della influenza fortemente materiale della prescrizione.

Di contro, i processualisti vedono in questa interpretazione della Corte (foriera della successiva introduzione della rinunziabilità, da parte dell'imputato, alla prescrizione

¹⁸⁵ La visione del giurista celeberrimo venne spesso definita in maniera piuttosto critica come la conseguenza di una prospettiva *pan-processualistica*; si veda a tal riguardo *Enciclopedia del diritto*, XXXV, pp. 78 ss.

¹⁸⁶ R.G. DE FRANCO, *Potestà punitiva*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, 1968, p. 507.

¹⁸⁷ Ancora una volta si rinvia per la giurisprudenza alla nota 9, ma stavolta in riferimento alle sentenze della Consulta (v. sentt. degli anni 2013, 2017, 2018, in articolare quella del 2017 relativa alla “questione Taricco”) e non della Suprema corte.

del reato) la violazione del carattere fondamentale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

La violazione del diritto di difesa starebbe nel fatto che il reo, rinunciando alla prescrizione, sarebbe punibile anche dopo decorso il tempo che la legge stabilisce per l'estinzione del reato. I processualisti, dunque, ritengono che il Legislatore abbia sbagliato nel non considerare la inviolabilità di tale diritto costituzionale, inteso come sommatoria del «diritto al giudizio e con esso a quello alla prova».¹⁸⁸

Per di più alla rinunziabilità (pur avendo questa la sua sede nel Codice penale) il sentimento comune attribuisce connotati tipicamente processuali, fondati sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (e, propriamente, nel senso di diritto al giudizio e diritto alla prova): se il reo rinunzia alla prescrizione, può essere punito anche una volta decorso il tempo corrispondente a quello necessario a che il reato si estingua; tale ripercussione non è accettabile se si ragiona nell'ottica prettamente sostanzialista (promossa dalla Consulta) che vincola la punibilità al reato, in nome di un inscindibile nesso tra reato e pena.

Ancora in favore della natura mista, vi è che non si possono appoggiare le teorie di coloro che, onde superare la contraddizione di cui al punto precedente, ammettono che, anziché di prescrizione, si parli di decadenza: «la prescrizione riguarda i diritti e la loro perdita; la decadenza riguarda i poteri, e non la loro perdita, ma il loro esercizio».¹⁸⁹

Una volta chiarite le varie ragioni che spingono parte della dottrina ad abbracciare la tesi processualista in conseguenza della ritenuta caducità di quella sostanzialista, è giusto dare spazio anche alle argomentazioni che nascono come puramente processualiste.

¹⁸⁸ Corte Cost. 31 maggio 1990, n. 275, § 3 (*Considerato in diritto*).

Non manca la controrisposta dei sostanzialisti a questa critica: l'interesse dell'imputato alla definizione assolutoria, non avvantaggiandosi della prescrizione, consiste in una facoltà personalissima del presunto reo e nulla ha a che vedere con l'esercizio da parte sua del diritto di difesa.

Il carattere personalistico del *tempori cedere* sarebbe confermato anche dal “conflitto” tra la concezione etimologica del termine processo (*processus*) e le esigenze di civiltà – perlopiù tendenti in direzione di un processo rapido, anziché lungo: tali esigenze, ossia le cause principali che determinano il bisogno della rapida definizione del processo sono di natura sostanziale (si veda C. Marinelli, *Ragionevole durata*, P. 10).

¹⁸⁹ Tale teoria, elaborata da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1943, pp. 201-202, venne poi interiorizzata dal pensiero di A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Rivista trim., dir. e proc. civ.*, 1964, pp. 171 ss.

Il principale fautore della tesi processualista è F. Carnelutti,¹⁹⁰ che scrisse in un'epoca in cui la prescrizione (e, dunque, estinzione) dell'azione era già stata rimpiazzata dalla prescrizione del reato.

«Il così detto diritto di punire non è altro che azione»:¹⁹¹ questa la massima attorno alla quale ruota il pensiero del principale esponente dell'orientamento processualista.

Chi lo critica parla di una riduzione della punibilità a dato meramente processuale.¹⁹²

Stando a F. Carnelutti, pertanto, la pena si risolve nel processo: per Carnelutti è il processo stesso già in sé una pena? In un certo senso sì. Ad ogni modo, di notevole interesse sono anche tutte le altre argomentazioni generalmente addebitabili ai processualisti.

In primis, la prescrizione (del reato) è istituto di durata: la dimensione coscienziale della prescrizione ed il suo carattere presuntivo ne sancirebbero inevitabilmente la dimensione processuale; esattamente come la prescrizione, infatti, il processo si svolge nel tempo e si dispiega in istanti successivi, il cui decorso incide sulla situazione di fatto oggetto di giudizio.

In secondo luogo, sarebbero sintomatici della natura processuale gli echi di diritto civile che pesano su tale istituto. Il fatto che restino pure una volta decorso il termine prescrizionale, dimostra come la questione civile e quella penale siano indipendenti, ergo quelle civile prescindono dall'illecito. Ciò è confermato dall'art. 75 c.p.p., che sancisce –

¹⁹⁰ Oltre a F. Carnelutti, si ricordino per la tesi processualista P. FERRUA, *Quel regime transitorio della "ex Cirielli". I rischi di disparità restano: ecco perché*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 43, p. 111; V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema di impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, pp. 345 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 263 ss.; V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Athenaeum, Roma, 1914, p. 17; D. MICHELETTI, *Prescrizione del reato e della pena*, in S. PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. XI, Milano, 2007; A. NAPPI, *Guida al Codice penale*, Milano, 2003, p. 26 ss.; P. NUVOLONE, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1966, p. 435; A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472 ss.; ID., *Principi di diritto penale, Pt. gen.*, Giuffrè Editore, Milano, 1980, p. 696 ss.; ID., *Prescrizione del reato e "nuova" estinzione del processo*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 4043; ID., *Il fatto di reato*, G. Priulla Editore, Palermo, 1960.

¹⁹¹ F. CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 211; non mancano critiche fragorose da parte degli appartenenti alla schiera contrapposta: ad esempio, A. MOLARI, in *Appunti*, rimarca che in questa concezione non vede altro se non la «riduzione della punibilità a dato meramente processuale», cit. *ex nota* 1 p. 4. A criticare questa impostazione sono, oltre ad A. Molari, PETROCELLI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pp. 81 e ss. e G. BELLAVISTA, *Pena e processo*, in *Arch. Pen.*, 1953, I, 81 ss.

¹⁹² A. MOLARI, *Appunti*, p. 4.

come regola generale, e diversamente da quanto era preveduto dal c.p.p. del 1930 – la separazione dei processi.

Circa gli “strascichi” civilistici, si veda che la prescrizione non elimina alcuni effetti (confisca e risarcimento del danno) che restano in vita anche quando il reato è dichiarato estinto: allora la prescrizione non dipende dalla illiceità del reato.

Pertanto, la visione di coloro che la considerano tradizionalmente procedurale è molto antica. Tra i suoi precedenti a noi noti, sicuramente il più autorevole è il Codice Zanardelli.

Avendo qui la prescrizione (dell’azione) natura puntualmente dinamica, essa finirebbe con il cancellare anche la condanna: «Si rileva non senza meraviglia come il Progetto parli di “estinzione del reato”. Non conoscendosi i motivi del Progetto, non si possono apprezzare le ragioni per le quali alla ormai dominante terminologia: estinzione dell’azione penale, si sia sostituita quella adottata. Ad ogni modo non pare di dover consentire in questa innovazione. Il reato è un fatto, che non può estinguersi. *Quod factum infectum fieri nequit*. Ciò che può venir meno per molteplici cause, è la sua perseguibilità: quando questa viene meno si estingue l’azione penale. Si propone pertanto il ritorno alla dizione del codice vigente, che è anche la dizione tradizionale»¹⁹³

Vigente il Codice Zanardelli, quindi vigente la prescrizione dell’azione (art. 91, ai sensi del quale la prescrizione dell’azione è quella che interviene *prima* della condanna definitiva), era abbastanza ovvia la natura processuale di questa. Nondimeno, già all’epoca non mancavano voci contrarie di giuristi che vedevano addirittura nella prescrizione dell’azione un istituto di diritto materiale.¹⁹⁴

Inoltre, mentre in sede di disamina della teoria sostanziale si era rilevata l’assenza di effetti processuali della prescrizione del reato sulla base delle argomentazioni maturate in ragione delle disposizioni dei codici penali, al contrario, per i processualisti essa avrebbe proprio sostanza ed efficacia processuali, in quanto «la prescrizione del reato,

¹⁹³ OSSERVAZIONI sul Libro Primo del Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano, in RELAZIONE della Commissione Speciale composta degli Avvocati Amerigo Lecci, presidente – Aldo Borri – On. Guido Guidi Buffarini – G. Raffaello Cerrai – Prof. Alfredo Pozzolini, relatore ed estensore: e dei Dottori Nicola Jaeger e Giulio Checcucci, segretari.

PISA: ARTI GRAFICHE MARIOTTI-PACINI 1928 A- VI.

¹⁹⁴ Tra le voci più autorevoli a sostegno della natura procedurale della prescrizione *ex art. 91 del c.p. del 1889*, C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, I, Pt. gen., Milano, 1912, pp. 741 ss.; G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1892, pp. 516 ss.; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, II, Vallardi, Milano, 1926, pp. 388 ss. Viceversa, dalla parte della natura sostanziale della prescrizione dell’azione si veda V. MANZINI, *Trattato*, pp. 492 ss.

comunemente considerata una causa di estinzione del reato, è in realtà una causa di improcedibilità sopravvenuta, legata al passare del tempo dal momento in cui è stato consumato (o tentato) il reato. Di questa natura processuale vi sono alcuni segni indubitabili».¹⁹⁵

La tesi procedurale, per quanto si avvalga di argomenti condivisibili, non può nemmeno questa essere considerata definitiva e risolutiva di tutte le ambivalenze che la prescrizione presenta. Invero, a voler ritenere l'istituto prettamente processuale, verrebbe meno quell'aspetto evidenziato dai sostanzialisti che non va dimenticato: il carattere personalissimo della prescrizione; carattere sul quale la Consulta basa pure la giustificazione della rinunziabilità a questo istituto da parte del presunto reo. In realtà, per quanto sia vero che la contropotesa punitiva dello Stato non possa presentare il carattere della negoziabilità, è altrettanto vero che non si può dimenticare l'impatto personalistico, interiore, coscienziale del tempo successivo alla commissione del reato.

Non ha senso soffermarsi ancora sulle minuzie attinenti alle diverse prese di posizione della varie correnti, a maggior ragione dal momento che ciascuna di queste si articola a sua volta in interpretazioni minori dal temperamento assai variabile.

Pertanto, l'atteggiamento più convincente parrebbe quello di chi, preso atto di quanto variegato è il panorama attuale, accetta di vedere nella prescrizione un istituto dotato della massima relatività, prendendo in considerazione anche le soluzioni più improbabili e tenendosi aperto ad epiloghi del tutto inaspettati.

In conclusione, poi, si chiuderà il cerchio che si era aperto con la proposta iniziale: la natura mista della prescrizione del reato.

3.2 Soluzioni prospettate: teoria mista e ispirazione all'ordinamento tedesco; natura non penale della prescrizione

In esito al confronto delle due tesi tradizionalmente elaborate in tema di natura della prescrizione del reato, è palese la eredità incompleta¹⁹⁶ di cui è portatore l'art. 129

¹⁹⁵ Seppur nel solco della tesi processualista, si ha un primo accenno allo sbilanciamento, verso una teoria mista da parte di A. PAGLIARO, in *Prescrizione del reato*, p. 4043.

¹⁹⁶ Incompleta rispetto al suo predecessore, ossia l'art. 152 del codice di rito propugnato Ministro Rocco.

del Codice Vassalli: tale ambiguità pare conferma di una evoluzione del sistema nella consapevolezza che le situazioni non possono essere univoche, bensì richiedono la massima flessibilità cui possono ambire. Ergo, anche solo a leggere queste norme, potrebbe ben dedursi la idoneità di una lettura “mista”.

Inoltre, ancora una volta si nota la impossibilità di leggere la prescrizione come istituto disciplinato esclusivamente dalla legge sostanziale o da quella procedurale, essendo oggi evidente come pure in termini di disciplina debba essere garantita la massima flessibilità.

Un criterio intermedio che si sforza di mettere d'accordo sostanzialisti e processualisti è la elaborazione della natura mista della prescrizione del reato.¹⁹⁷ Di carattere compromissorio, essa tuttavia ebbe fortuna già in passato nell'ordinamento penale tedesco, ove si affermò quale dottrina maggioritaria (per la trattazione di questo argomento si rinvia al capitolo successivo).¹⁹⁸

Pure nel nostro sistema – non senza critiche piuttosto notevoli – vi è spazio per una concezione che mette insieme il dato statico con quello dinamico. Le ragioni a sostegno della tesi mista sono numerose al punto che, forse, si potrebbe raggiungere un accordo accettando proprio quest'ultima ipotesi come soluzione consona alle innumerevoli teorie che si sono fatte strada nel corso dei decenni.

Come noto, la confusione sulla natura della prescrizione va di pari passo con le incertezze relative alla struttura del reato e, in special modo, circa la collocazione della

¹⁹⁷ Tra le letture utili in questo contesto si hanno L. D'ANTONIO, *Prescrizione*; G. GIOSTRA, *Il problema*, pp. 2221 ss.; ID., *Intervento*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio*, p. 304; F. GIUNTA, *Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni processuali, prospettive di riforma*, in AA. VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, p. 115. Ad osteggiare questa teoria è, invece, F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Edizioni italiane, Roma, 1945, p. 127; Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2000, *Viggiani*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 752; B. NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 61.

¹⁹⁸ La tesi mista, come ereditata dalla dottrina tedesca, implica che sul piano degli effetti la prescrizione ha ruolo di condizione di procedibilità, mentre su quello formale di causa di estinzione del reato. Così la pensano M. PAWLOSKI, *Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, in *NJW*, 1969, p. 594; G. JACOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, De Gruyter, 1991, p. 345; H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Vierte Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1988, pp. 911 ss.; in particolare, favorevoli al ruolo di condizione di procedibilità relativamente agli effetti, tra alcuni degli esponenti della dottrina maggioritaria tedesca, F. SALINGER, §78, in U. KINDHAUSER, U. NEAMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar StGB*, III ed., Baden-Baden, 2010, p. 2476; W. MITSCH, §§ 78 ss., in W. JOECKS, K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II ed., Monaco, 2012, pp. 1453-1488, p. 1455.

punibilità: è favorevole alla teoria mista proprio il fatto che persino alcuni dei sostanzialisti collocano quest'ultima al di fuori del reato inteso in senso materiale. Infatti, se da un lato tale posizionamento della punibilità serve a questa parte della dottrina a giustificare l'indipendenza degli effetti della prescrizione del reato sull'accertamento del medesimo (nel senso cioè che il decorso del tempo non incide sull'eventuale accertamento successivo nel merito del fatto – come fissato dall'art. 129, comma 2 c.p.p. – o, in altre parole, nel senso che l'accertamento del fatto, prescinde dalla sua estinzione per decorso del tempo), dall'altro, ponendo la punibilità all'esterno del fatto materiale, tale interpretazione potrebbe convincere della natura non statica della punibilità medesima e, pertanto, dell'essenza dinamico-procedurale delle figure idonee ad incidere su di essa (tra cui la prescrizione).

In secundis, è intuitivo il disagio generalmente diffuso tra gli interpreti, che – pur schierandosi da una parte o dall'altra – arrivano a dubitare persino delle proprie posizioni. Si ha una sensazione condivisa di insoddisfazione, qualunque sia la soluzione cui si perviene.

La pluralità di vedute è così vasta che sono numerosi i temi – formulati a vantaggio dell'una o dell'altra tesi – tali per cui essi non possono essere accantonati, stante la loro consistenza logica e giuridica.

Riassumendo tra i vari fattori concordi con la dottrina sostanzialista si ricordino: la collocazione della disciplina della prescrizione del reato nel Codice penale; il comma 2 dell'art. 129 c.p.p.; le sentenze della Corte Costituzionale, tradizionalmente favorevole per la tesi sostanziale.¹⁹⁹

¹⁹⁹ M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Zanichelli Editore, Torino, 2010, p. 289; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 401-402; si ribadisce che la natura sostanziale sarebbe sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità.

Circa le pronunzie della Consulta, si accenna brevemente ad una questione che verrà trattata nel Capitolo 4: le pronunce della Corte Costituzionale favorevoli alla interpretazione in senso sostanziale della prescrizione del reato, hanno sempre affermato anche che il concetto di disposizione più favorevole dev'essere esteso anche a tutte quelle norme che apportano modifiche alla disciplina della fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato; in particolare, si rinvia alla pronunzia della Corte Costituzionale n. 393 del 23 novembre del 2006, avente ad oggetto la legittimità della disciplina transitoria di cui all'art. 10, comma 3° della Legge 251/2005, c.d. "ex Cirielli"; rilevante la nota alla sentenza da parte di E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme processuali favorevoli al reo*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 285 e 419.

Anche a distanza di anni dalle sue prime pronunzie, la Corte Costituzionale si rivela costante nella sua interpretazione sostanzialista dell'istituto della prescrizione. Ciò è particolarmente rilevante soprattutto se si considera il contesto in cui le più recenti pronunce vennero maturate: è il caso di due sentenze sulla legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dalla normativa emanata per

Sul versante della tesi processualista si hanno invece: le ripercussioni processuali sancite dal codice di rito; il fatto che ad estinguersi è verosimilmente non qualcosa di materiale (il che è impossibile e innegabile), bensì un diritto-dovere dell'ente pubblico statale.

Volendo conciliare queste due tesi, emergono poi numerose contraddizioni. Ad esempio, è noto che la potestà punitiva dello Stato non si può non inquadrare – anche per mere ragioni logiche – in un contesto processuale; nondimeno, è stato altrettanto dimostrato da vari autori che la non punibilità ha, invece, attratto la disciplina degli istituti che la riguardano nella sfera del diritto sostanziale.²⁰⁰

Questo si manifesta in un contrasto irrisolto: la rinunziabilità alla prescrizione da parte dell'imputato e l'indisponibilità del diritto di punire da parte dello Stato. Quanto alla prima, essa venne introdotta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, dal canto suo, definì la prescrizione sempre come istituto di diritto sostanziale. Il rifiuto della medesima da parte dell'imputato non è in sintonia con la tradizionale indisponibilità che è, al contrario, riconosciuta alla pretesa punitiva dello Stato: vi è un sentimento radicato per cui la potestà punitiva in senso stretto è un potere della sovranità popolare e quindi irrinunziabile, indisponibile, imprescrittibile (tre termini, questi, molto forti e che potrebbero disorientare alla luce di quanto detto sino ad adesso sulla disciplina generale della prescrizione).

Ulteriore paradosso si manifesta laddove si osservi che la prescrizione del reato è percepita come un istituto temporale, *Zeitdauerbegriff*, ergo un istituto che si svolge nel tempo, dinamico, che incide sulle conseguenze del reato e non sul fatto in sé (che non potrà mai essere eliminato); al contempo, tuttavia, la sua disciplina è in tutto e per tutto tipica di una figura di diritto penale materiale, nonostante essa possa avere riverberi pure in termini processuali.²⁰¹ Per vedere questi due caratteri contrapposti, quindi, le conseguenze vanno tenute distinte dal nucleo del reato, che è materiale e statico.

Coloro che criticano la teoria mista sono convinti che essa, in quanto ibrida, non dia garanzie di certezza, poiché non si capisce più se si tratti di un istituto che richiede

fronteggiare la emergenza epidemiologica da Covid-19. La Corte Costituzionale ha ivi ribadito che le norme che incidono sulla concreta durata del termine prescrizionale ricadono nell'area del principio di legalità *ex art. 25 Cost.* (Corte Cost., 12 dicembre 2020, n. 278 e Corte Cost., 6 luglio 2021, n. 140).

²⁰⁰ Studi in questo senso sono stati effettuati da G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, 1985, spec. p. 806 ss.

²⁰¹ A. PAGLIARO è tra coloro che dettano la differenza tra reato in senso stretto e reato in senso processuale; si veda *Presupposti di connessione*, in AA. VV., *Connessione di procedimenti e conflitto di competenza*, Milano, 1976, p. 18.

l'applicazione del principio di legalità sostanziale, oppure se si giovi della maggior elasticità della disciplina di tipo processuale.

È anche vero, però, che, nell'impossibilità di decretare una volta per tutte la preminenza o della tesi sostanzialista o di quella processualista, la soluzione mista si presenta come quella più adeguata a mettere in salvo tutti quegli aspetti particolari ai quali, a voler abbracciare *in toto* l'una o l'altra interpretazione, si dovrebbe inevitabilmente rinunciare.

Visto il caos generale, non mancano coloro che rinunciano a proseguire su questo sentiero impervio e, con un po' di fantasia, giungono a conclusioni alternative, spesso bizzarre: in via principale vi sono coloro che si sentono legittimati a dubitare che la prescrizione possa avere davvero natura (anche) penale.²⁰²

L'origine della prescrizione del reato si rinverrebbe in un "contratto sociale", ossia nella esigenza di anteporre gli interessi della collettività alle esigenze dei singoli.²⁰³

Tale conclusione è per un verso deludente: asserire la natura non penale della prescrizione è una vanificazione di tutti gli sforzi dei penalisti protesi a dare un significato che renda l'istituto applicabile nella piena tutela dei diritti e sostanziali e procedurali dell'individuo coinvolto. Ergo, il fondamento della irretroattività (la quale, all'articolo 25, 2 Cost., rappresenta il principio essenziale della prescrizione del reato), non sarebbe altro che la conseguenza della necessità di soddisfare sia le istanze punitive generali, sia i diritti individuali, tra i quali la facoltà del (presunto) colpevole di disporre del decorso del tempo.

Si viene allora a creare un rapporto "dialogico", ai sensi del quale la punizione del reo non è più esclusivamente determinata in ragione di una logica penalistica, ma anche e soprattutto nel senso di attuare un patto sociale fondamentale; pertanto, la punizione non è conseguenza della sola norma penale, bensì di un novero ben più ampio di regole che discendono anche e soprattutto dagli altri rami del diritto.

La prospettiva è ulteriormente deludente se si nota la terminologia tipicamente illuministica: un vero e proprio fallimento del tentativo di emancipare questo istituto e di dargli forma moderna.

²⁰² F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, pp. 63 ss.: non è in favore per nessuna delle tre teorie, né sostanziale, né processuale né mista. Si limita ad individuare i pro e i contro di ciascuna. A quest'opera di attribuisce il tentativo di individuare una soluzione esterna all'istituto penale.

²⁰³ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, 1762.

Nondimeno, questo risvolto potrebbe consolare coloro che propiziano l'abbandono dell'istituto prescrizione: l'antichità di questa figura, tanto nel penale quanto nelle altre aree del diritto, gioca a favore del suo eventuale accantonamento, poiché se è vero che la prescrizione è sempre esistita, è anche pur vero che in passato era molto più semplice adattarla alle contingenze del momento.

Nemmeno questo assunto convince: la prescrizione è, infatti, anche oggi un elemento indicativo del livello di civiltà di una certa comunità. Vederla come un intralcio sarebbe una regressione alle epoche in cui la giustizia veniva attuata in modo del tutto parziale.

Il risultato è, allora, che si giunge sempre ed in ogni caso ad un paradosso: qualunque sia la strada che si vuole intraprendere, si arriva a dire che non si riesce a definire l'istituto in maniera definitiva e, ad ogni proposta volta a superare in massa tutte le contraddizioni che le sue interpretazioni presentano, si giunge sempre ad accettare la contraddittorietà di essa medesima rispetto agli impieghi che ne vengono fatti.

3.3 Itinerario proposto: dimensione fattuale del tempo o dimensione temporale del reato?

Dalla complicatezza della questione non si possono trarre soluzioni definitive, ma ci si limiterà a dire in questa sede che non vi è una soluzione univoca; ciononostante, non si può abdicare alla certezza tipicamente richiesta dal diritto già nello stadio della sua formulazione e successiva interpretazione.²⁰⁴ È un'istanza il cui corollario si concretizza nella conciliazione dell'istituto con l'ordinamento penale vigente: si è chiamati a fare i conti con l'ordinamento giuridico del momento, onde assicurare la tutela dei diritti fondamentali da questo protetti. Nel caso italiano, la partita si rivela oltremodo complessa, viste le recenti vicende riformatorie che procurarono, in meno di venti anni, continue rimodulazioni dell'istituto prescrizione.

²⁰⁴ Molti sono convinti che «alla base della efficacia estintiva del tempo sulla punibilità» stia un'esigenza di certezza; si veda ancora A. MOLARI, in *Appunti*, pp. 13 ss., che ritiene valida questa deduzione anche per gli ordinamenti stranieri; in questa direzione, ad esempio, U. BRÄUEL, *Die Verjährung der Strafverfolgung und der Vollstreckung von Strafen und Massregeln*, in *Materialien zur Strafrechtsreform, Rechtsvergleichende Arbeiten*, vol. II, Bonn, 1954, pp. 429 ss.

In vista della certezza normalmente richiesta dallo Stato di diritto, si tiene conto innanzitutto di quei dati che hanno permesso di confermare la loro incontrovertibilità, ossia la relatività intrinseca allo scorrere del tempo successivo al reato e la flessibilità, richiesta sia in particolare da un istituto del tipo di quello che si sta studiando sia in generale dagli ordinamenti penali contemporanei.

La via più saggia è probabilmente la seguente: non fossilizzarsi su singoli passaggi del legislatore e degli interpreti; non assolutizzare le concezioni – rispettivamente sostanzialiste o processualiste – dell’una o dell’altra corrente; bensì servirsi di una visione a 360 gradi, pesando *pro* e *contra* di ciascuna scelta legislativa e politica e, soprattutto, valorizzando la comparazione con le soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza degli ordinamenti stranieri. Relativamente a questo ultimo punto, come accennato in riferimento alla teoria “mista” della natura della prescrizione del reato, si riconosce l’importanza per noi del dibattito analogo che si svolge tra i dottori dello *Strafrecht* tedesco. Una lettura “mista” dell’istituto potrebbe, peraltro, risolvere buona parte delle ambiguità attualmente riscontrate, le quali affannano tanto i giuristi quanto i politici: invero, una interpretazione che concili entrambe le parti – chiamandole al contempo a rinunciare a qualcosa – è una soluzione che, per quanto di compromesso, rappresenta verosimilmente il miglior epilogo in un contesto in cui è quasi impossibile mettere d’accordo fronti radicalmente contrastanti.

Al di là delle idee contrapposte degli interpreti, vi è che – a prescindere da queste e dagli interventi del legislatore – comunque la società è protesa verso il cambiamento e, pertanto, non può non venire coinvolto un istituto tale da incidere su un fattore come la punibilità e gli effetti di quest’ultima. Invero, il trattamento riservato alla punibilità è segnaletico del livello di civiltà sviluppato all’interno di una comunità e rappresenta un indice significativo anche ai fini del valore che la coscienza sociale attribuisce al decorso del tempo successivo al misfatto. Peraltro, se per un verso è inevitabile percepire questo tempo come qualcosa che si concretizza nella materialità del fatto (“dimensione fattuale del tempo”), è altrettanto vero che il fatto, per quanto tangibile, si svolge in istanti successivi astratti e irripetibili (“dimensione temporale del reato”). Vi è il connubio del formale e del materiale: ad ogni passaggio sensibile corrisponde una previsione giuridica e solo una volta che tutti gli elementi normativamente previsti hanno riscontro nella realtà, allora il reato è stato consumato e può avere inizio il decorso del tempo prescrizione.

Non vi è il prevalere dell'una o dell'altra dimensione, altrimenti, se si verificasse la preponderanza della dimensione fattuale del tempo, allora probabilmente sarebbe più consona la lettura sostanzialista dell'istituto; viceversa, se ad avere maggior peso fosse la dimensione temporale (e, in qualche misura, ipotetica e immateriale del reato, con conseguente maggior interesse per ciò che accade *ex post*) allora avrebbe la meglio l'interpretazione dei processualisti (per tali intendendosi i sostenitori della tesi processualista). Ecco perché, constatata la coesistenza delle due dimensioni, non pare inverosimile che la tesi migliore sia quella della natura "mista" della prescrizione del reato.

Ciononostante, in dottrina e in giurisprudenza il problema resta ancora aperto: qualunque tentativo di fornire una spiegazione dogmatica del fenomeno presenta segnali di cedimento; addirittura, alcuni concludono che la soluzione ideale è di tralasciare transitoriamente il problema e di accontentarsi di individuare una norma che sia utile a descrivere in modo complessivo gli effetti che il decorso del tempo procura sul fatto materiale e sulla sua perseguibilità processuale.

A voler essere minuziosi, più che "mista", la prescrizione, potrebbe essere inquadrata nel senso che essa è dotata di una doppia natura: un'essenza in grado di modellarsi in maniera differente in ragione del momento e delle circostanze in cui essa, di volta in volta, viene in essere. Risulterebbe allora anche più comprensibile la Riforma oggetto della nostra riflessione (Legge n. 134, 27/09/2021): le critiche che ordinariamente osteggiano quest'ultima andrebbero relativizzate, applicando le previsioni che essa contiene in maniera non assoluta. Ciò è, dopotutto, in linea con quanto già chiarito: la prescrizione non può in nessun caso venire intesa in senso estremamente dogmatico, bensì – al contrario – essa costituisce la prova dell'esigenza di conformare le figure previste da un ordinamento giuridico all'epoca ed al contesto in cui le medesime vengono calate. Ecco perché si ad una tesi "mista", ma nemmeno "troppo mista": è corretto assumere un contegno relativistico e realistico, non irreversibilmente ancorato al dato normativo astratto; tuttavia, non bisogna nemmeno cadere nell'equivoco di assumere una visione assolutamente relativistica: pure questo necessita, come coerente con un approccio che rinnega tutto ciò che è rigido, di un contegno elastico e pronto ad abituarsi ai cambiamenti eventualmente stimolati dalla società che di esso si serve.

Perlatro, viste le numerose difficoltà, ci si chiede allora se sia davvero necessario trovare la natura della prescrizione e dare una risposta alla domanda che anima il dibattito dottrinale e giurisprudenziale da circa un secolo. È già stato detto che il problema deriva dalle esigenze di certezza tipiche di qualsivoglia contesto giuridico civilizzato: infatti, se si nega la natura processuale della prescrizione, allora non si potrà dire che la im procedibilità introdotta dalla Riforma Cartabia rappresenta una forma di prescrizione del reato, con tutto quel che ne consegue in tema di diritti dell'imputato.

La conclusione cui si vuole giungere è allora ancora una volta avallata: non è possibile in nessun caso avere la presunzione di dare una definizione che sia valida una volta per tutte. Circa poi il caso italiano, soprattutto successivamente all'ultima riforma, si rinvia ai capitoli successivi, nei quali si propone un proficuo confronto con il sistema penale tedesco.

Giunti a tale conclusione, si proporrà nei prossimi capitoli una riflessione sui punti focali del dibattito tedesco, cui seguirà l'approfondimento dell'istituto della prescrizione come risultante dalla più recente riforma (Legge n. 134 del 27 settembre 2021, c.d. "riforma Cartabia"). Infine, si formuleranno delle ipotesi circa gli eventuali sviluppi futuri del nostro ordinamento alla luce degli spunti rinvenibili tanto in fonti esterne (ergo, di vena comparatistica), quanto in fonti interne, privilegiando la soluzione "mista" e così restando fedeli ad un andamento circolare della nostra riflessione (la quale, appunto, fornirà i diversi argomenti che giustificano questa opzione servendosi di tutte conquiste interpretative illustrate nei capitoli precedenti).

Capitolo 3 – Opportunità di un confronto: la *Verjährung* nell’ordinamento tedesco.

1. Breve introduzione. – 2. Teoria del reato: la punibilità come elemento chiave nella concezione moderna dell’illecito penale. – 2.1 Primi accenni del conflitto politico-dottrinale: da Feuerbach a Zanardelli. – 2.2 Teoria del reato in Germania: origine della concezione quadripartita della struttura del (fatto di) reato. – 2.3 Influenza della sistematica tedesca sulla evoluzione del concetto italiano di “punibilità”. – 2.4 Per uno sguardo d’insieme: la conferma dell’utilità di accogliere la teoria della struttura quadripartita del reato. – 3. Istituto tedesco e legge tedesca a confronto con istituto italiano e legge italiana. – 4. Dibattito in Germania sulla natura della prescrizione, in particolare della *Verfolgungsverjährung*. – 5. Fondamento della *Verjährung*: ragionevole durata del processo o *ratio* teleologica della sanzione penale? – 6. Principi del processo coinvolti dalla *Verfolgungsverjährung* e confronto con i principi italiani.

1. Breve introduzione.

Per poter formulare delle ipotesi sulla possibile soluzione cui pervenire sull’annoso dibattito relativo alla natura della prescrizione nell’ordinamento giuridico penale italiano, è significativo soffermarsi sulla disciplina che ad esso attribuisce la legge penale tedesca. A tal fine, occorre prendere in considerazione punti in comune e differenze, mettendo in luce che cosa del sistema tedesco è stato importato in quello italiano e, soprattutto, gli spunti che il primo può offrire al secondo, in particolare in vista della nuova disciplina sancita dalla legge di delega del 27 settembre del 2021, n. 134 (c.d. Riforma Cartabia).

Dopotutto, oltre ai ritocchi meramente tecnici e testuali, è nota – viste anche le numerose riforme che si ebbero solo negli ultimi vent’anni – l’esigenza comunemente avvertita di dotare questa figura così antica di una veste che ben si adatti ai contesti sociali, culturali e politici attuali, onde evitare l’elusione delle tutele dei diritti fondamentali posti dalle Costituzioni nazionali e, ancor di più, in vista del progresso umano ancor prima che giuridico.

In contesto germanico l’istituto gode di una stabilità maggiore rispetto a quanto accade nell’ordinamento italiano; basti pensare che l’ultima modifica delle disposizioni a riguardo risale al 1975. Inoltre, pur registrandosi in entrambi i contesti un aspro dibattito sulla natura della prescrizione, in Germania è prevalentemente affermata la tesi mista,²⁰⁵

²⁰⁵ Un esempio favorevole alla tesi mista è F. SALINGER, § 78, p. 2476.

mentre in Italia ancora non si è giunti ad una soluzione che armonizzi una volta per tutte orientamenti discordanti.

Prima di addentrarci nello studio della prescrizione del reato come regolata dal Codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*), sono dovute delle osservazioni in ordine all'itinerario che segnò la formazione della concezione di reato come lo si intende oggi; in special modo, non bisogna trascurare che, proprio nel territorio teutonico, conobbe la propria evoluzione la teoria della struttura quadripartita, la quale, come già chiarito, è quella che – a nostro parere – meglio si adatta a fondare l'istituto della prescrizione del reato e, al contempo, si concilia altrettanto bene con l'interpretazione “mista” che a quest'ultima si vuole accordare.

2. Teoria del reato: la punibilità come elemento chiave nella concezione moderna dell'illecito penale.

Posto che la disamina della struttura del reato in Italia è già stata trattata nel capitolo precedente, ora, nell'atto di sceverare le varie pieghe che il medesimo fatto assume nell'ordinamento tedesco, è bene affrontare qui taluni accorgimenti circa l'affinamento del ruolo e della collocazione della punibilità nella dottrina italiana, e ciò non soltanto per avere un solido termine di paragone rispetto al caso tedesco, ma anche perché – come si capirà in corso d'opera – l'evoluzione di tale componente dell'illecito penale è, in realtà, unitaria, avendo la tradizione italiana i suoi capisaldi proprio nel costume germanico.

Invero, il fattore che scatena questo dibattito (che rappresenta solo uno dei versanti minori della più ampia *querelle* afferente alla natura della prescrizione del reato) è la punibilità, la cui posizione – dentro al reato o fuori di esso – comporta opinioni contrastanti sulla incisività della pena rispetto all'evento criminoso.

In ragione di tale successione cronologica, ci si soffermerà anzitutto sulle prime esperienze maturate in questo ambito nel contesto tedesco, per poi muoversi progressivamente in direzione dell'attuale interpretazione italiana dell'istituto, passando

attraverso tutte quelle vicende intermedie di valore particolarmente significativo ai fini del nostro discorso e della tesi finale che si vorrà dimostrare.²⁰⁶

2.1 Primi accenni del conflitto politico-dottrinale: da Feuerbach a Zanardelli.

Gli studi sulla punibilità sui quali si fonda l'attuale scenario ermeneutico si basano fondamentalmente sulle lezioni degli autori dello scorso secolo; tuttavia, come noto, le questioni inquadrare hanno esordi ben più lontani.

A voler fare un passo ancora più indietro nei secoli, pur restando nell'ambito di argomentazioni giuridiche consone rispetto agli ordinamenti moderni, si constata che erano già entrati in argomento gli studiosi dell'Ottocento e, con ancor più soddisfazione, si nota un altro dato che conferma il ruolo giocato dal dibattito italo-tedesco già di quegli anni: l'incontro frequente e proficuo delle interpretazioni provenienti da entrambe le culture; è come se il "Lungo Ottocento" fosse stato il laboratorio di forgiatura della figura del reato, le cui linee caratterizzanti assunsero significato più stabile (per quanto non ancora, neppure oggi, definitivo) solo nella seconda metà del secolo scorso, precisamente all'indomani del consolidamento della comunanza di vedute condivise dai giuristi di entrambe le aree geografiche.

In quell'esteso XIX secolo ebbero fortuna le voci di F. Carrara (1805-1888), per l'Italia, e di K. Röder per la Germania.

Due voci che, in realtà, tutto mostravano fuorché vicinanza interpretativa, avendo come punto in comune il pensiero di Feuerbach, con una fermezza nell'osteggiarlo, da parte del primo, tanto forte quanto la risolutezza del secondo nel promuoverlo.

Il quadro messo a punto da Feuerbach (1775-1833) ben si accosta alla *forma mentis* del secolo dei lumi: una concezione del diritto penale unitaria ed univoca, con il

²⁰⁶ Ancora una volta si vuole mettere in rilievo che lo scopo della ricerca di cui ci si sta occupando è di fornire una lettura sulla natura della prescrizione del reato che incontri il maggior consenso possibile; come ribadito in diversi punti, volendo formulare argomenti che fondino una tesi "mista", è bene passare in rassegna tutte le questioni che stanno a monte, in quanto fondamentali nell'articolazioni di un discorso che vuole essere impostato con andamento logico-deduttivo. Naturalmente le questioni "a monte" sono quelle riferentesi alla struttura del reato, al ruolo della punibilità, agli effetti che su quest'ultima produce la pena e, specularmente, la prescrizione. Interrogarsi sul ruolo della punibilità, allora, simboleggia soltanto uno dei versanti minori della *querelle* sulla natura della prescrizione, per quanto avente carattere preliminare nello studio che si sta compiendo.

risultato di sovrapporre e confondere la punibilità con la pena. Nel corso del Settecento, infatti, era convinzione diffusa che la credibilità dello Stato risiedesse nella capacità di questo di erogare pene esemplari; accadeva dunque che l'intervento dell'autorità pubblica venisse assicurato mediante "minacce" di pena (contenute nelle disposizioni normative), le quali venivano identificate come garanzia della punibilità, con il risultato che si valutavano alla stregua di "penali" tutte quelle (e solo quelle) disposizioni contenenti minaccia di pena. In assenza di questa previsione, le norme, non assumendo valenza incriminatrice, non venivano considerate norme implicanti la punibilità e nemmeno norme penali.²⁰⁷

In altri termini, secondo Feuerbach la legge penale, *Strafgesetz*, si applica immediatamente, è valida in sé e per sé: si tratta di una visione c.d. "correzionalista" della pena, la quale se, da un lato, è di stimolo alla affermazione della funzione rieducativa e migliorativa della sanzione penale (con eliminazione delle pene feroci in vista di una giustizia volta al miglioramento dei responsabili), dall'altro ciò è previsto in un'ottica ancora illuministica, per cui, a fondare l'intervento della legge penale (*lex poenalis*, *Strafgesetz*), sarebbe la presenza della minaccia contenuta nella legge.²⁰⁸

²⁰⁷ Detto al contrario, tutte le norme penali contenevano una "minaccia" di pena.

²⁰⁸ P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Originalaus., herausgegeben von C.J.A. Mitterlmaier, G.F. Heyer's Verlag, Giessen, 1847; nella sua opera l'autore dell'inizio del XIX secolo afferma nella parte dedicata alla legge penale in generale ed alla sua applicazione: «Strafgesetz (*lex poenalis*) im weiteren Sinne heisst jedes Gesetz, das sich auf Verbrechen und deren Bestrafung bezieht. Im engeren Sinne ist es die kategorische Erklärung der Notwendigkeit eines sinnlichen Uebels im Fall einer bestimmten Rechtsverletzung, und hat eine doppelte Beziehung: I. auf alle Unterthanen, als mögliche Verbrecher, sofern es die Rechtspflicht durch den psychologischen Zwang der vorgestellten Strafe geltend machen will; II. auf die Staatsbeamten, welche richterliche Gewalt ausüben, die, als Organe des Gesetzes, die gesetzliche Drohung gegen wirkliche Verbrechen geltend machen sollen». Segue poi: «Aus der Natur eines Gesetzes überhaupt folgt für das Strafgesetz nothwendig: I. Das Strafgesetz ist gültig durch sich selbst. Dessen Anwendung kann nicht erst abhängen von einer besonderen Beurtheilung seiner Zweckmässigkeit oder Rechtsmässigkeit. II. Das Strafgesetz ist gültig für allen in demselben enthaltenen Fälle. Kein Fall, der die Merkmale der gesetzlichen Voraussetzung an sich trägt, ist von der Anwendung der rechtlichen Folge des Gesetzes ausgenommen, es müsste denn derselbe durch einen besonderen gesetzlichen Grund selbst ausgeschlossen sein», cit., p. 140.

Tradotto: «Per diritto penale (*lex poenalis*) si intende, in senso lato, qualsiasi legge che riguardi i reati e la loro punizione. In senso stretto, è la dichiarazione categorica della necessità di un male corporale nel caso di una certa violazione della legge, e ha un duplice rapporto: I. con tutti i soggetti, in quanto possibili criminali, nella misura in cui intende affermare l'obbligo giuridico attraverso la coercizione psicologica della punizione immaginata; II. con i funzionari dello Stato che esercitano il potere giudiziario, i quali, in quanto organi della legge, devono affermare la minaccia giuridica contro i crimini reali».

«Dalla natura di una legge in generale deriva necessariamente per la legge penale: I. La legge penale è valida di per sé. La sua applicazione non può dipendere da una valutazione speciale della sua opportunità o legalità. II. La legge penale è valida per tutti i casi in essa contenuti. Nessun caso che presenti le caratteristiche di un requisito legale è escluso dall'applicazione delle conseguenze giuridiche della legge, a meno che non debba essere esso stesso escluso da una speciale ragione giuridica».

È per noi fondamentale la considerazione del pensiero del Carrara, il quale fu tra i primi a porsi in contrasto con gli ideali dell'Illuminismo; scrivendo già nell'epoca del Risorgimento italiano, fu tra i primi a pronunziarsi in maniera contraria rispetto a Feuerbach, peraltro in un'era in cui vigeva ancora una legge penale di impianto liberale e fedele al concetto di funzione repressiva della pena.

Secondo Feuerbach l'impulso psicologico di procurarsi un piacere, alla base del reato, può essere fermato dalla consapevolezza che ad esso seguirà certamente un male maggiore del mancato appagamento del desiderio, cosicché lo Stato minaccia la pena per scoraggiare i cittadini dalla commissione del delitto: «Il fine della minaccia della pena è la intimidazione di tutti. Il fine della sua inflizione è la efficacia della minaccia legale, perché senza di essa detta minaccia sarebbe vuota (inefficace)».²⁰⁹

Il giudizio di Carrara sul pensiero di Feuerbach è molto severo, denunciando la assoluta erroneità della sua posizione,²¹⁰ la cui fallacia starebbe nell'aver generalizzato l'applicabilità della legge penale, credendo che «il fondamento della legittimità della irrogazione di una pena si trovi nella precedente minaccia fattane dal legislatore a chiunque delinqua».²¹¹

²⁰⁹ P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., p. 39. Il pensiero di Feuerbach è di portata tale da concordare sia con autori anteriori (ad esempio filosofo J.G. Fichte, 1762-1814) sia con le più recenti elaborazioni dottrinali (si veda il giurista F. Antolisei (1882-1967); tra gli studi più recenti vanno ricordati quelli di G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 13 ss.; gli autori evidenziano l'idea del giurista tedesco per cui prevenzione generale e sicurezza/difesa rappresentano due concetti che non possono essere tra loro confusi. Da questa distinzione deriva la scissione tra la funzione propria del diritto penale e la funzione di polizia di prevenzione. Nondimeno, la teoria di Feuerbach resta di impronta negativa, ossia intimidatoria e deterrente, suscitando le critiche di voci autorevoli come quella del Carrara, che considera la visione di Feuerbach contraria alla tutela della vittima. in quanto prescinde da un bilanciamento degli interessi antepoendo sempre e cmq quello dello Stato (si vedrà, infatti, che il Codice penale 1930 è il primo caso in Italia, e per ora anche l'unico, a orientarsi nel senso di vedere nella legge penale uno strumento teleologico a doppio fine, generale e speciale, con l'obiettivo di conciliarli e realizzarli al contempo entrambi al massimo grado).

²¹⁰ Come già il Carrara aveva audacemente intuito, la legge penale viene sì resa operante grazie ad una previsione di contenuto incriminatore, però non in assoluto, ma solo laddove tale valenza venga specificata, cioè soltanto in quei casi in cui la norma non è meramente definitoria.

²¹¹ F. CARRARA, *Programma*, pp. 374 ss.; è chiaro che il giurista italiano ha già alla fine dell'Ottocento una prospettiva di ampliamento del ruolo della punibilità, rendendola requisito costitutivo in tutto e per tutto del reato; l'autore, dunque, si pone cronologicamente e logicamente anteriormente al pensiero di E. Beling, che è di soli pochi decenni successivo; ciononostante, pare quasi che, nel settore italiano, vi sia una sorta di battuta d'arresto, per cui, pur alla luce delle convinzioni del Carrara, di fatto a lungo si continua a vedere la punibilità come elemento estraneo alla struttura del crimine, al punto che la teoria belinghiana viene oggi riconosciuta come il primo passo in assoluto in direzione del sostegno per una concezione quadripartita, spesso dimenticando che, in realtà, già nel secolo precedente lo studioso italiano era consapevole della autonomia e indipendenza di questa categoria rispetto agli altri fattori costituenti il crimine.

Contro Carrara, invece, si colloca Röder,²¹² il quale non rinuncia a sostenere il pensiero di Feuerbach, e, tutto sommato, non gli si può nemmeno imputare di avere una visione troppo retrograda, dato che comunque si collocava in favore della concezione rieducativa della pena e che viveva in un contesto ancora fortemente influenzato dal pensiero liberale per cui la pena doveva senz'altro reprimere i colpevoli.²¹³

Pertanto, più che dire che la lettura offertaci da Röder è datata, è più corretto argomentare che la intuizione di Carrara è particolarmente all'avanguardia.

Come è che Carrara fornisce le prove di una punibilità autonoma e indipendente nella struttura di reato in un'epoca in cui la maggioranza della dottrina europea la pensa all'opposto? E soprattutto in una fase in cui ciò era osteggiato dalla concezione repressiva del diritto penale, ergo non un diritto penale minimo, bensì un diritto penale che aveva come caposaldo della sua efficienza e della sua efficacia il concetto di "minaccia"?

L'ingegno del giurista toscano lo spinse a capire che talora l'irrogazione di pene "feroci" rischia di essere più dannosa della irrogazione di pene proporzionali al male commesso: Carrara vuole di fatto affermare che non è detto che la pena severa, che fa sentire la collettività al sicuro, sia la migliore. La pena preferibile è quella che contempera l'interesse statale alla tutela della comunità e l'interesse individuale al recupero del condannato. Anzi, talora le pene eccessive rischiano di alimentare pure la rabbia e il risentimento della collettività laddove vengano imposte ingiustamente.²¹⁴

²¹² Oltre al sostegno di Röder, il carattere deterrente della dottrina di Feuerbach torva conforto in quella di altri autori, come J.B. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, e K.R. POPPER, *Logik der Forschung*, Springer Verlag, Wien, trad. ingl con nuove note e aggiunte *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London 1959, trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970.

²¹³ K. RÖDER, *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda, Critica alle opinioni di Carrara e di Ellero*, in *Riv. pen.*, II fascicolo, 4, 1875.

²¹⁴ Qualora «circostanze speciali dimostrino che l'applicare l'ordinario rigore della pena in un dato caso, quantunque consentaneo a giustizia, produrrebbe alla società un danno maggiore di quello che non le derivi dal lasciare impunito o dal punire meno quel reo, nasce un conflitto fra la esigenza della rigorosa giustizia e le esigenze dell'ordine esterno. Sarebbe giusto applicare la pena ordinaria; ma ciò recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerà dall'omettere o moderare la punizione»; invero, «se la ragione di punire avesse a suo fondamento la giustizia assoluta, questa dovrebbe farsi perisse il mondo ... Ma la giustizia penale non è un criterio limitativo del giure penale. Il suo fondamento è la tutela del diritto: ed in ogni opera di difesa entra sempre il calcolo comparativo del male maggiore e del male minore ... Dunque, il bene maggiore dei consociati può essere causa di deflettere dal rigore della giustizia: e da questo fonte medesimo può nascere una serie di cause che si dicono estrinseche alla pena; le quali impongono la cessazione, o la modificazione della medesima per ragioni che sono inerenti piuttosto al suo ultimo fine, ed al suo fine immediato nel tempo stesso, anziché alla sua natura». «La giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il suo prescritto, la pena; perché in quella sta il limite del diritto di punire. Ma non si offende nel caso inverso; appunto perché essa non è che un limite: essa cioè interviene nel magistero penale onde impedire che si punisca ove esso lo vieta, ma non per imporre che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l'obbedirvi

Le pene richiedono allora di essere commisurate in maniera ragionevole e tale ragionevolezza è determinata dalle stesse motivazioni su cui si regge l'impiego della sanzione penale;²¹⁵ a tal riguardo Carrara distingue cause determinabili e cause indeterminabili.²¹⁶

A parlare di proporzione sono anche altri autori della fine di quel secolo, che diventano consapevoli del carattere teleologico della sanzione penale.²¹⁷

espone a pericoli maggiori il diritto che si vuol proteggere». Così F. CARRARA, *Programma*, cit., §§ 704-705.

²¹⁵ Di questo avviso è A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè Editori, Milano, 1998, cit., 37; critico sulla posizione della scuola classica V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1922, pp. 1056 ss.

²¹⁶ F. CARRARA, in *Programma*, §§ 708 ss., seleziona tra cause determinabili e cause indeterminabili. Tra le prime, definibili *ex ante* ed *ex lege*, rientrano quelle che si confanno al rapporto tra pena e bene pubblico; le altre, invece, non sono riconducibili a questa relazione, e quindi non sono predeterminabili per legge, ma si giustificano in base al potere di grazia.

Circa quelle determinabili l'Autore precisa: «Tutto è preordinato dalla legge: la quale si è determinata ad accogliere siffatte mitiganti non per ragioni di giustizia, ma per ragioni di pubblica utilità. Essendo così ordinate dalla legge parrebbe che venissero sotto cotesto rapporto ad avere il carattere di cause giuridiche. Pure le mantengo col Carmignani nella classe delle estrinseche o politiche, perché tale è la loro genesi razionale», cit., § 712; a titolo di esempio richiama il reato di adulterio (reato perseguibile mediante azione privata; si ricordi che all'epoca questo era ancora possibile, e che solo con il Codice Vassalli, Codice di procedura penale del 1988, è stata sradicata in via definitiva la possibilità di far valere con azione privata i propri diritti; fino all'88, infatti, qualcosa di simile era ancora ammesso per i reati elettorali): la remissione dell'offeso faceva cessare la pena per ragioni utilitaristiche di ordine pubblico.

Il Codice Zanardelli (coevo a F. Carrara) conteneva varie cause di non punibilità sopravvenuta e le qualificava come cause di esenzione della pena. I casi di cui al codice del 1889 sono i seguenti: all'art. 133 esenzione (da pena) per fatti di banda armata per chi disciolga la banda o impedisca che essa commetta il delitto per il quale è stata formata (a patto che ciò avvenga prima dell'ingiunzione dell'autorità o della forza pubblica, o immediatamente dopo); ancora, esenzione per i medesimi fatti per colui che (sempre prima o immediatamente o dopo l'ingiunzione), non avendo partecipato alla formazione o al comando della banda, si ritiri senza resistere e contestualmente consegna o abbandoni le armi. Altra ipotesi è quella che veniva disciplinata dall'art. 134, che escludeva la pena per colui chi, nel caso di delitto di cospirazione, receda dal concerto prima che abbia inizio l'esecuzione del delitto e prima che sia cominciato il procedimento. L'art. 216, invece, sempre nel caso di delitto di cospirazione, ammetteva l'esenzione dalla pena laddove si abbia la ritrattazione della falsa testimonianza. Dopodiché l'art. 233 sanciva l'esenzione per il pubblico ufficiale che avesse procurato o facilitato l'evasione per negligenza o imprudenza a patto che nel termine di tre mesi dalla evasione, procuri la cattura degli evasi o la presentazione degli stessi all'autorità. Inoltre, l'art. 262 prevedeva istituto somigliante per il caso di colpevole dei delitti previsti nel capo della falsità in monete ed in carte di pubblico credito il quale riesca, prima che l'autorità ne abbia notizia, a impedire la contraffazione, l'alterazione o la circolazione delle monete contraffatte o alterate. L'art. 352 introduceva, infine, l'esenzione da pena per il colpevole dei delitti di violenza carnale, atti di libidine violenti, corruzione di minorenni, o ratto che contragga matrimonio con la persona offesa.

²¹⁷ «Lo stesso riconoscimento di eccezioni a tale necessità, già presente in Rocco, in assenza di un chiarimento sul suo significato, con l'impossibilità di comprenderne le ragioni ed i criteri sostanziali di individuazione, lascia il campo aperto ad incisivi interventi sulla sequenza reato pena tali da incrinare la presunta necessità. Cosicché, infranto il principio, si deve riconoscere una articolazione del sistema penale basata non semplicemente sulla dialettica precetto-sanzione ma sulla ispirazione all'idea di scopo, ben presente quando si evidenzia che in un diritto penale razionale di scopo possono esservi numerose e plausibili ragioni che facciano apparire conveniente soprassedere alla punizione. In altre parole, si deve riconoscere al sistema penale la natura di strumento di controllo sociale e non di mero meccanismo

Nondimeno, la strada per la stabilizzazione finale del concetto di proporzionalità avrebbe dovuto vivere vicende ben più complesse e dilatate, sia nel tempo sia negli sviluppi strutturali del sistema punitivo pubblico. Se dapprima si giunse al Codice Zanardelli, con le sue peculiarità ancora liberal-garantiste dei suoi anni, neppure con il Codice Rocco, come già visto, i risultati si sarebbero consolidati.

Lasciando questi ultimi aspetti ad altre fasi della corrente trattazione, si riprenderanno ora le fila del discorso laddove era stato momentaneamente sospeso per avere uno spaccato sul diritto italiano: si tornerà, dunque, all'approfondimento del diritto tedesco sempre sulla punibilità e, quindi, sulle funzioni e sulla natura della prescrizione in questo ordinamento.

2.2 Teoria del reato in Germania: origine della concezione quadripartita della struttura del (fatto di) reato.

Il rudimento che accomuna la crescita giuridica dell'Europa continentale è, di nuovo, il tempo, che rappresenta la principale fonte del diritto penale moderno.

Trascurando tutte le fasi più antiche e approdando direttamente agli albori del XX secolo, va notato che nemmeno l'ordinamento giuridico tedesco restò immune dall'influenza di quell'orientamento che, proprio in quegli anni, affermava la inscindibilità tra fatto di reato e tempo (pur nella differenza di questi due, rappresentando

sanzionatorio neutrale rispetto alle conseguenze, ed un diritto penale orientato alle conseguenze non può che presentarsi in permanente contiguità con le condizioni del suo ritrarsi»; così G. COCCO, in *La punibilità*, cit., p. 70; oltre a G. Cocco, per gli studi sulla punibilità e sul ruolo di questa nel fondare il rapporto tra pena e prescrizione del reato si vedano anche i seguenti autori: N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958, pp. 206 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, pp. 70 ss.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nella imputazione del reato*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 131 ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 483; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 8^a ed., 2003, pp. 221 ss. (si tratta della riedizione del noto assunto secondo cui non esiste una materia penale propriamente detta poiché il diritto penale si identifica per il tipo di sanzione comminata in relazione ad un accadimento e non per una qualche peculiare struttura di quest'ultimo); A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1913, pp. 70 ss. e 151 ss.; M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. dir. it. proc. pen.*, 1992, p. 50; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Giuffrè, Milano, 1985, cit., pp. 421-422, che in particolare fa riferimento alle proposte, fin dal "Convegno De Nicola" di Lecce nel 1977, di creare nuove pene di tipo interdittivo rispetto ad attività economiche ed al suggerimento di trasformare in pene principali alcune pene accessorie.

il primo qualcosa di materiale ed intenzionale, il secondo, invece, qualcosa del tutto astratto e involontario, indipendente dalla volontà umana).²¹⁸

Un primo slancio verso la ricezione di una visione inedita della struttura del (fatto di) reato si ebbe grazie al giurista slesiano E. Beling (1866-1932). Egli per primo aprì un varco che avrebbe permesso di immettere nella tradizionale ossatura della figura del crimine l'elemento della punibilità. Tuttavia, il pensiero di E. Beling, per quanto innovativo, non portò direttamente a concepire il reato come figura fatta di quattro elementi egualmente essenziali, poiché, per poter dire di essere finalmente pervenuti a questa soluzione, si passò prima per degli stadi intermedi che, a dirla tutta, conservano pure ai giorni nostri un certo credito: ad esempio, come già chiarito, non mancano pure al presente convinti sostenitori della struttura tripartita del reato.

Le ripercussioni del pensiero belinghiano si registrano allora proprio in sede di qualificazione giuridica della prescrizione del reato: dal momento che essa consiste in una presunzione temporale che incide sulla coscienza dell'essere umano (tanto in via comune e pubblica, quanto in via individuale e privata) e che allo stesso tempo essa rientra tra le vicende della punibilità, in base alla collocazione di quest'ultima cambiano conseguentemente sia la visione che si ha del reato sia la natura che si intende riconoscere alla estinzione di quest'ultimo per decorso del tempo. Così, l'aver introdotto da parte di E. Beling la punibilità nel reato rappresenta un movimento della cultura giuridica di metà del Novecento verso una percezione della prescrizione come strettamente connessa alla pena ed alle funzioni di quest'ultima.

Invero, come già visto nel capitolo precedente, le due questioni oggetto del nostro interesse (struttura del reato e sua prescrizione) vanno di pari passo e sono entrambe frutto di scelte di politica criminale.²¹⁹

L'operazione metodologica di far rientrare la punibilità – e quindi la prescrizione – nella struttura del reato è segno di maggior civilizzazione per varie ragioni, tra cui il fatto di aver riconosciuto il fondamento della prescrizione nelle funzioni della pena anziché nell'esigenza di assicurare un processo “giusto”. Invero, capire che la

²¹⁸ È opportuno riportare alcune opere significative nell'evoluzione della dottrina sul reato negli ultimi due secoli; per le teorie più tradizionali si rinvia a F. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Sechszwanzigste, völlig neubearbeitete Auflage (49.-51.) von E. SCHMIDT, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, pp. 143 ss.; a seguire, si vedano H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2015.

²¹⁹ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, p. 1.

prescrizione ha la sua sede ontologica proprio nelle funzioni della pena è l'effetto dell'aver riconosciuto alla pena ruolo non più soltanto repressivo, ma anche e soprattutto rieducativo. Del resto, la genesi dei due dibattiti – l'uno sulla composizione del reato, l'altro sulla funzione di prevenzione generale e speciale della pena – sono pressoché contestuali.

Da notare che, in realtà, l'intuizione di E. Beling non è esattamente corrispondente alla tesi dei sostenitori della struttura quadripartita del reato: invero, se oggi si vede la punibilità come un quarto coefficiente a tutto tondo, E. Beling, invece, si limita ad essere il primo a cogliere la rilevanza del nesso tra *Norm* e *Strafgesetz*.²²⁰

Norm sta per norma, segnatamente quella “norma” che descrive il (fatto di) reato, la fattispecie astratta (*Tatbestand*); *Strafgesetz*, o diritto penale, indica per la precisione il diritto della pena, ossia l'insieme di quelle disposizioni che indicano se e quando un determinato soggetto è punibile; in altri termini, lo *Strafgesetz* descrive le condizioni di punibilità nell'*an* e nel *quantum*.

Il connubio tra questi due poli, che caratterizzano ogni ordinamento penalistico, è, a ben vedere, abbastanza ovvio: essendo il diritto penale letteralmente “diritto della pena”, sarebbe contraddittorio se non ridicolo dire che esso è sganciato dal fatto di reato. Se così fosse, la pena resterebbe allo stadio di mera “minaccia di pena”, dal momento che essa non è autonoma, ma si concretizza, in successione, in applicabilità (prima) e applicazione (poi) della pena solo in presenza di determinati requisiti, che sono appunto le condizioni di punibilità. Ecco perché queste (che sono poste dallo *Strafgesetz*) non possono mancare quando entra in gioco una fattispecie criminosa.

La punibilità del colpevole si concretizza in pena proprio grazie alla interazione tra *Norm* e *Strafgesetz*: nel momento in cui il fatto materiale (*Tatsache*) coincide con la fattispecie legale astratta (*Tatbestand*, *Norm*), allora il reato si è verificato e il reo è tale.

²²⁰ Come testimonia T. RITTLER, in *Strafbarkeitsbedingungen*, in *Festgabe für Frank*, II, Tübingen, 1930, pp. 12 ss., il pensiero di E. Beling si comprende meglio se si tiene presente che i termini vengono mutuati dal pensiero di un altro celebre autore tedesco, Binding (1841-1920), il quale, invece, se ne avvale tenendoli sempre come due entità del tutto distinte. Beling, dal canto suo, ha un precedente autorevole nella filosofia aristotelica, recuperando nel nesso di norma e diritto penale quello sussistente tra (pena in) potenza e (pena in) atto. Per il pensiero di questi due Autori si vedano, rispettivamente, K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts, Erster Band*, in *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, Verlag von Duncker&Humblot, 1885; E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Achte und neunte Auflage, Verlag von F.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1925.

È allora chiaro in che senso si ritiene che quello di E. Beling sia soltanto un primo accenno alla formulazione della tesi di struttura quadripartita del reato: infatti, se quest'ultimo ammette che il *Tatbestand* del reato possa ritenersi realizzato pure laddove la minaccia di pena non sia specificamente ravvisabile, oggi non si ritiene più sufficiente una previsione di questo tipo, poiché essa si limita a “positivizzare” il diritto-dovere dello Stato di punire (*jus puniendi*).²²¹ La definizione comunemente adottata è quella di teoria della “meritevolezza di pena”, la quale si sviluppò in modo molto rigoroso, al punto che, allo stato attuale, l'incontro di reato e pena (*Norm e Strafgesetz*) non deve essere parziale od eventuale, bensì definito in maniera chiara e comprensibile.

Nonostante questo sviluppo meticoloso della matrice belinghiana, messo insieme con l'idea diffusa per cui lo sviluppo nel campo giuridico è sinonimo di maggior civilizzazione del contesto sociale e politico, meraviglia che tale approccio faticosi ancora ad essere apprezzato all'unanimità, ostacolato tra coloro che ancora vedono nel reato un istituto tripartito.²²²

²²¹ Il percorso dottrinale che portò al consolidamento dell'attuale modo di concepire il reato in senso quadripartito vide come protagonisti numerosi studiosi di ambito germanico; in ordine cronologico, si vedano E. MEZGER (*Strafrecht. Ein Lehrbuch*, I Ed. Berlin, 1931) e H. WELZEL (*Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I Ed. Bonn, 1954, pp. 45 ss.), grazie ai quali assunse valore autonomo la dimensione coscienziale del fatto di reato.

Sempre di H. Welzel si vedano anche H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 3. Auflage, Berlin 1954, Walter de Gruyter & Co.; ID., *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, ora in H. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, 1975, pp. 14 ss.

²²² Ad esempio, rappresentante autorevole di una fase di passaggio nell'avanzamento della teoria sulla struttura del reato da tripartita a quadripartita è M. Romano: questi, pur tenendo la punibilità separata dal nucleo del fatto criminoso, è tra i primi a rendersi conto della esigenza di dislocare anche questa nel panorama normativi. In altre parole, M. Romano rifiuta la teoria della “meritevolezza di pena”, nel senso che, da una parte, rinviene quale nucleo della punibilità le “ragioni del punire”, con la conseguenza che, in quanto frutto di valutazioni interpretative, per quanto attinenti al reato, esse sono e restano indipendenti dalla vicenda concreta; dall'altra, però, si rende conto del bisogno di formulare delle previsioni normative che arginino i tentativi degli esegeti di servirsi di questa categoria con una discrezionalità esasperata, al punto da sviluppare meccanismi di (non) punibilità del tutto arbitrari (M. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*”). La terminologia di M. Romano riprende pedissequamente quella tedesche di *Strafwürdigkeit* e *Strafbedürfnis*.

Sulla scia di M. Romano vi è G.P. DE MURO, *Ultima ratio, alla ricerca di limiti all'espressione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998.

Sempre contrari alla teoria della meritevolezza di pena (e, quindi, all'idea che la punibilità vada inclusa nella struttura del fatto di reato) sono, nella dottrina tedesca, K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus*, in *ZStW*, 1985; H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

Non si può tuttavia dimenticare che essa gode comunque del favore di una buona parte della cultura giuridica europea: ciò è ulteriore prova della fortuna e dell'utilità della prospettiva di E. Beling.²²³

2.3 Influenza della sistematica tedesca sulla evoluzione del concetto italiano di "punibilità".

L'obiettivo, ora, deve essere quello di spiegare sulla base di quali argomentazioni nell'ordinamento italiano si è consolidata la indipendenza della punibilità quale quarto elemento autonomo rientrante nella struttura del fatto di reato: più precisamente, occorre estrinsecare *come* – in un'ottica per cui il modo di vedere il reato e la sua organica interna conosce uno sviluppo parallelo al di qua e al di là delle Alpi – le conquiste interpretative dell'ordinamento tedesco hanno preso posto pure in quello italiano.²²⁴

Ci si accorge quasi subito che le linee che orientano il pensiero italiano sono, in realtà, in buona parte coincidenti con quelle del pensiero tedesco: la complicità tra i due ordinamenti giuridici spicca sia in senso ampio riguardo la distinzione tra punibilità e pena, sia in senso stretto rispetto al valore estintivo dinamico (o costitutivo statico) della prescrizione.

Circa il primo aspetto, la punibilità viene vista come elemento autonomo e indipendente all'interno della struttura del fatto di reato. Tale indipendenza è data dal

²²³ Esempio paradigmatico è quello del giurista norvegese J.B. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1974, pp. 173 ss.: egli, infatti, per primo si avvale di una terminologia inedita per il c.d. "English-speaking world", introducendo espressioni speculari a quelle omologhe utilizzate da Binding. In particolare, J.B. Andenaes si allinea con E. Beling affermando che, parlando di *general-preventive (or general deterrent) effects of punishment*, in realtà è più corretto dire che si tratta di «effects of the *threat of punishment* or of *criminal law*», infatti: «The threat is pronounced in the penal provisions, but the words of the law cannot be seen isolated from the machinery of justice». Una conferma, quindi, che a partire dalla seconda metà del secolo scorso, si diffuse la convinzione del connubio intrinseco di *Norm* e *Strafgesetz* (il che non potrebbe che essere così, dato che il diritto penale, in quanto diritto della pena, non è in grado di esercitare la sua funzione qualora venga disancorato dalla norma che identifica il fatto criminoso, *Tatbestand*: in tal caso la pena resterebbe solo allo stadio della sua "minaccia", *threat*, con conseguente regresso giuridico e socio-politico).

²²⁴ Per un approfondimento sulla *Strafbarkeit* nell'ordinamento tedesco a cavallo tra XIX e XX secoli si rinvia H. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Fünfte, völlig umgearbeitete Auflage, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), 1895, pp. 343 ss.

fatto che il binomio illecito penale-pena non è fondativo del diritto penale, ma è invece la conseguenza della combinazione di reato e punibilità: viene in essere un rapporto di causalità la cui sussistenza è necessaria per poter punire il colpevole, poiché in assenza di punibilità non è applicabile la sanzione penale.²²⁵

Si arguisce immediatamente il precedente belinghiano del rapporto tra *Norm* e *Strafgesetz* (precetto-sanzione, che rispecchia il binomio reato-pena, fatto penale-sanzione penale): non è che la norma, *Norm*, produca in sé l'effetto di rendere il destinatario della sanzione un soggetto da punire. La norma dispone una disciplina, individua una fattispecie, la quale, però, permette la applicazione della sanzione penale in atto soltanto laddove intervenga lo *Strafgesetz* che rende quel soggetto punibile non solo potenzialmente ma concretamente.

La *ratio* della dottrina italiana, allora, deriva da una traduzione praticamente letterale del precedente tedesco: se, infatti, E. Beling introduce il binomio *Norm-Strafgesetz*, in Italia si ha il duo reato-pena ed entrambe queste coppie non implicano necessariamente l'intervento di una sanzione penale negativa che limiti le facoltà altrimenti riconosciute all'individuo non soggetto a punizione.

Molto semplicisticamente, la pena può essere applicata se, e solo se, sussistono le condizioni di punibilità tali per cui è ammissibile *ex lege* il sacrificio della libertà personale del colpevole. Viceversa, in assenza di queste condizioni, che fungono da requisiti ai fini della applicabilità della pena, il reo non è punibile, ma resta tale solo in potenza.

Laddove, invece, manchi tale indicazione a livello legislativo, non è detto che il diritto penale resti per forza una norma in bianco, poiché può essere vista, ad esempio, in qualità di sanzione "positiva". Tale affermazione potrebbe destare stupore, dato che la sanzione è tradizionalmente vista come qualcosa di sicuramente limitativo della sfera individuale. Tuttavia, non è necessariamente così, dal momento che esistono diverse norme avente carattere meramente definitorio. Sono quelle norme che, appunto, non indicando le condizioni in presenza delle quali il soggetto deve essere punito, definiscono una situazione giuridica penale sulla base di dati meramente descrittivi.

²²⁵ Il connubio illecito-sanzione (penali), ossia il binomio reato-pena, non è, infatti, esso stesso presupposto ai fini della limitazione in negativo della libertà del presunto reo, ma, al contrario, è la conseguenza del rapporto tra il reato e la punibilità: esso presuppone la esistenza del rapporto tra reato e punibilità; pertanto, solo in presenza della punibilità quale condizione *ex ante* si spiega il rapporto reato-pena.

Il dibattito sulla posizione della punibilità e sul grado della sua necessarietà nel fatto di reato è discusso vivacemente. All'origine del fraintendimento di coloro che vedono la punibilità come conseguenza anziché come fondamento sta un errore metodologico, il quale affonda le sue radici nella credenza (di eredità illuministica) per cui soltanto la presenza di una "minaccia" scritta renderebbe possibile la punibilità. Tale rappresentazione dell'immaginario collettivo serviva a garantire la certezza della forza repressiva statale, con l'esito di invertire la causa con l'effetto ed il mezzo con il fine. Infatti, non è che la punibilità sia possibile se e solo qualora vi sia minaccia di pena scritta. La punibilità, poiché siamo nell'ambito del diritto penale, c'è sicuramente (altrimenti, come detto poco fa, si incorrerebbe nel paradosso di dire che è penale qualcosa che nulla ha a che vedere con la pena). Il punto è che la punibilità si manifesta in due modi: in positivo e in negativo.

Potrebbe altresì dirsi che essa si presenta in potenza e in atto.

Se la punibilità c'è per forza quale connotato essenziale del diritto penale, significa che la minaccia di pena non serve a garantire la punibilità.

La minaccia serve soltanto a distinguere tra norme incriminatrici e norme definitorie; in entrambi questi tipi di norme è, però, inclusa la punibilità.

La presenza di minaccia serve a rendere la pena attuale e non solo potenziale. La pena da silente diviene attiva. Grazie alla minaccia essa non è più solo applicabile, ma diventa da applicare.

Laddove la pena venga esclusa per cause estintive del fatto di reato, non è che la punibilità venga meno in assoluto, poiché, appunto, la punibilità nel diritto penale c'è sempre: non è che il reo sia assolutamente incolpevole (ad esempio, nel caso della prescrizione, non si sa se lo sia o meno, in quanto non è stato accertato; nel caso di sua morte, invece, potrebbe essere colpevole in tutto e per tutto, tuttavia il decesso è giuridicamente una causa di estinzione del reato), così come non è che il reato si sia davvero materialmente estinto: viene meno la punibilità, sfumano quelle condizioni in presenza delle quali il reo è passibile di applicazione concreta della sanzione penale. La non punibilità consiste in una forma di punibilità in positivo, in quanto trattasi di intervento del diritto penale che non mortifica la libertà fisica e psichica del (presunto) reo, bensì opera in positivo, agendo in qualità di norma costitutiva positiva, norma costruttiva statica.

Laddove, infatti, la situazione giuridica che assume rilevanza dal punto di vista penale gode di esplicazione solo a livello positivo-normativo, dunque, si ha una punibilità ipotetica, in quanto trattasi di norme penali “definitorie”, ossia che si limitano a descrivere la situazione senza legittimare la irrogazione di una sanzione penale.

Se, invece, il dato normativo contiene pure la previsione di attuazione materiale del trattamento sanzionatorio, allora ecco che la pena non è più soltanto applicabile, ma diventa “da applicare”:²²⁶ è come dire che la pena passa dallo stadio solo potenziale a quello effettivo.

Torna quanto detto *supra*, ossia che la pena è l’effetto della causa, ponendosi allora in un rapporto di causa-effetto con il fatto di reato; ergo è un errore che consiste nel ragionare a ritroso quello di vedere nella pena (e nel suo rapporto con il reato) il fondamento della punibilità, in quanto non è che la punibilità ci sia solo laddove debba essere applicata una pena: la punibilità c’è sempre ed è essa il fondamento del carattere penalistico di una data fattispecie. Sarà poi la legge a determinare se quella punibilità debba tradursi concretamente in pena oppure no.

Pertanto, la punibilità è di due tipi: punibilità in positivo e punibilità in negativo.

Nel primo caso ci si riferisce ad una norma definitoria che pone una determinata fattispecie, la descrive, ma non prevede la applicazione fisica di pene. In tal senso è possibile parlare di “sanzione in positivo”.

Se, contrariamente a quanto appena detto, accade che la norma oltre a descrivere una situazione che rileva giuridicamente sul piano penalistico, pone anche una sanzione quale conseguenza della medesima, allora la concretizzazione della sanzione è in negativo, poiché si verifica l’intervento di uno strumento che opera in negativo causando una limitazione personale di colui che è stato accertato colpevole.²²⁷

Ad essere essenziale, ai fini del carattere penale del diritto di cui ci si sta occupando, non è la pena, bensì la punibilità.

²²⁶ Da norma *anwendbar* (“applicabile”) diviene norma *anzuwenden* (“da applicare”).

²²⁷ Ciò significa che, ai fini della punibilità, deve essere previamente definito con chiarezza se si tratta di norma penale e, soprattutto, se si tratta di norma incriminatrice, altrimenti essa resta soltanto norma sanzionatoria in potenza (restando così norma priva di sanzione, ergo norma incriminatrice), ergo (solo) definitoria.

Pertanto, l’errore degli interpreti, tanto italiani quanto tedeschi, è di mettere insieme punibilità e pena come se fossero la stessa cosa, o, addirittura, credere che la punibilità sia effetto della pena.

Non è quindi la minaccia di pena a rendere il diritto “penale”, essa è anzi necessaria sì per l’applicazione della sanzione (serve una norma che legittimi l’intervento punitivo dello Stato), tuttavia non serve affinché una determinata situazione giuridica sia qualificabile come “penalistica”.

Secondo alcuni autori all’origine dell’equivoco, cioè all’origine di quel credo per cui il binomio reato-pena sarebbe il fondamento del diritto penale – non comprendendo che in realtà è il binomio medesimo la conseguenza dell’essenza del diritto penale, e tale essenza è la punibilità – vi è che molti si tengono ancora fedeli a quell’antica impostazione illuministica per la quale la concretezza della pena, ergo della punibilità, è garantita soltanto laddove vi sia pure una minaccia (scritta) di pena. Ciò era visto come argomento dimostrativo della credibilità dell’ordinamento penale statale.

Ossia si confondono pena e punibilità, senza capire che la punibilità sta a monte, la pena a valle. È la pena che è possibile solo se la sua applicazione ed esecuzione è introdotta *ex lege*, mentre se si resta allo stadio della punibilità si rimane nella pena in potenza, non resa attuale dalla minaccia.

Quindi la minaccia non si riferisce alla punibilità, ma si riferisce alla pena!

Per utilizzare ulteriormente i termini giuridici a fini classificatori, la questione può essere inquadrata nel senso che le norme che disciplinano le fattispecie penali – e anche, del resto, qualunque ambito del diritto – si dividono in norme estintive e norme costitutive.

In particolare, quelle che sono estintive da un punto di vista dinamico sono inquadrabili pure come staticamente costitutive, nel senso che permettono una sanzione “positiva”.²²⁸

Questa sarebbe proprio la “non punibilità”: accade allora che quelle norme che prima si erano ritenute definitorie, qui vengano dette costitutive in senso positivo o statico.

Il punto è questo: occorre distinguere tra “prudenza legislativa” (previsione incriminatrice, descrizione dell’illecito, comminatoria edittale) e interventi successivi al fatto di reato però attinenti ad applicazione ed esecuzione della pena. Vi sono quindi due ambiti, uno in potenza e uno in atto. La punibilità rientrerebbe già nello stadio iniziale, quello afferente alla fase legislativa positiva, ricoprendo il ruolo di parte costitutiva della

²²⁸ Verosimilmente vale anche l’opposto, cioè che le norme costitutive in maniera dinamica in realtà implicitamente hanno un valore estintivo al contrario.

struttura dell'illecito penale sin dall'inizio (e non essendo, quindi, qualcosa, di esterno riferibile soltanto alla sanzione in senso stretto come applicata ed eseguita in concreto).²²⁹

Circa il secondo punto, ossia l'interazione del diritto tedesco con quello italiano in tema di prescrizione, il secondo pare confermare la negatività che investe la *Verjährung*, il cui “non intervento” (*Nichteintritt*) è condizione processuale ai fini della applicazione della sanzione negativa.

Lo stesso fenomeno prende vita nel settore italiano sulla scia del ragionamento fatto in relazione alla prima delle questioni che accomunano i due ordinamenti giuridici: partendo dal parallelismo tra i rapporti reato-pena, nonché *Norm-Strafgesetz*, emerge anche la differenza tra norme meramente definitorie e quelle che invece hanno valenza pure punitiva nel senso di rendere la sanzione non più solo applicabile ma da applicare.

In questo senso il carattere negativo della prescrizione deriva dalla natura delle norme che disciplinano questo istituto, ossia norme di valenza estintiva e negativa (che operano dinamicamente), o, al contrario, norme di valenza costitutiva e positiva.

La prescrizione quale causa di estinzione, ossia causa che elimina qualcosa, se interviene, impedisce la applicazione della sanzione; viceversa, la sua non maturazione rende possibile lo svolgimento del processo e l'inflizione di una sanzione negativa.

Perché sanzione “negativa”? Negativa in quanto è sanzione limitativa della libertà personale del presunto reo. Se, invece, la prescrizione matura, non è che la sanzione sia venuta meno, infatti non è nemmeno venuto meno il reato in sé. È, però, venuta meno la punibilità, la quale si è realizzata in positivo e tale positività si manifesta sia formalmente sia materialmente.

In senso formale, infatti, essa agisce in positivo in quanto derivante da norme costitutive di carattere statico. In senso materiale perché è conseguenza di una presunta sanzione già consumatasi e, soprattutto, perché è il mezzo che in maniera più accentuata di tutti mette in evidenza la riabilitazione e rieducazione di quello che si presupponeva il responsabile del crimine.

Ancora una volta è confermato il rapporto di reciprocità tra punibilità (e pena) e prescrizione: la applicazione della pena dipende dalla attualizzazione *ex lege* della punibilità, che altrimenti resta allo stadio statico di norma positivamente costitutiva.

²²⁹ G. COCCO, *La punibilità*, pp. 67 ss.

In altre parole, laddove intervengano norme estintive, norme, cioè, che tolgono la punibilità, succede invece che essa in un certo qual modo viene elisa per l'intervento di una causa estintiva che sottrae il presunto reo alla condizione di applicabilità della sanzione, sempre secondo l'idea per cui non è che la punibilità si traduca invariabilmente in sanzione, pur essendo essa (la punibilità) presente in ogni caso.

La prescrizione agisce proprio così: le norme che la regolano sono di tipo estintivo dinamico, in quanto sono disposizioni che introducono ipotesi in cui, all'accadere di determinati eventi, succede che il presunto reo non è più punibile.

Ciò non solo nel senso che la sanzione non è applicabile, bensì nel senso che letteralmente sfuma l'area della punibilità. Ciò accade non perché il reato si sia materialmente volatilizzato, bensì perché entra in gioco quella presunzione temporale per cui, decorso un certo periodo, il soggetto potenzialmente responsabile, si ritiene per forza di cose redento (e questo avviene in primo luogo in senso positivo, sia in generale in quanto non (più) punibile sia in via speciale in quanto presumibilmente riabilitato e reinserito in società; *in secundis*, in negativo, in quanto l'estinzione dinamica del reato ha comunque valenza negativa e presuppone pure che colui che era ritenuto colpevole abbia – per effetto del decorso del tempo – anche scontato la pena che gli sarebbe stata inflitta.

Si può allora dire che l'intervento della prescrizione è presupposto per la sanzione positiva. La prescrizione, infatti, opera sì come sanzione, tuttavia non alla stessa stregua della pena.

In che senso? Nel senso che è sì vero che pena e prescrizione hanno il medesimo fine, ma non è altrettanto vero che gli effetti giuridici del loro intervento coincidano a 360 gradi. Nel primo caso, infatti, si ha sanzione in negativo, vera e propria mortificazione fisica e psicologica del reo; nel secondo, invece, sanzione in positivo, consistente nella presunta redenzione e risocializzazione del reo.

Naturalmente, come più volte evidenziato, la prevenzione si attua su entrambi i versanti in ambedue i casi: ciò significa che anche la pena vista come qualcosa di solamente negativo, in realtà, ha pure risvolti positivi (il che è confermato e sancito già a livello costituzionale dall'art. 27, comma 3); ma poi anche la prescrizione del reato, la quale, pur introducendo una presunzione positiva, nei fatti opera anche in negativo nel senso della "sofferenza" patita dal reo in attesa di una sentenza (qualora fosse iniziato il processo).

2.4 Per uno sguardo d'insieme: la conferma dell'utilità di accogliere la teoria della struttura quadripartita del reato.

Visto che questa interazione di diritto tedesco e italiano conferma il ruolo della punibilità quale si prospettava già prima di questa analisi, con tanto di conferma sia sul piano generale sia su quello speciale, allora, in conclusione, si può dire che la struttura quadripartita del reato risulta suffragata.

La punibilità è elemento essenziale del diritto penale e, di conseguenza, pure del fatto di reato in senso stretto; inoltre non è elemento costitutivo del reato come qualcosa in più, come qualcosa di aggiuntivo. Essa ha, infatti, proprie essenza e indipendenza, che rappresentano, quale quarto elemento, un coefficiente del tutto autonomo.

Sulla base di quanto detto sinora, il valore costitutivo della punibilità risulta costitutivo in positivo, e ciò vuol dire che dalla punibilità consegue necessariamente il carattere penalistico della norma, con la conseguenza che, ove vi sia solo punibilità e non anche specificazione incriminatrice (dove, cioè, si abbia solo norma definitoria) la sanzione rileva in positivo. È proprio il caso della prescrizione del reato.

In conclusione, anche questa materia è fronte di accese polemiche, talora non facilmente riconducibili al tema principale della presente trattazione, ovvero la prescrizione del reato; messe in risalto le associazioni tra le discipline dei due ordinamenti, comprendendone la profonda capacità di influenzare le tendenze sia politiche sia giuridiche di entrambi i sistemi, è più intuibile il perché di tanta attenzione a questi collegamenti e intrecci di discipline. Come nel Capitolo 2 ci si è dedicati in via preliminare alla definizione del reato ed alla collocazione della punibilità rispetto a quest'ultimo, così ora si fa altrettanto con il sistema tedesco, giustificando questa comparazione proprio con le dimostrazioni appena fornite sull'importanza di prendere in considerazione, in questo studio, anche le legge e la dottrina di quell'ordinamento.

3. Istituto tedesco e legge tedesca a confronto con istituto italiano e legge italiana.

La prescrizione in Germania si articola in *Verfolgungsverjährung* (prescrizione della “perseguibilità”) e *Vollstreckungsverjährung* (prescrizione della “esecuzione”), allineabili a prescrizione del reato (art. 157 c.p.) e prescrizione della pena (artt. 172 e 173

c.p.) e rispettivamente disciplinati ai §§ 78 e 79 dello *Strafgesetzbuch* (StGB). Ai fini della nostra ricerca, ci si soffermerà soltanto sulla prima, la prescrizione c.d. della “perseguibilità” (*Verfolgung*), ossia quella che, stando all’omologo italiano, procura l’estinzione del reato. Si è sicuri della coincidenza della *Verfolgungsverjährung* con la prescrizione del reato poiché gli stessi giuristi tedeschi testimoniano che «Come oggetto della prescrizione e delle sue indirette conseguenze giuridiche, lo StGB utilizza (come nella legge sulle applicazioni penali) il concetto di “reato”».

Ciò corrisponde intrinsecamente alla qualificazione della prescrizione in qualità di impedimento processuale, per tale intendendosi l’oggetto del giudizio, il quale viene definito dal diritto processuale in qualità di “(fatto di) reato”». ²³⁰ Il reato, quindi, è inteso in senso processuale.

Riportando una scaletta approssimativa della struttura dei due codici penali, se ne ravvisano le affinità. In entrambi vi è una distinzione interna tra una prima parte generale ed una parte speciale.

Nello StGB vi è la distinzione netta tra *Allgemeiner Teil* e *Besonderer Teil*, parte speciale e parte generale, suddivise a loro volta in *Abschnitte* (lett.: “segmenti”) e quindi in *Titel* (“titoli”). Il Codice penale si articola in tre libri, venendo la parte speciale suddivisa a sua volta in un libro dedicato ai delitti in particolare ed uno invece per le contravvenzioni in particolare. Come nello StGB vi è la scomposizione fra *Teile*, *Abschnitte*, *Titel*, così nella legge italiana si hanno rispettivamente *Libri*, *Titoli*, *Capi* e poi anche *Sezioni*.

Il *Fünfter Abschnitt*, quello sulla *Verjährung*, è speculare al Titolo VI, denominato “Della estinzione del reato e della pena”; parallelamente, come nello StGB vi sono due (sotto)titoli dedicati rispettivamente alla *Verfolgungsverjährung* ed alla *Vollstreckungsverjährung*, così il Titolo VI del Codice penale ha come suddivisioni interne tre capi, che concernono nell’ordine l’estinzione del reato, l’estinzione della pena ed alcune disposizioni comuni.

Fatta questa sommaria panoramica della ripartizione delle due leggi (penali sostanziali) in cui hanno sede le relative discipline, si può passare all’analisi della

²³⁰ Per il testo originale si veda W. MITSCH, § 78, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, 2020, Rn. 5: «Als Gegenstand der Verjährung und ihrer unmittelbaren rechtlichen Folgen verwendet das StGB wie im Strafantragsrecht (→ Vor § 77 Rn. 18 ff.) den Begriff der „Tat“. Der Qualifikation der Verjährung als Prozesshindernis würde es an sich entsprechen, hierunter den Verfahrensgegenstand zu verstehen, den das Strafprozessrecht – z.B. in §§ 155 Abs. 1, 200 Abs. 1 S. 1, 207 Abs. 2, 264 StPO – als „Tat“ bezeichnet».

Verfolgungsverjährung (§ 78 StGB) e della prescrizione del reato (art. 157 c.p.): prima di procedere, è necessaria la lettura congiunta delle norme che le riguardano. In seguito, sarà possibile metterne in risalto le analogie e le differenze tecniche, dalle quali discendono, come dei corollari, tutte le deduzioni dei difensori delle diverse tesi relative alla natura di questa figura del diritto penale.

La *Verfolgungsverjährung* si trova al § 78, che è rubricato *Verjährungsfrist*, “termine di prescrizione” e recita:

«1. Die Verjährung schließt die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) aus. § 76a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bleibt unberührt.

2. Verbrechen nach § 211 (Mord) verjähren nicht.

3. Soweit die Verfolgung verjährt, beträgt die Verjährungsfrist:

1. dreißig Jahre bei Taten, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind,
2. zwanzig Jahre bei Taten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafen von mehr als zehn Jahren bedroht sind,
3. zehn Jahre bei Taten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafen von mehr als fünf Jahren bis zu zehn Jahren bedroht sind,
4. fünf Jahre bei Taten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind,
5. drei Jahre bei den übrigen Taten.

4. Die Frist richtet sich nach der Strafdrohung des Gesetzes, dessen Tatbestand die Tat verwirklicht, ohne Rücksicht auf Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind».

Segue la traduzione del paragrafo:

«1. La prescrizione preclude (lett.: “esclude”) la punizione del fatto e la disposizione di misure. Resta salvo il § 76a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1.

2. I reati di cui al § 211 (omicidio) non si prescrivono.

3. Se l’azione penale è prescritta, il termine di prescrizione è di:

1. Trent'anni per i reati punibili con l'ergastolo (lett.: che sono minacciati con la pena dell'ergastolo),
2. Vent'anni per i reati punibili con una pena detentiva massima superiore a 10 anni (lett.: nel massimo di più di 10 anni),
3. Dieci anni per i reati punibili con una pena detentiva massima superiore a cinque anni e fino a dieci anni,
4. Cinque anni per i reati punibili con una pena detentiva massima superiore a un anno e fino a cinque anni,
5. Tre anni per i restanti reati.²³¹

4. Il termine si basa sulla minaccia di pena prevista dalla legge di cui il reato costituisce l'elemento costitutivo, senza tener conto di eventuali aggravanti o attenuanti previste dalle disposizioni della Parte generale o per i casi particolarmente gravi o meno gravi».

Circa i caratteri comuni, emerge, *in primis*, il principio di proporzione tra la gravità del reato ed il tempo necessario a prescrivere: tale proporzione è, tuttavia, rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale è lui a determinare di che reato si tratta e, di conseguenza, a dire se il tempo decorso è tale per cui la fattispecie si è prescritta oppure no: pertanto, se da un lato i termini sono stabiliti dalla legge, dall'altro è anche vero che a dire quali termini vanno presi in considerazione è sempre il giudice.

Tale somiglianza era ancora più evidente prima della riforma italiana ad opera della Legge c.d. "ex Cirielli": sino al 2005, il dettato dell'art. 157 c.p. era molto vicino a quello del § 78 StGB, prevedendo anch'esso un elenco di casi cui corrispondevano *ex lege* i relativi tempi prescrizionali.

Il cambiamento della formulazione letterale è in qualche modo ingannevole: invero, anche se il vecchio testo dell'art. 157 era molto più simile a quello del § 78 StGB tuttora in vigore, la logica sottesa alla legge italiana e a quella tedesca è molto più simile proprio successivamente al 2005. Ciò è dovuto al fatto che è stata soppressa qualsivoglia discrezionalità del giudice italiano nella valutazione della gravità del crimine, sostituendo

²³¹ Per tali intendendosi i reati puniti o con la reclusione inferiore ad un anno o con pena pecuniaria.

quella parte di art. 157 che ammetteva la applicazione delle circostanze e della disciplina relativa al loro concorso con due previsioni di segno opposto.²³²

Sulla base di questa corrispondenza primariamente letterale, si possono meglio individuare e intendere poi tutte le ulteriori somiglianze, sia meramente testuali sia di ratio. Ad esempio, come l'art. 157, 2° comma c.p. sancisce che «per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante, così il 4° comma del § 78 stabilisce che il termine si basa sulla minaccia di pena prevista dalla legge di cui il reato costituisce l'elemento costitutivo, senza tener conto di eventuali aggravanti o attenuanti previste dalle disposizioni della Parte generale o per i casi particolarmente gravi o meno gravi».

Una differenza sembra esserci laddove la legge italiana fa salve determinate ipotesi che, invece, l'omologa tedesca non include tra le modalità di computo del tempo necessario a prescrivere: l'art. 157, 2 c.p. esclude sì il giudizio di prevalenza o equivalenza di cui all'art. 69,²³³ tuttavia introduce una clausola di salvezza.

Vi sono poi due ulteriori analogie, che tuttavia si colgono soltanto leggendo l'art. 157 c.p. e § 78 in combinato disposto con altre massime che a queste si coordinano integrandole: innanzitutto vi è l'obbligo di rilevare la prescrizione *ex officio* (*von Amts*

²³² Si vedrà nel Capitolo 4, nel corso dell'esame del testo dell'art. 157 c.p., la differenza tra la formulazione originaria e quella *post* Cirielli. Giusto per fare un anticipo e rendere più comprensibile il discorso in questa sede di confronto con il sistema tedesco, si riporta il contenuto dei commi interessati.

Commi 2 e 3 dell'art. 157 c.p. *ante* Cirielli: «2. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti. 3. Nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'art. 69».

Commi 2 e 3 dell'art. 157 c.p. *post* Cirielli: «2. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante. 3. Non si applicano le disposizioni dell'art. 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma».

²³³ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 404.

wegen) in ogni stato e grado del procedimento;²³⁴ *in secundis*, la confisca. Quest'ultima, stando all'art. 240 *bis* c.p., può essere facoltativa o obbligatoria e, circa la sua attuazione in ipotesi di prescrizione del reato, vige l'art. 578 *bis* c.p.p., rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione", che recita: «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista al 1° comma dell'art. 240 *bis* c.p. e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». In base alle conclusioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione – generalmente accettate poiché costituzionalmente ispirate – ne viene che, laddove la prescrizione sia maturata successivamente alla sentenza di primo grado, i beni diversi dal denaro (qualora sequestrati ai fini di confisca per equivalente) saranno oggetto di dissequestro.²³⁵

Il punto di contatto tra il sistema italiano e quello d'oltralpe si centra affiancando questo articolo con il primo comma del § 78, che fa salvo il § 76a Abs. 2. Tale paragrafo è intitolato alla *Selbständige Einziehung* ("confisca indipendente") e al comma 2 decreta che «in base ai presupposti dei §§ 73, 73b e 73c, l'ordinanza indipendente di confisca dei proventi del reato e la confisca indipendente del valore dei proventi del reato sono ammissibili anche se l'azione penale per il reato è prescritta. Ai sensi dei requisiti di cui agli articoli 74b e 74d, lo stesso vale per l'ordine indipendente di confisca della sicurezza, di confisca di elementi di un contenuto e di rendere inutilizzabile il contenuto di un'opera».²³⁶

²³⁴ «Das Prozesshindernis der Verjährung ist in allen Lagen des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen», che tradotto significa: «L'impedimento procedurale della prescrizione deve essere rilevato d'ufficio in tutte le fasi del procedimento». Così W. MITSCH, *MiKoStGB*, Rn. 9.

²³⁵ L'art. 578 *bis* c.p.p. venne inserito ad opera del d.lgs. 1-3-2018, n. 21 e successivamente modificato dalla Legge c.d. "Spazzacorrotti" (L. del 9.1.2019, n. 3), con il fine di accentuare le funzioni preventive generali e speciali nei confronti dei reati contro la P.A.; di tale disposizione è oggi confermata a livello giurisprudenziale la natura processuale; circa la sua portata, dopo un orientamento favorevole alla sua retroattività, ora invece la Corte di Cassazione esclude che anche ai fatti commessi prima della entrata in vigore dell'art. 578 *bis* si applichi la disciplina in esso prevista, con la conseguenza che, allora, l'intervento prescrizione del reato impedisce, in questi casi, di mantenere il sequestro a fini di confisca per equivalente (Cass. Pen., Sez. V, 18 novembre 2021, n. 4222). Tale sentenza può leggersi quale sviluppo giurisprudenziale di quanto già statuito poco più di un anno prima, quando la Cassazione negò l'applicazione della confisca facoltativa di cui all'art. 240, 1 c.p. laddove si abbia proscioglimento in seguito a prescrizione del reato (Cass. Pen., Sez. V, 15 ottobre 2020, n. 52).

²³⁶ Il testo originale prevede: «unter den Voraussetzungen der §§ 73, 73b und 73c ist die selbständige Anordnung der Einziehung des Tatertrages und die selbständige Einziehung des Wertes des Tatertrages

In questo la legge tedesca si distanzia da quella italiana in maniera che, seppur parziale, è perlaltro significativa. Infatti, in ambito italiano si arrivò soltanto di recente all'introduzione di una norma che disciplina questo istituto e le pronunzie successive della Suprema Corte sono state notevoli. La differenza essenziale sta nel fatto che, mentre la legge tedesca dispone testualmente e incontestabilmente che – al verificarsi di determinati reati tributari – la confisca è comunque possibile, nel caso italiano, non essendovi stata sin dall'inizio una regola che disciplinasse i caso, si è proceduto in via interpretativa ad applicare il recente art. 578 *bis*. La conclusione della Corte di Cassazione, contenuta nella sentenza del 18 novembre emessa dalla V Sezione, confermò la confisca per equivalente dei beni sequestrati a titolo di profitto del reato di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000, ribadendo che: «la norma dell'art. 578 *bis* cod. proc. pen., che ha disciplinato al possibilità di mantenere la confisca con la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato nel caso in cui sia accertata la responsabilità dell'imputato, è applicabile anche alla confisca tributaria *ex* art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000, ma ove questa sia stata disposta per equivalente, non può essere mantenuta in relazione ai fatti anteriori all'entrata in vigore del citato art. 578 *bis* cod. proc. pen., atteso il suo carattere afflittivo».

Da qui in poi le caratteristiche dei due istituti tendono a non coincidere più come all'inizio, avendosi molteplici fattori che introducono sensibili variazioni tra i due ordinamenti penali in questione. Un tratto di notevole importanza concerne la imprescrittibilità di taluni reati. L'ultimo comma dell'art. 157 c.p. sancisce che la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti. Attualmente ad essere sanzionati con la pena perpetua sono – oltre a quei reati che in passato erano gravati dalla pena di morte – i reati contro la personalità dello Stato, i reati contro la vita e quelli contro la incolumità pubblica.

La legge penale tedesca, invece, esclude la prescrizione per determinati reati identificandoli non in base alla pena, bensì in ragione della fattispecie come individuata dallo StGB; precisamene si tratta dell'omicidio nella forma aggravata (come riportato dal secondo comma del § 78), il genocidio (*Genozid*), i crimini contro l'umanità (*völkerstrafrechtliche Verbrechen*) ed i crimini di guerra (*Kriegsverbrechen*). Le norme

auch dann zulässig, wenn die Verfolgung der Straftat verjährt ist. Unter der Voraussetzungen der §§ 74b und 74d gilt das Gleiche für die selbständige Anordnung der Sicherungseinziehung, der Einziehung von Verkörperungen eines Inhalts und der Unbrauchbarmachung».

qui considerate vengono integrate, nel sistema tedesco, da quelle poste dal codice di diritto penale internazionale, lo *Völkerstrafgesetzbuch*.

Di primo acchito parrebbe che i reati imprescrittibili previsti dall'ordinamento italiano siano ben più numerosi: infatti, quelli puniti con l'ergastolo, comunque, si prescrivono una volta decorso un termine trentennale, salvi appunto l'omicidio aggravato di cui al § 211 e gli altri crimini di cui *supra*. Ad incentivare una lettura di questo tipo è anche la stessa esposizione normativa: mentre il Codice penale, con un'unica disposizione, comprende tutti quei crimini destinati alla pena perpetua, lo *Strafgesetzbuch* indica in modo specifico quali sono i reati destinati alla perenne perseguibilità, prevedendo che, persino quelli minacciati con la più grave delle sanzioni (*mit lebenslanger Freiheitsstrafe*), possano godere di un epilogo estintivo per effetto del decorso del tempo e della perdita di interesse al loro castigo. Di conseguenza, l'effetto è l'illusione che ad essere colpiti dalla imprescrittibilità siano davvero pochi casi circoscritti; tuttavia, così non è, dal momento che l'incontro dei dettami di cui ai commi 3° e 4° del § 78b – relativo alla sospensione, *Ruhen* – comportano quella che è definita “imprescrittibilità in concreto”.

Ulteriore discrepanza tra le due leggi concerne la rinunziabilità: in Italia la prescrizione è sempre rinunziabile da parte dell'imputato, in Germania, all'opposto, non gli è riconosciuto questo diritto. Da notare, inoltre, che la rinunziabilità non è in fin dei conti sostenuta all'unanimità dalla dottrina italiana: introdotta nel 2005 dalla c.d. “ex Cirielli” in conformità ad una sentenza additiva della Consulta che dichiarava l'art. 157 c.p. costituzionalmente illegittimo laddove non ammetteva la facoltà per l'imputato di disporre del tempo necessario a prescrivere, tale soluzione è criticata da coloro che (soprattutto processualisti) vedono in questa facoltà di disporre di tale “diritto” un contrasto inconciliabile con il dovere dello Stato di intervenire in attuazione dei suoi doveri di garanzia di prevenzione generale e speciale. A ciò poi si aggiunga (come già evidenziato nel precedente capitolo) che tale facoltà – ritenuta dai sostanzialisti alla base della legittimazione personale dell'istituto – non regge se si rileva che, proprio la tesi sostanzialista, fonda la prescrizione sul rapporto causale di reato e pena: non regge perché tale rapporto viene meno ove si ammetta che il reo presunto che rinuncia alla prescrizione

possa essere giudicato e punito dopo decorso il termine necessario ai fini della maturazione della prescrizione medesima.²³⁷

Altro punto da notare è la disciplina del *dies a quo*: come anticipato in sede di analisi della disciplina specifica della prescrizione del reato ai sensi dell'art. 157 c.p., esso coincide – in via di regola generale – con il giorno in cui il reato è consumato; tuttavia, nel sistema italiano non sempre è agevole individuare questo momento, con conseguente difficoltà ai fini del calcolo del termine di prescrizione. Per quanto la lettera della legge italiana si riveli ambigua, i dubbi possono essere coerentemente dissolti avvalendosi della soluzione fatta esplicita dal § 78a StGB, il quale dice molto limpidamente che il termine prescrizionale decorre dal momento in cui il reato è *beendet*. Non occorre tuttavia soffermarvisi, dal momento che la questione è già stata chiarita in sede di spiegazione del metodo di individuazione del *dies a quo* della prescrizione del reato nel capitolo precedente.

Effettuata questa rapida comparazione dei due istituti, è possibile passare al cuore della nostra indagine: il dibattito sulla natura della prescrizione.

4. Dibattito in Germania sulla natura della prescrizione, in particolare della Verfolgungsverjährung.

Solo nel XIX si iniziarono a prendere in considerazione gli effetti procurati dal decorso del tempo in seguito alla commissione di un reato e l'incidenza di questi effetti sul diritto-dovere di punire dello Stato.²³⁸ Quasi subito sorse il problema della natura della prescrizione, quindi in un'epoca anteriore rispetto all'origine del dibattito italiano sul tema. Inoltre, i percorsi compiuti nei due Paesi presentano un andamento speculare di segno opposto significativo: mentre in Italia, dalla tradizionale convinzione che attribuiva alla prescrizione natura senz'altro processuale, si passò gradatamente alla tesi opposta della natura sostanziale, in Germania, al contrario, dottrina e giurisprudenza si fecero dapprima portatrici della tesi sostanziale e, poi, processuale.

²³⁷ «Es steht nicht zur Disposition des Beschuldigten, ein Verzicht auf die verfahrenshindernde Wirkung ist nicht möglich», ossia: «Non è a disposizione dell'accusato, non è possibile una rinuncia all'impedimento procedurale». Si veda ancora il nono paragrafo di W. MITSCH, *MüKoStGB*.

²³⁸ M. ASHOLT, *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 21.

La differenza principale è che, nonostante siano ormai diversi decenni che si svolge un acceso *Verjährungsdebatte* (“dibattito sulla prescrizione”) in entrambi gli ordinamenti, se in Germania – ferme le critiche fisiologiche di chi non è d’accordo – è ormai pressoché accettata la teoria della natura “mista” di questo istituto, in Italia ancora non si è giunti ad alcuna conclusione. Invero, se si stava consolidando l’idea per cui si trattasse di un istituto solo sostanziale, il percorso di dottrina e giurisprudenza è ancora una volta stato messo in crisi da un nuovo evento: la Riforma Cartabia e l’introduzione dell’istituto della improcedibilità. Inoltre, la tesi della natura mista non ha avuto fortuna in questo contesto, restando facile bersaglio delle critiche dei due poli principali di discussione. Vista la vicinanza della disciplina e del percorso che vi sta a fondamento, pare una possibilità quella di proporre l’adattamento della lettura tedesca di questo istituto pure alla figura disciplinata dal Codice penale: pur con le debite differenze, che non vanno perdute, è verosimile formulare una chiave di lettura che potrebbe conciliare le visioni contrapposte degli interpreti italiani e che tenga conto della flessibilità richiesta da questo istituto in un contesto di continuo fermento politico-legislativo. Resta fermo che, tuttavia, una soluzione definitiva non è possibile: il problema è e resta aperto, almeno finché non si raggiungerà quella utopistica unanimità di vedute nella teoria e nella prassi che tutti auspicano. Prima di riportare le deduzioni che scaturiscono dal confronto, è opportuno delineare sommariamente quali sono gli argomenti a sostegno delle teorie sulla natura della prescrizione che si fecero strada nell’ordinamento tedesco.

È essenziale avere chiare due peculiarità: in primo luogo il fatto che ognuna di queste teorie si basa sulla estrinsecazione delle componenti della prescrizione, *Grund* e *Wirkung*, fondamento ed effetto (con particolare vantaggio per i sostenitori della tesi mista, i quali attribuiscono al fondamento natura sostanziale, alla *Wirkung* natura processuale); inoltre va tenuto presente che – qualunque tesi si accolga – in dottrina e giurisprudenza è comune e consolidata la concezione per cui a venire meno non è qualcosa di materiale, bensì lo *jus puniendi* dello Stato. Per quanto riguarda la tesi sostanzialista, la prima a diffondersi sulla *Verjährung*, se l’effetto, la *Wirkung* è sempre il venir meno del diritto-dovere dello Stato di punire, la causa, il fondamento che sta a monte è di tipo sostanziale e consiste nel venire meno della illiceità del fatto (precisamente, la prescrizione della “perseguibilità” è causa di “esclusione del reato”, *Unrechtsaufhebungsgrund*).

Ulteriore *input* per una lettura in chiave sostanzialista della natura della *Verfolgungsverjährung* si coglie nell'utilizzo, da parte della legge tedesca, del termine *bedroht*, "minacciata"; il testo italiano, invece, adopera la locuzione "stabilita dalla legge". Entrambe le forme corroborano una volta in più il principio del *nulla poena sine lege*. In particolare, in ambito tedesco, l'utilizzo della voce *bedroht* accredita quel connubio necessario che si crea tra norma e diritto penale (*Norm e Strafgesetz*): solo dall'incontro di una specifica disposizione che prevede ("minaccia") una determinata pena in relazione a un certo *Tatbestand* e della norma che individua gli elementi che permettono di inquadrare quel comportamento nello schema del reato per il quale quella pena è prevista, allora la minaccia non è più pena solo in potenza, bensì diviene pena applicabile e da applicare a tutti gli effetti. Sembra allora che pure nel dato normativo vigente si nascondano rinvii impliciti alla moderna concezione del reato e del diritto penale. Come già ribadito ripetutamente, molti fanno discendere dalla collocazione della punibilità all'interno della struttura di reato (quale perfezionamento della interdipendenza di *Norm e Strafgesetz*) la natura sostanziale della prescrizione, avendo essa fondamento nelle funzioni della pena.

Più complessa e più recente è invece la tesi processualista. Essa, fondando sia la *ratio* che le conseguenze della prescrizione del reato su esigenze di rito, sembra adagiarsi sul credere comune che vede nella prescrizione uno strumento di ragionevole durata del processo: il che non è così, nemmeno ove si sia d'accordo sul fatto che essa non estingue un fatto materiale, ma semmai il dovere dello Stato di intervenire. Le ragioni di questa funzione "processuale" si rinvengono a livello testuale: oltre alla parte iniziale del § 78, che sancisce la impossibilità di perseguire il fatto e di applicare misure in seguito alla *Verfolgungsverjährung*, vi è che – in caso di concorso di persone – la prescrizione ha efficacia limitata soltanto nei confronti della persona contro cui si sta procedendo; inoltre, sempre a proprio favore i processualisti pongono la indisponibilità della prescrizione medesima da parte dell'imputato (il che, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, è coerente se si riconosce alla prescrizione il ruolo di depotenziamento della pretesa punitiva dello Stato, il quale non può a sua volta disporre della prescrizione, ma è costretto, in quanto rappresentante della sovranità popolare, a perseguire il reato finché non è prescritto); infine, l'obbligo di rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado nel

procedimento. In vista della garanzia del c.d. “giusto processo”, questi fattori soddisfarebbero le istanze di efficacia, efficienza ed economia processuale.²³⁹

Invece, circa la natura processualista della sua *Wirkung*, vennero elaborate conclusioni in via interpretativa, in vista dell’interesse di evitare che si prescrivessero i crimini nazisti e quelli successivi commessi all’epoca della DDR: invero, chi aveva interesse in tal senso, avrebbe mantenuto la lettura sostanzialista, cosicché, stante la irretroattività della legge sostanziale ai sensi dell’art. 103, II del *Grundgesetz*, eventuali prolungamenti dei termini ordinari non avrebbero interessato eventi criminosi anteriori a quei reati. Tale rischio veniva scampato semplicemente attribuendo alle norme sulla prescrizione natura processuale, con conseguente non operatività del divieto di retroattività, e, quindi, la possibilità di allungare i tempi di prescrizione anche per reati consumati in epoche “remote”.

Infine, vi è la tesi mista: essa pare la più coerente con le premesse enunciate. Circa il *Grund*, esso si rinviene nella funzione della pena e non nella ragionevole durata del processo, con tutto quel che ne consegue in termini di efficacia, efficienza, economicità.²⁴⁰ Circa l’effetto, invece, ne è confermata la natura processuale, in quanto ad estinguersi è lo *jus puniendi* e in quanto esso non è conseguenza del venir meno del reato materiale né della illiceità di questo. Infatti, ben intersecandosi questo aspetto con le ragioni della natura sostanziale del *Grund*, emerge che la meritevolezza ed il bisogno di pena non sfumano perché un reato commesso in passato si è modificato o estinto, ma perché il tempo ha agito sia sulla coscienza dei cittadini – preservandoli dalla tentazione di agire allo stesso modo e anche, col passare dei giorni, indebolendo il loro interesse a che quel misfatto venga perseguito – sia sulla interiorità del reo, svolgendo una funzione analoga a quella della pena, quindi punendolo, ma soprattutto (in consonanza con il

²³⁹ Per citare alcuni degli autori tedeschi favorevoli alla tesi processualista, si ricordino G. BEMANN, *Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung*, in *JuS*, 1965, p. 333 ss.; F. CALVELLI, ADORNO, *Die Verlängerung der Verjährungsfrist fuer die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind*, in *NJW*, 1965, p. 273 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1., Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Auflage, Beck Verlag, München, 1994; K. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellen Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, spec. p. 226.

²⁴⁰ Sono i principî tipici su cui si fonda il principio del giusto processo, il cui nucleo è costituito dalla ragionevole durata; per un’attenta analisi di questi concetti si rinvia a C. MARINELLI, (*Ragionevole durata*, pp. 26 ss.): egli descrive puntualmente i caratteri di ciascuno di questi principî, mettendo in risalto la polivalenza del concetto di “economia” processuale.

principio rieducativo di cui all'art. 27, 3° comma della Costituzione italiana) riabilitandolo.

Passate rapidamente in rassegna le varie teorie, il primo passaggio necessario per poter formulare in modo coerente il tentativo di trattare la questione italiana servendosi delle coordinate del dibattito tedesco consiste nel soffermarsi sulla formula di apertura del § 78: *la prescrizione esclude la persecuzione del fatto e la disposizione di misure*, il che equivale a impedire di esercitare l'azione penale o di proseguirla qualora fosse già iniziata.

Si tratta di una formula di notevole importanza sotto numerosi aspetti, prima di tutto il carattere neutro della stessa: invero, il legislatore tedesco affida volontariamente a dottrina e giurisprudenza il compito di definire la natura della prescrizione, non imponendo a priori una definizione della stessa. Il *Gesetzgeber*, consapevole della elasticità richiesta dall'istituto, ha voluto corredarlo di una disciplina il più aperta possibile, permettendo così di favorirne la mutevolezza in ragione del contesto giuridico e politico. Questa previsione dice qualcosa di molto significativo soprattutto sui giudici: non solo hanno la facoltà di definire la natura della prescrizione, ma hanno anche, a monte, la facoltà di determinare la durata del tempo necessario a prescrivere: invero, come anche nell'ordinamento italiano, il giudice è legittimato *ex lege* a individuare, mediante la propria discrezionalità, il reato che si sta perseguendo e, conseguentemente, in base alla gravità che il giudice attribuisce a questo reato, seguirà la lunghezza del tempo necessario a prescrivere.

L'inciso con cui esordisce il paragrafo è ricco di implicazioni ulteriori; esse sono di grande rilevanza in relazione alle argomentazioni che si vogliono dedurre – a partire dalle teorie tedesche – in vista del dibattito italiano. Proprio da esso, infatti, potrebbero trarsi conclusioni nel segno della dottrina sostanzialista, o processualista, o persino mista. Anzi, di tutte, probabilmente è proprio quest'ultima a conformarsi meglio alle nostre esigenze, dal momento che la formula che si sta analizzando ha segnatamente carattere processuale, tuttavia collocata nella legge sostanziale. Si propone allora un confronto con alcune disposizioni di diritto penale italiano.

È evidente, infatti, che, dire che la prescrizione esclude la facoltà di procedere o di continuare a procedere, comporta la pronuncia di sentenza di non doversi procedere (art. 529 c.p.p.); tale conclusione è, peraltro, la medesima nell'ipotesi in cui si verifichi

una causa di estinzione del reato, per cui il giudice dovrà pronunciare sentenza di non doversi procedere enunciandone la causa nel dispositivo (art. 531 c.p.p.) Proprio queste due disposizioni, di carattere evidentemente processuale, vengono tuttavia richiamate dai sostenitori italiani della tesi sostanzialista per dimostrare come, ove vi sia concorso di una causa di estinzione del reato e di un'altra condizione di punibilità, si preferisca sempre una pronuncia di assoluzione, o comunque di proscioglimento (in breve, va pronunciata la sentenza più favorevole al reo). Ergo, vi è la preminenza della connotazione sostanziale su quella processuale ai sensi dell'art. 129, 2 c.p.p. Viceversa, chi appoggia la tesi processualista si avvale nella maniera già illustrata degli argomenti dei sostanzialisti per dimostrarne la fragilità e le contraddizioni.

A riprova del fatto che la natura della prescrizione del reato non è solamente processuale, vi è pure l'assunto per cui il *dies praescriptionis* dipende dalla gravità del reato: in altre parole, la connessione fra funzione della pena e funzione della prescrizione è a sua volta una conferma della presenza di una componente materiale nella pretesa punitiva della forza pubblica.²⁴¹

Viceversa, per quanto vero che il tempo necessario a prescrivere è proporzionato alla severità della pena inflitta per quel caso concreto, è altrettanto vero che la prescrizione non è legata ai fatti del caso, ma alla norma del reato o dell'illecito, il quale viene inteso in senso processuale. L'esito è che, se la responsabilità penale può essere basata anche su un altro reato, rispetto al quale la prescrizione non è ancora scaduta a causa di una minaccia di pena più elevata, le conseguenze della prescrizione non si verificano: nell'ambito di uno stesso reato in senso processuale è possibile una situazione di prescrizione "sdoppiata" (*Gespaltene Verjährung*): nella misura in cui il reato dà luogo a responsabilità penale ai sensi della legge penale, la cui applicazione non è ancora impedita dall'ostacolo procedurale della prescrizione, il reato non è prescritto e la punizione è quindi ancora possibile. Si configura così una sorta di cesura all'interno della prescrizione medesima.²⁴²

Il punto di incontro tra pena e prescrizione si trova, dunque, nella comune matrice teleologica, la quale è informata a criteri di prevenzione di tipo centralmente positivo. Pure i giuristi tedeschi ne sono al corrente, anzi, si tratta dei precursori di questa maniera

²⁴¹ Per tale argomento si veda W. MITSCH, *MiKoStGB*, Rn. 1.

²⁴² Ancora W. MITSCH, *MiKoStGB*, Rn. 5.

di percepire il *tempori cedere* successivo alla consumazione del misfatto, prendendo coscienza della esistenza intrinseca e inevitabile del “flusso perpetuo del tempo”, il quale così contribuisce a quell’artificio che pone in essere una sorta di riconciliazione tra reo e società, pretendendo, da un lato, il perfezionamento interiore del colpevole, dall’altro, la perdita di attualità del fatto rispetto alle istanze storiche, che mutano continuamente e accettano che le questioni più remote scivolino gradatamente nell’abisso dell’oblio coscienziale.²⁴³

Anche qui, un accento tanto materiale quanto formale: se è vero che si parla di qualcosa di immateriale e che si svolge nel susseguirsi dei giorni, dei mesi, degli anni, è altrettanto vero che la sua manifestazione più autentica si attua in una sorta di “simulazione” di estinzione del reato. Ancora una volta, quindi, a venire meno è un concetto, una definizione, un’idea: tuttavia, essa non è comprensibile e disciplinabile se non avvalendosi di metafore materiali e che la legislazione vigente inquadra nell’ambito delle vicende connesse al fatto antiggiuridico concretamente avveratosi.

In conformità al principio del trattamento più favorevole al reo, pure nell’ordinamento tedesco la sentenza di non doversi procedere per prescrizione viene sostituita da una sentenza di assoluzione: gli argomenti principali addotti per giustificare questa scelta riposano essenzialmente sull’idea per cui, decorso un certo arco temporale, le prove non sono più tali da assicurare un accertamento corretto del caso. Di quest’idea, peraltro, sono portatori soprattutto i sostenitori della tesi processualista, dato che essi argomentano tale deduzione sulla base dei principî di economicità, efficienza, efficacia del processo penale.²⁴⁴

Non è allora così strano che si rinvenga il carattere originariamente sostanziale della *Verfolgungsverjährung*, dal momento che essa ha il suo *Grund* nella legge sostanziale, ma, al contempo, si manifesta con ripercussioni tipicamente procedurali. Chiaramente la situazione italiana è differente, vista la diversa esposizione delle norme che disciplinano l’istituto. Tuttavia, non sarebbe così fuorviante corredare anche la nostra prescrizione con una interpretazione di questo tipo.

²⁴³ R. LOENING, *Die Verjährung*, Otto Liebmann, Berlin, 1907, pp. 458 ss.

²⁴⁴ Sempre sulla scia del contributo di W. MITSCH (*MüKoStGB*, Rn. 9) si ricorda che: «Unüberwindliche Zweifel über das Vorliegen verjährungsrelevanter Tatsachen dürfen den Beschuldigten nicht belasten, sind daher nach dem Prinzip *in dubio pro reo* zu behandeln», ossia laddove vi siano dubbi insormontabili sull’esistenza dei fatti i fatti rilevanti per la prescrizione, l’imputato non deve essere incriminato, che deve quindi essere trattato secondo il principio dell’*in dubio pro reo*.

I paragrafi dello *Strafprozessordnung* paralleli agli articoli del Codice di procedura penale che regolano i casi in cui va emessa sentenza di non doversi procedere sono §§ 153 e 154 StPO. Il loro contenuto è particolarmente rilevante poiché essi – introducendo le ipotesi di non doversi procedere – contribuiscono a garantire il principio fondamentale della ragionevole durata del processo. Poiché, pure nel caso di maturata prescrizione, interviene sentenza di non doversi procedere, vi è la tendenza di interpretare pure la prescrizione del reato come strumento nato per soddisfare l'esigenza di un processo che si svolga in tempi ragionevoli e, al contempo, contribuire al decongestionamento della macchina processuale.

Si tratta tuttavia di una congettura erronea. Stante l'importanza di dare un fondamento certo alla prescrizione, è dovuta una riflessione che metta in evidenza i motivi per cui non è corretto considerarla uno strumento di garanzia del giusto processo.

5. Fondamento della Verjährung: ragionevole durata del processo o ratio teleologica della sanzione penale?

La digressione sul fondamento da assegnarsi alla *Verjährung* è parallela alle riflessioni fatte al medesimo proposito in sede di analisi della prescrizione del reato *ex art. 157 c.p.*

Per condurre al meglio questa esposizione comparatistica, si può partire proprio da quei paragrafi del codice di rito tedesco che introducono rimedi (che prendono vita già nel corso del processo medesimo) per porre un argine a quelle vicende giudiziarie che si stanno protraendo oltre un tempo eccessivo rispetto all'oggetto su cui vertono.

Si tratta appunto del § 153, che è la rinuncia all'esercizio dell'azione penale nel caso di reati minori, e del § 154, ossia la sospensione parziale in caso di più reati.²⁴⁵

Sono rimedi che intervengono *in medias res* e sono volti a congiurare il rischio che l'imputato sia sottoposto ad un processo che va oltre le tempistiche dovute.²⁴⁶ Essi si attuano prescindendo a priori dall'esercizio dell'azione penale, oppure, laddove essa sia

²⁴⁵ Si trovano nel secondo libro del codice di rito, che disciplina in generale il processo di primo grado, precisamente nel primo *Abschnitt* ("segmento", "sezione"), dedicato all'azione pubblica.

²⁴⁶ La validità di questi rimedi è avallata anche da una celebre pronuncia della Corte suprema federale tedesca: BGHst 52, 124, sent. N. 1/07 del 17 gennaio 2008, in HHRS, 2008, N. 145.

già stata esercitata, con la sospensione provvisoria del procedimento, cui segue o la sua ripresa o la dichiarazione di non doversi procedere.

A questi rimedi “endoprocessuali” si affiancano meccanismi esecutivi *ex post* sulle conseguenze negative di un processo (ormai concluso, non importa con quale esito) che abbia sfiorato limiti temporali assennati: laddove l’epilogo sia una sentenza di proscioglimento, si avrà la riparazione del danno, mentre nel caso di condanna il giudice potrà riconoscere al condannato una riduzione della pena.²⁴⁷

L’attenzione per queste due disposizioni è determinata, in prima istanza, dal valore che ad esse è riconosciuto anche dagli ordinamenti stranieri: ad esempio, la dottrina italiana scorge in esse dei modelli versatili²⁴⁸ in vista della formulazione di antidoti che eliminino i pregiudizi subiti dai destinatari di un processo troppo lungo.²⁴⁹

In seconda battuta, invece, esse sono fonti emblematiche della tentazione di ispirare la prescrizione alla medesima logica di questi rimedi: invero, anche nel caso di prescrizione l’epilogo è una sentenza di non doversi procedere. Eccezionalmente, ove insieme alla prescrizione si accosti un quadro probatorio incerto, la pronuncia è di assoluzione, in conformità al principio del *favor rei*. In questo la legge tedesca è molto simile a quella italiana.

Senonché il problema non attiene al dato letterale, bensì alle illazioni che scaturiscono in seguito: invero, in conseguenza di questa comunanza di formule, è diffusa l’idea per cui la prescrizione costituisca a sua volta un espediente che mira a garantire una durata del processo che sia ragionevole; in subordine, si avrebbe pure l’effetto (altrettanto positivo) di decongestionare la macchina processuale sovraccarica di questioni (spesso di carattere “bagatellare”) che rendono impossibile alla magistratura la persecuzione di tutti i reati.

In realtà, interpretare la prescrizione in questo senso, non solo è erroneo, ma è pure contrario ai principî su cui si fondano gli ordinamenti giuridici continentali: basati sul principio della obbligatorietà dell’azione penale (corollario del principio di legalità

²⁴⁷ È la c.d. *compensatio temporis cum poena*, ora prevista testualmente dal § 199, 3 del GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz*, lett.: “legge sull’ordinamento giudiziario”).

²⁴⁸ Di questo avviso è F. VIGANÒ, Riflessioni de lege lata e ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2012.

²⁴⁹ Tale preoccupazione riguarda essenzialmente i casi di imputati che sono stati condannati: nei casi di proscioglimento, invero, interviene la facoltà – a determinate condizioni – di chiedere il risarcimento del danno (causato dalla eccessiva durata del processo) ai sensi dell’art. 2 della c.d. Legge Pinto.

sostanziale, *Legalitätsprinzip*),²⁵⁰ sarebbe anticostituzionale mettere in campo uno strumento che esclude di “default” il perseguimento di alcuni reati.²⁵¹ La conferma ci è data dall’art. 25, 2 Cost. it., i cui corollari si hanno nell’art. 2 c.p.; in ambito tedesco, invece, vi è l’art. 3 del *Grundgesetz*, ripreso a sua volta dal § 2 della *Strafgesetzzordnung*.

Pertanto, la causa della *Verfolgungsverjährung* non è nella ragionevole durata del processo, ma in due principi essenziali: il principio di legalità e, quale suo riflesso, il principio della obbligatorietà dell’azione penale.

Torna ancora una volta, dunque, la connessione di cui si parlava in principio: *Norm e Strafgesetz*, norma e diritto penale, causa-effetto. Il diritto penale è il diritto della pena, ergo tutto ciò che lo riguarda è finalizzato a garantire la punizione del condannato secondo le modalità più consone al contesto socio-culturale (con tendenze più repressive o più educative). La prescrizione incide sulla punibilità e la punibilità – che va d’accordo con la precisione in ragione dei suoi connotati temporali – è intrinseca al reato.

Una volta che ci si è convinti della funzione teleologica della prescrizione, raffrontata con quella preventiva della pena nelle sue varie accezioni, si deve annettere a questa anche un’altra congiuntura, a sua volta probante nel senso di non giustificare la rilevanza giuridica del *tempori cedere* in termini di garanzia del giusto processo. Ci si riferisce ai casi di c.d. “imprescrittibilità in concreto”: si tratta di situazioni in cui gli effetti procurati dal decorso del tempo prescrizione conducono, di fatto, alla impossibilità che il reato si estingua, con conseguente durata del giudizio probabilmente oltre i limiti necessari.

Questa eventualità la si trova leggendo in combinato disposto i commi 3° e 4° del § 78b, rubricato *Ruhen*, “sospensione”.

Quest’ultima evenienza rappresenta l’estremo confine cui si è spinto il legislatore germanico ed è meritevole di apprezzamento in quanto indice della natura non solo sostanziale della prescrizione (del reato). Premessa è che, in generale, sospensione e interruzione sono due effetti giuridici che comportano procrastinazione del *dies*

²⁵⁰ Invero, le ipotesi di cui ai §§ 153, 153a StPO (forme di rinuncia all’esercizio all’azione penale), contenenti rimedi orientati a garantire la giusta durata del processo, vengono intesi come deroghe al principio di legalità, ergo quindi come ipotesi *extra ordinem* di prevalenza del principio di opportunità (*Opportunitätsprinzip als Durchbrechung des Legalitätsprinzips*).

²⁵¹ Tra i paladini di una presunta implicazione bicondizionale tra *Verfolgungsverjährung* e giusto processo vi sono, per ovvie ragioni, anzitutto i parteggiatori della tesi strettamente processualista.

praescriptionis, seppur con modalità diverse.²⁵² Esse, dunque, comprovano che non è detto che la prescrizione elimini la responsabilità penale sostanziale del reato: «Ciò non è compatibile con il diritto applicabile. Ciò accade perché l'insorgere della prescrizione e la sua conseguenza giuridica non dipendono solo dal decorso del tempo che corrisponde al termine di prescrizione legale. La sospensione (§ 78b) e l'interruzione (§ 78c) del termine di prescrizione possono prolungare il periodo effettivo in modo da escludere la corrispondenza tra il trascorrere del tempo e la cessazione della responsabilità penale».²⁵³

La *ratio* è molto sottile e serve a correggere quelle ipotesi in cui, a seguito di un processo eccessivamente lungo, è necessario ricorrere a rimedi che indirettamente consentano di procedere. Il testo tedesco prevede, rispettivamente: la cessazione definitiva del *tempori cedere* prescrizionale una volta emessa la sentenza di primo grado (di qualunque tipo essa sia); la sospensione della prescrizione per cinque anni dalla data di emissione del decreto di rinvio a giudizio qualora si tratti di reato punito, in seguito ad applicazione di circostanze aggravanti, con pena massima superiore ai cinque anni di reclusione.²⁵⁴

Laddove si verificano entrambe le ipotesi, si avrà allora la fattuale imprescrittibilità: essa è il risultato dell'eventualità che il giorno in cui la prescrizione matura e l'effetto giuridico che ne deriva (che è l'estinzione del reato) non dipendono solo dal decorso del tempo corrispondente al termine previsto *ex lege* per quel tipo di reato.

²⁵² Tale definizione, di carattere generale, è esposta molto chiaramente in G. COCCO-E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 408 ed è coincidente con quella fornita sempre da W. MITSCH, § 78, in *MüKoStGB*, Rn. 1: «Ruhen (§ 78b) und Unterbrechung (§ 78c) der Verjährung können die effektive Frist in einer Weise verlängern, die eine Korrespondenz von Zeitablauf und Wegfall der Strafbarkeit ausschließt», il che significa che «sospensione e interruzione del termine di prescrizione possono prolungare il periodo effettivo in modo da escludere la corrispondenza tra il trascorrere del tempo e la cessazione della responsabilità penale».

²⁵³ W. MITSCH, *MüKoStGB*, Rn. 1: «Dennoch ist die Annahme, die Verjährung beseitige die materiellrechtlich begründete Strafbarkeit der Tat, mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren. Denn der Eintritt der Verjährung und ihrer Rechtsfolge hängt nicht allein von dem Verstreichen der Zeitspanne ab, die der gesetzlichen Verjährungsfrist entspricht. Ruhen (§ 78b) und Unterbrechung (§ 78c) der Verjährung können die effektive Frist in einer Weise verlängern, die eine Korrespondenz von Zeitablauf und Wegfall der Strafbarkeit ausschließt».

²⁵⁴ Per il testo tedesco del § 78b, 3 e 4: «(3) Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein Urteil des ersten Rechtszuges ergangen, so läuft die Verjährungsfrist nicht vor dem Zeitpunkt ab, in dem das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. (4) Droht das Gesetz strafscharfend für besonders schwere Fälle Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren an und ist das Hauptverfahren vor dem Landgericht eröffnet worden, so ruht die Verjährung in den Fällen des § 78 Abs. 3 Nr. 4 ab Eröffnung des Hauptverfahrens, höchstens jedoch für einen Zeitraum von fünf Jahren; Absatz 3 bleibt unberührt».

Si tratta di contingenze eccezionali, dato che, di regola, si deve permettere al presunto reo di trarre vantaggio – almeno in via ipotetica e pur non potendone disporre come se fosse un diritto, cioè non potendola ricusare – dal *tempori cedere*: in quest’ottica, di ispirazione opposta rispetto ai casi di sospensione (che, come visto, possono condurre alla sostanziale imprescrittibilità), si pone la previsione di un limite complessivo massimo del tempo della *Verfolgungsverjährung*. Al § 78c, infatti, si pone un argine alle possibilità che la prescrizione si interrompa, sancendo che l’azione penale si considera in ogni caso prescritta qualora, nonostante le interruzioni, sia decorso un tempo pari al doppio del termine prescrizionale previsto dalla legge o, per i reati che si prescrivono per legge in meno di tre anni, sono decorsi almeno tre anni.²⁵⁵ Lo stesso è previsto dal 4° comma dell’art. 161 c.p., ai sensi del quale in nessun caso l’interruzione della prescrizione può comportare l’aumento del tempo necessario a prescrivere oltre un certo limite; tale argine temporale varia a seconda del tipo di reato e può corrispondere ad un aumento pari a più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, ovvero della metà, di due terzi, del doppio.

L’eccezionalità è dovuta anche al fatto che, l’esclusione della prescrizione ai sensi del 78b (*in toto* o solo via temporanea per sospensione), è contingentata a casi ridotti e specifici in cui l’avvocatura dello Stato non sia in grado di esercitare l’azione penale.

Sospensione e interruzione, rappresentando degli incentivi allo svolgimento del processo, rendono chiaro che la prescrizione, stando alla sua disciplina globalmente intesa, non contribuisce soltanto alla esclusione radicale della colpevolezza dell’autore del fatto (come accadrebbe se ci si fermasse ad una ipotesi prettamente sostanzialista), ma, al contrario, interviene anche a soddisfare l’esigenza che il crimine venga perseguito, in ossequio all’interesse pubblico che pone al vertice la sicurezza della collettività.

Alla luce di quanto esposto fin qui, l’inquadramento della *Verjährung* quale strumento sussidiario rispetto alla pena ai fini dell’attuazione della prevenzione (generale e speciale), nonché il suo ruolo soltanto in via subordinata ed ipotetica di espediente dedito alla salvaguardia del principio della ragionevole durata del processo (con riflessi

²⁵⁵ Il testo corrispondente si trova nel § 78c, comma 3: «Die Verfolgung ist jedoch spätestens verjährt, wenn seit dem § 78a bezeichnete Zeitpunkt das Doppelte der gesetzlichen Verjährungsfrist und, wenn die Verjährungsfrist nach besonderen Gesetzen kürzer ist als drei Jahre, mindestens drei Jahre verstrichen sind».

poi in senso deflattivo sul carico giudiziario),²⁵⁶ è anch'esso una nuova indicazione in favore della tesi mista: l'impatto del *tempori cedere* sulla interiorità del reo è, chiaramente, qualcosa di immateriale, pertanto non sostanzialmente tangibile, ma che si svolge soltanto nel dinamismo del tempo; inoltre, l'ampiezza del tempo necessario ad "estinguere" il reato è commisurato alla gravità dello stesso, e, quindi, alla pesantezza (*Schwere*) della pena corrispondente. La pena, come noto, non è altro che una concretizzazione visibile dell'interesse dello Stato a ristabilire l'ordine alterato dal commesso reato. In alcuni casi può persino accadere che il timore dell'autore del reato di essere perseguito e di essere scoperto dalle autorità di polizia per molti anni può agire come una sorta di *poena naturalis*.²⁵⁷

6. Principî del processo coinvolti dalla Verfolgungsverjährung e confronto con i principî italiani.

Ora, chiarito il parallelismo col sistema italiano circa la determinazione del ruolo della punibilità ai fini del dibattito sulla prescrizione del reato, è necessario mettere a punto pure la similitudine tra i principî su cui si fonda il meccanismo penale.

Il concetto che spicca più di ogni altro quando si tratta della *Verjährung* è la c.d. *Rechtsfrieden*, "pace giuridica", con riferimento alla situazione successiva alla maturazione della prescrizione. Un termine espressivo nella nomenclatura dei principî

²⁵⁶ A spingere a intendere in questo senso l'istituto sono principalmente due cause: innanzi tutto, l'esigenza di cui si di accertare il reato in maniera completa e ottimale (sempre in W. MITSCH, *MüKoStGB*, Rn. 4), per cui sono numerosi coloro che ritengono che uno dei fondamenti della prescrizione sia la penuria di prove, causata da un lasso di tempo eccessivamente vasto tra la verifica del fatto ed il suo castigo. In secondo luogo, vi è che se si fondasse l'operatività della *Verjährung* sempre e solo sulla supposta redenzione del reo, essa perderebbe di credibilità e si accuserebbe automaticamente la inefficienza della macchina processuale statale nella prerogativa propria dell'Ente pubblico per antonomasia di perseguire e punire i crimini. Di per sé, del resto, per quanto la prescrizione sia ricondotta – nella prospettiva personalistica – ad una emancipazione del reo, non bisogna dimenticare che tale miglioramento è soltanto presunto, operando la prescrizione come una presunzione semplice: lo scorrere del tempo, allora, non dissolve qualcosa di materiale, bensì costruisce qualcosa di immateriale e fittizio, consistente nella finzione, da parte dell'Ente pubblico e della comunità dei consociati, della riconciliazione del (presunto) reo con la società, la quale non gli rinfaccerà più la sua condotta antiggiuridica. È in questo senso che il tempo erode la punibilità, *Strafwürdigkeit*, "meritevolezza di pena". Naturalmente questo ragionamento, artificioso ma comunque anche coerente, non è necessario laddove si tratti di imputato innocente: resta tuttavia il punto che ciò non si potrà mai sapere con assoluta certezza, dal momento che – come in accordo coi sostanzialisti – la prescrizione prescinde dall'accertamento del fatto di reato.

²⁵⁷ Ancora W. MITSCH, *MüKoStGB*, Rn. 3.

che sottostanno a questo istituto nell'ordinamento germanico, ma che, in fin dei conti, simboleggia in maniera onnicomprensiva i valori che accomunano qualsivoglia contesto giuridico in cui si verifichi una vicenda estintiva in seguito a decorso del tempo.

Tuttavia, la *Rechtsfrieden* attiene a ciò che viene in essere a posteriori: è essenziale, tuttavia, esaminare inizialmente quei principî fondamentali e perlopiù costituzionali che stanno a monte, rappresentando un insieme di valori che accomunano gli istituti prescrizionali in via generale e che permettono l'operatività di quel concetto di "pace giuridica" che ne deriva.

A fare da ponte tra i due ordinamenti, è senz'altro il principio di legalità, al quale è coordinato il principio della obbligatorietà dell'azione penale. Ciononostante, vi sono degli scollamenti tra le rispettive legislazioni che inducono a sospettare della natura parzialmente diversa dell'azione penale come concepita in Germania.

Per condurre al meglio questa comparazione, è bene fare un passo indietro e partire dal dato pratico.

Prima di tutto, bisogna ricordare che il sistema tedesco è, come quello italiano, di tipo accusatorio (*Akkusationsprinzip*). Come il Codice di procedura penale italiano distingue indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento, così la *Strafgesetzzordnung* diversifica tra *Ermittlungsverfahren*, *Zwischenverfahren*, *Hauptverfahren*.

Letteralmente essi stanno per procedimento delle indagini, procedimento intermedio, processo principale e le funzioni sono all'incirca le medesime attribuite alle corrispondenti fasi del processo italiano. Inoltre, anche nell'ordinamento tedesco un fattore di distinzione sta pure nella qualifica del soggetto sottoposto al processo: prima che venga formalmente accusato, esso resta solo indagato (*der Beschuldigte*) e solo qualora il giudice decreti che si proceda allora la persona sospettata di essere responsabile diviene imputato (*der Angeklagte*).

L'accusatorietà del processo penale tedesco è garantita in maniera più chiara che nell'ordinamento italiano, dato che la distinzione tra accusa e organo giurisdizionale è netta e senza sovrapposizioni. L'accusa è in mano a un organo che prende il nome di *Staatsanwaltschaft*, avvocatura dello Stato,²⁵⁸ che gode del monopolio nell'esercizio dell'azione penale, *Anklagemonopol*.²⁵⁹

²⁵⁸ L'indipendenza dell'avvocatura dello Stato dal giudice è garantita dal § 150 GVG.

²⁵⁹ A. ENGLÄNDER, *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, 8. Auflage, C.F. Müller, p. 7.

Ciononostante, a differenza del sistema italiano, vi è a livello legislativo la separazione dei cc.dd. *Privatklagedelikte* dal resto dei reati, così ravvisandosi un'azione pubblica in senso compiuto, *öffentliche Klage*, e una di inclinazione privatistica, *Privatklage*. Quest'ultima, godendo di un certo spazio, fa pensare che, pur trattandosi di azione privata, comunque connoti la perseguibilità del reato di una qualche discrezionalità (pur riferendosi tale facoltà non ad una prerogativa della magistratura, bensì del singolo interessato). D'altronde, non si tratta di un argomento probante, dato che il sistema tedesco si presenta spesso ben più garantista di quello italiano; inoltre, tale categoria rappresenta un'eccezione al monopolio pubblico, consentendo all'azione penale ed al suo esercizio di mantenere il carattere della officialità e della obbligatorietà.

Le fattispecie rientranti nella *Privatklage* corrispondono a un dipresso a quelli che nel Codice di procedura penale italiano vengono raccolti in quella classe di reati che, ai fini dell'esercizio dell'azione penale da parte dell'accusa pubblica, richiedono necessariamente il compimento un atto preventivo (le condizioni di procedibilità sono condizioni pregiudiziali di rito), il quale realizza la condizione di procedibilità: si tratta di querela, istanza, richiesta di procedimento e autorizzazione a procedere (Titolo III del Libro V del Codice Vassalli). Qualcosa di simile all'attuale costruzione delle modalità di esercitare l'azione penale era rimasta, nel vecchio codice di rito, riguardo ai reati elettorali. Oggi anche quell'ipotesi di accusa privata è completamente svanita.²⁶⁰

In tema di obbligatorietà, soccorre pure nel caso tedesco la lettura in combinato disposto degli articoli 25, 2 Cost. e 2 c.p., così si integrano a vicenda l'art. 103 del *Grundgesetz* ed il § 2 dello *Strafgesetzbuch*. Quest'ultimo, relativo alla *Zeitliche Geltung* (lett.: "valore temporale") e affine all'art. 2 c.p.it., sancisce i principî del *nullum crimen* e della *nulla poena sine lege*, dal quale si deduce il divieto di analogia (*Analogieverbot*) e il divieto di applicazione del diritto consuetudinario nella individuazione di un reato e nella determinazione della pena. Il principio del *nullum crimen* è poi garantito costituzionalmente dal 2° comma dell'art. 103 del *Grundgesetz*.

²⁶⁰ L'esercizio, privato o pubblico, dell'azione penale venne a lungo inteso come segnaletico del carattere accusatorio o inquisitorio della legge processuale penale; sempre in questo senso si era soliti spiegare il carattere obbligatorio o meno dell'esercizio dell'azione penale. Oggidì l'impostazione di un ordinamento penalistico è tendenzialmente indipendente da siffatte valutazioni.

Il testo § 2 StGB vigente è successivo alla Riforma del 2017; il nucleo delle massime in esso contenute è, tuttavia, invariato nonostante varie modifiche che il paragrafo subì nel corso dei decenni.²⁶¹

Interessante è poi soffermarsi sul primo comma dell'art. 103 del GG che pone il principio del c.d. *fair hearing*. Esso desta la nostra curiosità in quanto più ampio rispetto all'omologo art. 24 Cost. it.: se, infatti, nel sistema italiano si si limita a sancire l'inviolabilità di ciascuno a far valere i propri diritti in ogni stato e grado del procedimento, la legge fondamentale tedesca, invece, pone un principio generale ben più ampio il quale ben si allinea con il c.d. *fair hearing* di cui all'art. 6 della CEDU.²⁶²

Un altro elemento che distanzia parzialmente l'obbligatorietà dell'azione penale come intesa nella Costituzione italiana da quella tedesca consiste nella previsione del principio di opportunità: come è noto, stante la impossibilità pragmatica di perseguire qualsiasi crimine, nell'ordinamento italiano interviene il Parlamento, il quale mette a punto dei criteri direttivi che indirizzino le scelte degli organi di accusa. In Germania, invece, il principio di opportunità rappresenta già in sé un criterio sufficientemente valido ad ottemperare a questa esigenza, dimostrandosi talora più efficace dei criteri direttivi elaborati dal Legislatore italiano, essendo questi ultimi – non poco di frequente – frutto di interessi politici settoriali.

Il principio di opportunità, quindi, integra quello (opposto) della obbligatorietà nelle ipotesi in cui quest'ultimo non si riveli sufficiente. Sempre a fini “deflattivi”, accanto all'*Opportunitätsprinzip* vi sono pure i riti speciali e il *Konzentrationsprinzip*, principio di speditezza.

²⁶¹ Ad esempio, H. WELZEL, in *Das deutsche Strafrecht*, p. 18, commentando la differenza sussistente fra i principî del *nullum crimen* e della *nulla poena*, riporta dei concetti del tutto in linea con la concezione tradizionale per cui mentre il principio *nullum crimen sine lege* richiede la determinazione *ex lege* della punibilità – quindi permette (anche) minacce di pena indeterminate – il principio *nulla poena sine lege* va addirittura oltre e pretende anche determinazioni giuridiche delle conseguenze del reato, cioè (richiede che si determinino) quantomeno tipo e ambito della minaccia di pena.

²⁶² Il testo dell'art. 102, 1 GG recita: «Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör», “ciascuno ha, di fronte al tribunale, diritto (lett.: pretesa) ad una giusta audizione”. La CEDU (“Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”, firmata nel 1950 e in vigore dal 1953) è di poco successiva al *Grundgesetz* (in vigore dal 23 maggio 1949): è verosimile che la CEDU abbia recepito alcuni dei principî della legge fondamentale tedesca, tra cui il diritto ad un ; tale fenomeno non stupisce se si considera che qualcosa di somigliante si verificò molti anni dopo, quando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01) ricalcò il suo primo articolo proprio sull'art. 1 GG, che sancisce la inviolabilità e la tutela costituzionale della dignità dell'uomo qual valore primo e fondamentale: «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt».

Letteralmente, si tratta della concentrazione del processo, che può essere assimilata al principio della sua ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost. it.

Il principio della speditezza è la concretizzazione del *Beschleunigungsgrundsatz*, principio di accelerazione,²⁶³ nel corso dibattimento, *Hauptverhandlung*. L'importanza della rapidità nello svolgimento del processo è talmente importante che, non solo le possibilità di una sospensione sono debitamente limitate, ma nel caso di lunghe protrazioni, il processo deve essere interrotto, cosa che rende necessario un dibattimento completamente nuovo.²⁶⁴

In fin dei conti, dunque, i principî che reggono i due ordinamenti penali sono in gran parte coincidenti. Quello che meglio connota il meccanismo tedesco, è la grande cura del principio della ragionevole durata del processo, con garanzie più forti di quelle poste dalla nostra Costituzione.

Così si concludono le considerazioni minime relative all'istituto della *Verfolgungsverjährung*: si tratta solo della esposizione tecnica delle regole alla base del suo funzionamento, partendo dalle più antiche teorie in merito al reato ed al rapporto di questo con la figura in esame. Obiettivo è, invero, trarre vantaggio dalle connotazioni peculiari delle discipline sancite dallo *Strafgesetz* e dalla *Strafprozessordnung* per poter ipotizzare una soluzione alla questione della natura della prescrizione italiana alla luce della lezione che si può apprendere proprio dalle scelte dogmatiche e pratiche dei penalisti della Repubblica Federale di Germania.

²⁶³ La giurisprudenza del BGHSt 52, 124 afferma che, se il condannato è stato sottoposto a un processo eccessivamente lungo, nel dispositivo della sentenza si deve specificare che esso ha diritto a vedere come già eseguita una determinata parte della pena.

²⁶⁴ A. ENGLÄNDER, *Examens-Repetitorium*, p.13-14.

Capitolo 4 – Dalla prescrizione alla improcedibilità: la recente riforma italiana (Legge di delega del 27 settembre 2021, n. 134).

1. Percorso logico-giuridico: dal dato normativo ad un'ipotesi di natura "sensibilmente" mista di un istituto relativo. L'inquietudine politico-legislativa del terzo millennio: da Rocco a Cartabia. – 1.1 Analisi tecnica: la legge sostanziale. – 1.2 Analisi tecnica: la legge processuale. – 2. Questioni di legittimità costituzionale: improcedibilità e ragionevole durata del processo. – 2.1 Altri interrogativi sulla legittimità. – 3. (In)certezze sul fondamento prescrizione della improcedibilità *ex art. 344 bis c.p.p.* – 4. Argomenti vari a favore della tesi mista della natura della prescrizione del reato. – 5. I problemi continuano: come adattare discipline contigue con vigenza a breve distanza l'una dall'altra? Questioni di diritto intertemporale e di disciplina transitoria. – 5.1 Problematiche generali. – 5.2 Vicende anteriori alla Legge 134/2021. – 5.3 La Riforma Cartabia: portata temporale e co-implicazione di questa con la natura "mista" della prescrizione del reato.

1. Percorso logico-giuridico: dal dato normativo ad un'ipotesi di natura "sensibilmente" mista di un istituto relativo. L'inquietudine politico-legislativa del terzo millennio: da Rocco a Cartabia.

Onde comprendere le questioni che prorompono dal febbrile susseguirsi delle riforme aventi ad oggetto la prescrizione del reato, è fondamentale avere chiari i diversi passaggi specialistici che condussero all'assetto attuale, con tanto di vaglio del composito panorama interpretativo che ne conseguì.²⁶⁵

Invero, se in un mondo giuridico ideale ciascuno sforzo emendativo dovrebbe essere sorretto da una certa contezza del sostrato logico ed essenziale su cui si fonda l'istituto oggetto di interesse, in molteplici frangenti si assiste al fenomeno inverso, ossia proprio dalle riforme testuali si ricavano componenti utili a munire di fondatezza le spiegazioni di cui gli interpreti dotano l'essenza delle figure giuridiche riadattate.

È ciò che accade con la prescrizione penale: strumento dalla realtà controversa, la sua natura viene spiegata in un modo o nell'altro a seconda dei connotati che una determinata riforma mette in risalto.

Dopo anni di conflitti e dopo l'affermazione della dottrina favorevole alla tesi sostanziale, agli inizi del nuovo secolo si innescò un frenetico incalzarsi di modifiche che,

²⁶⁵ Già prima del 2005, anno in cui si colloca il primo degli interventi significativi sul tema, ci si interrogava sulle prospettive di riforma di questi istituti; si veda, tra i tanti, G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 4, pp. 976 ss.; posteriormente al 2005 invece si veda A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, in AA. VV., Padova, 2006.

nell'illusione di stabilizzare la situazione, fomentarono nuovi dubbi e incoraggiarono nuovi scontri su un tema assai delicato e di dominio comune.

Il confronto, pur gravitando intorno alla questione della natura della prescrizione del reato, non cela scetticismi anche rispetto ad altri connotati del *tempori cedere* susseguente alla commissione di un reato.

Per formulare un discorso che non resti in balia della complessità dell'argomento, bensì permetta di scioglierne i nodi interpretativi principali, si proseguirà obbedendo all'ordine sistematico delle varie riforme, giustapponendo i contorni originari delle varie disposizioni con quelli risultanti dai diversi interventi del Legislatore.²⁶⁶

Il *focus* concerne la novità della Riforma Cartabia: la improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione. Tuttavia, prima di avanzare su questo fronte, ci si dedicherà alla esposizione – nonché analisi – della disciplina originaria della prescrizione nel Codice penale, poi a quella risultante dalle riforme dalle quali fu coinvolta, ed infine si analizzeranno gli influssi che tali interventi procurarono sul modo di percepirla sia da parte dei giuristi che della collettività, con tutte le dovute ripercussioni sulla sua natura.

Da tale resoconto sarà facilmente avvertibile la trepidazione diffusa che connota la legislazione relativa alla prescrizione penale nei due decenni a noi appresso.

I primi ritocchi di cui si resero responsabili le Camere si palesarono soltanto nel 2005, per mezzo della c.d. “ex Cirielli” (Legge del 5 dicembre 2005, n. 251). Sino a quel momento, infatti, le tensioni politiche non avevano come bersaglio questa tematica, cosa che – al contrario – divenne (purtroppo) quasi ordinaria all'alba del nuovo millennio. Sicuramente vi è una qualche giustificazione alla base di un fenomeno così imponente, stante il risveglio nella coscienza popolare del desiderio di ottenere risposte certe da una giustizia sì efficiente, ma al contempo che non violasse la dignità dell'individuo; dall'altro lato, tuttavia, è chiaro l'intento esasperato delle forze politiche di manipolare, in vista delle proprie convenienze strategiche, un istituto che tocca significativamente la sensibilità dei singoli.

Ad ogni modo, per questi aspetti, solo una disamina (sommara per quanto sufficiente) dei vari passaggi normativi renderà chiare tali tendenze, rilevandone le

²⁶⁶ Per una raccolta valida in ambito di prescrizione del reato e delle diverse leggi che la modificarono incidendo pure sulla *ratio* si veda il *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, Tomo II – L-Z*, A. GAITO (a cura di), Utet, 2004, pp. 768 ss.

manifestazioni sia a livello generale (di politica e di interessi democratici condivisi), sia in direzione della prevenzione speciale, conformemente alla già chiarita interconnessione tra le funzioni della pena e quelle della prescrizione del reato.

Il fine di questo itinerario è quello di giungere alla recentissima Riforma Cartabia, la Legge del 27 settembre 2021, n. 314.

L'indagine avente ad oggetto questa legge presenta una specifica peculiarità, ossia il fatto che, pur consistendo in una legge di delega, ben la metà del suo contenuto sia immediatamente precettivo.

Occorre allora chiarire il perché di questa anomalia all'interno di uno strumento che nasce come "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".²⁶⁷

A tal proposito, il contenuto della Legge è raggruppato in due articoli, dei quali l'uno racchiude l'insieme di quelle materie, che, in virtù di un potere di legiferare eccezionale, vengono delegate all'Esecutivo,²⁶⁸ mentre l'altro introduce una serie di modifiche e aggiunte ai codici penali (sostanziale e di rito) immediatamente precettive.²⁶⁹

²⁶⁷ La Legge del 27 settembre 2021, n. 134, venne pubblicata in G.U. il 4 ottobre 2021.

²⁶⁸ La legittimità di questa funzione riposa sul contenuto dell'art. 76 Cost., ai sensi del quale «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».

Conformemente al dettato costituzionale, dunque, il 1° comma dell'art. medesimo sancisce: «Il Governo è delegato ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la modifica del Codice di procedura penale, delle norme di attuazione del Codice di procedura penale, del Codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell'ufficio per il processo penale, con finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive e secondo i principi e criteri direttivi previsti dal presente articolo».

La delega conferita al Governo ha, dunque, la scadenza di un anno. È stato solo recentemente approvato il decreto attuativo, ossia quell'atto giuridico che permette al Governo di esercitare la funzione legislativa, sempre nel rispetto delle linee guida di cui alla Legge di delega (i *principi* ed i *criteri direttivi* ai sensi dell'art. 76 Cost.) e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

La definitivo accoglimento di questo decreto legislativo è avvenuta in tre momenti: prima, in data 4 agosto 2022, è stato approvato, in esame preliminare, uno schema di decreto legislativo attuativo (proposto dal Guardasigilli Cartabia, che aveva organizzato anche sei gruppi di lavoro ai fini del suo definitivo accoglimento). Poi, la compiuta approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, il 28 settembre 2022, anche sulla base dei lavori e delle conclusioni elaborati proprio dai gruppi costituiti dal Ministro della Giustizia. Infine, il 10 ottobre 2022, la firma da parte del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, di tutti i decreti legislativi attuativi dei diversi ambiti di riforma della giustizia messi a punto da Cartabia (quindi non solo giustizia penale).

²⁶⁹ L'intero dispositivo dell'art. 2 è entrato in vigore a far data dal 19 ottobre 2021.

La rubrica dell'art. 1 prevede una “Delega la Governo per la modifica del Codice di procedura penale, delle norme di attuazione del Codice di procedura penale, del Codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell'ufficio per il processo penale”.²⁷⁰

Per la nostra indagine sarà sufficiente limitarsi al contenuto del secondo, il quale racchiude le modifiche testuali delle varie leggi richiamate dalla delega. Rubricato “Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale, alle norme di attuazione del Codice di procedura penale e disposizioni di accompagnamento della riforma”, l'art. 2 consta di 24 commi, recanti le varie sostituzioni apportare agli articoli delle leggi menzionate.

In particolare, il primo comma si riferisce alle modificazioni del Codice penale, mentre il secondo a quelle del Codice di procedura penale. Qui ci si soffermerà soltanto sulle disposizioni di immediata applicazione aventi ad oggetto la modifica degli artt. 159 e 160 c.p., nonché l'introduzione del 161 *bis* (sempre nel Codice penale) e del 344 *bis* (nel Codice di procedura penale).²⁷¹

Viste le difficoltà – cui si è già anticipato – che sopraggiungono laddove entri in vigore una riforma, in particolare qualora essa si riferisca al diritto penale, e quindi in ossequio alla necessità di procedere avendo ben presente il *background* sociale che

²⁷⁰ Relativamente alla struttura interna dell'art. 1, esso è composto da ben 28 commi, indicando dapprima i decreti legislativi (uno o più d'uno) per mezzo dei quali il Governo deve esercitare il potere che gli è stato delegato; tali decreti vanno adottati *nel termine di un anno* dalla data di entrata in vigore della legge di delega. Dopodiché espone i principi e criteri direttivi cui il Governo deve ottemperare (nella attività di riforma delle norme richiamate per effetto del conferimento della delega) nelle seguenti aree: processo penale telematico, procedimento penale più celere ed efficiente, notificazioni, processo in assenza di imputato, atti del procedimento, indagini preliminari, udienza preliminare, procedimenti speciali, giudizio, mezzi di impugnazione (ordinari e straordinari), amministrazione dei beni sottoposti a sequestro, esecuzione della confisca, pena pecuniaria, sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, giustizia riparativa, esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, sospensione del procedimento con messa alla prova, sanzioni per le contravvenzioni, controllo giurisdizionale della legittimità della perquisizione, comunicazione della sentenza, ufficio per il processo.

²⁷¹ Secondariamente, sempre questo articolo della Legge 134/2021 indica la immediata di applicazione di determinate previsioni in tema di compiuta identificazione della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato (commi 7-10); tutela della vittima del reato (commi 11-13); garanzie dei detenuti (comma 14); arresto obbligatorio in flagranza (comma 15).

connota la genesi di questa riforma, occorre chiarire perché una parte poderosa di quest'ultima, benché nata come Legge di delega, contenga disposizioni immediatamente precettive.

La formulazione della Legge del 27 settembre 2021, n. 134, deriva da una serie di stimoli volti a garantire l'accelerazione nella definizione delle vicende giudiziarie all'indomani della crisi pandemica da Covid-19, con la conseguenza che, in attuazione del piano post pandemico c.d. *Next Generation EU* (NGEU), l'Unione europea subordina la concessione dei fondi per il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR)²⁷² – precisamente 21 miliardi di euro – alla elaborazione, da parte dell'Italia, di atti di riforma della giustizia rispettivamente entro il 19 ottobre 2021 per quella penale ed entro il 26 novembre 2021, per la giustizia civile.²⁷³

La soluzione con cui l'ordinamento italiano risponde al monito di provenienza comunitaria consiste nella tempestiva effettività di quelle disposizioni volte specificamente a questo scopo (che si trovano, appunto, all'interno dell'art. 2 della Legge n. 134).²⁷⁴

Come si vedrà a breve, le conseguenze di una riforma dotata di norme immediatamente precettive è particolarmente significativa se si richiamano le questioni che sorgono solitamente in ambito di diritto intertemporale e regime transitorio; infatti, pur trattandosi di una disciplina (quella introdotta dalla Riforma del 2021) volta a concludere i processi più celermente che in passato, non bisogna comunque prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, tra cui il diritto alla difesa (art. 24) e il principio del giusto processo (art. 111).²⁷⁵

²⁷² All'interno del medesimo PNRR vengono delineati gli obiettivi di efficienza e celerità della giustizia penale da realizzarsi entro il 2026; in particolare, la riduzione della durata dei processi penale del 25%.

²⁷³ Diversi furono gli studiosi che si pronunciarono sul tema, tra cui lo stesso Ministro M. CARTABIA, *Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno per l'Europa, per la ripresa del Paese*, in www.Sistemapenale.it, 31 maggio 2021, pp. 1 ss.; si veda anche G. SPANGHER, *Giustizia 25%*, in www.PenaleDirittoeProcedura, 10 giugno 2021.

²⁷⁴ Per un *excursus* sulla *ratio* e sul contenuto tanto dei principi di delega, quanto delle disposizioni immediatamente precettive si rinvia a G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 410 ss.

²⁷⁵ Si tratta di quei principi che già in precedenza hanno fatto riflettere sulla circostanza che non è detto che un processo giusto debba essere per forza rapido. La durata deve essere proporzionata all'entità del reato e di tutto ciò che riguarda la specifica vicenda giudiziaria.

A riconoscere l'esigenza di rispettare i canoni costituzionali sono diversi autori: G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in www.Sistemapenale.it, 25 agosto 2021, pp. 1 ss.; G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Legisl. pen.*, 23 agosto 2021; *Una svolta importante nella politica penale*, 15 giugno 2021, pp. 2 ss.; G. FIANDACA, *Più efficienza, più*

Visti gli intrecci tra il contesto socio-economico ed il diritto, è d'aiuto ricorrere ad un metodo che consideri contestualmente tutte queste variabili, cosicché si riesca ad appurare al meglio la consonanza di questo nuovo istituto e della sua disciplina con il pluralismo delle istanze dei giorni nostri. In special modo, desta un certo interesse vedere se, in fin dei conti, la nuova soluzione del Legislatore sia decifrabile come istituto prescrizione: in esito ad un *excursus* puramente tecnico, ci si interrogherà sul suo significato, osservando il valore che essa assume a seconda che essa sia vista singolarmente oppure laddove essa sia accostata ad altri istituti, con il conseguente rischio di indebite sovrapposizioni. Pertanto, in via principale si valuterà se davvero essa si adatta alle esigenze preventive generali e speciali che tipicamente connotano il decorso temporale *post factum patratum*,²⁷⁶ in subordine, invece, si vedrà se, in fin dei conti, la improcedibilità (a prescindere dalla sua compatibilità con la natura di prescrizione) abbia una qualche influenza sulla garanzia della durata ragionevole del giudizio.

In chiusura, emergerà la configurabilità della “improcedibilità” (come regolata dalla Riforma Cartabia) come prescrizione processuale, avendosi allora l'esplicazione a livello legislativo della lettura dell'istituto della prescrizione in senso dinamico e rituale.

A ciò si aggiungano le questioni di diritto transitorio e intertemporale che affannano la dottrina e la giurisprudenza ogniqualvolta intervenga una riforma (in generale) sul tema della prescrizione penale (in particolare), con tutto quel che ne deriva in materia di costituzionalità (specialmente con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, sia esso reo od innocente, come, ad esempio, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. it., con tutti i suoi corollari).

Dopodiché si progredirà mettendo a frutto (alla luce dell'analisi congiunta delle vicende della prescrizione del reato in Italia e di quelle del suo omologo tedesco) la proposta di leggere questo istituto in senso relativistico e poliedrico, propendendo per la definizione mista della sua natura.

In chiusura, si proveranno i vantaggi di questa scelta, verificando, peraltro, se ed in che misura l'istituto odierno concordi con le esigenze attuali di politica criminale,

garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi, in www.Sistemapenale.it, 21 giugno 2021; B. ROMANO, *Una svolta importante nella politica penale*, 23 giugno 2021, pp. 1 ss.

²⁷⁶ Il paragone consisterà, dunque, nella interpretazione della prescrizione del reato nel modo più vicino possibile alle sue funzioni originarie di istituto parallelo alla sanzione penale.

proponendo un confronto pure con il grado di utilità dell'istituto anteriore (nelle varie forme che assunse) rispetto alle contingenti necessità preventive.

Tutto ciò si svolge alla luce del dato costituzionale, che costituisce il parametro insindacabile di qualsivoglia riforma legislativa: ciascuna delle questioni alimentate dalle varie leggi che si esamineranno, godrà di maggior autorevolezza quanto più conforme essa si dimostrerà rispetto alla Costituzione italiana.

In concomitanza, un utile paragone si avrà – per ciascun fattore di questo studio – nella Legge tedesca, nonché nei principî omologhi dell'ordinamento tedesco che rappresentano validi indici di raffronto atti a spiegare pure la nostra Legge.

L'andamento della trattazione seguirà anche qui, dunque, un metodo classico di confronto, stimolato in particolare dall'utilità di fare salvi due parallelismi: da un lato, quello tra politica e diritto; dall'altro, quello tra due ordinamenti giuridici distinti (italiano e tedesco).

L'esperimento è quello di stabilire un nesso che giustifichi tali scelte tecniche rispetto alla *ratio* alla base delle figure che alternativamente dominano la situazione giuridica e politica (esprimendosi in altro modo, ci si vuole riferire alla importanza di fissare un rapporto di causalità tra l'intenzione storica del Legislatore e le conseguenze pratiche).

1.1. Analisi tecnica: la legge sostanziale.

Il cuore della Legge di delega n. 134 del 27 settembre 2021 sta nel rinnovamento degli artt. 159 (“Sospensione del corso della prescrizione”), 160 (“Interruzione del corso della prescrizione”) e 161 del Codice penale, con l'aggiunta di un nuovo art. 161 *bis* (“Cessazione del corso della prescrizione”). Tuttavia, dal momento che, come detto *supra*, è vantaggioso oltre che coerente partire da un approccio strutturato, il quale consideri in maniera il più possibile organica e globale tutte le norme sulla prescrizione che vennero coinvolte negli ultimi due decenni, è d'uopo avviare questo studio cominciando dalla c.d. “ex Cirielli”. Del resto, un approccio di massima comporta verosimilmente lo smarrimento di dettagli solo appartenente secondari.

La Legge 251/2005 (“ex Cirielli”), fu la prima occasione di revisione sistematica della legge penale (sostanziale e processuale): se, in questa sede, è di massimo interesse

quanto concerne gli emendamenti sui termini prescrizionali con la loro tendenziale diminuzione, non furono meno significativi ritocchi concernenti la recidiva (artt. 99 ss. c.p.); le attenuanti generiche (art. 62 *bis*); l'inasprimento del regime sanzionatorio per due reati in particolare (reato di usura, art. 644 c.p., e di associazione mafiosa anche straniera, art. 416 *bis* c.p.); l'esecuzione della pena (art. 656 c.p.p.); la quantificazione della pena per il reato continuato ed il concorso formale di reati (rispettivamente, artt. 81 c.p. e 671 c.p.p.). Tale intervento fu talmente profondo da emendare pure alcuni contenuti della legge sull'ordinamento penitenziario.²⁷⁷

Innanzitutto, si veda l'art. 157 c.p., rubricato "Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere", radicalmente riformulato ad opera dell'art. 6 della "ex Cirielli": invero, pur restando la *ratio* di fondo la medesima, per cui il tempo necessario a prescrivere è commisurato alla gravità della pena, cambia il *modus operandi* sancito dal legislatore per individuare questo termine.

Fino al 2005, il contenuto dell'art. 157 c.p. era molto simile al § 78 dello *Strafgesetzbuch*, disciplinante i termini della *Verfolgungsverjährung*, e recitava:²⁷⁸

«1. La prescrizione estingue il reato:

1. in venti anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni;
2. in quindici anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a dieci anni;
3. in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni;
4. in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa;
5. in tre anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'arresto;

²⁷⁷ Si tratta della Legge del 26 luglio 1975, intitolata: "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà"; la "ex Cirielli" ne aggiustò alcune previsioni in tema di benefici e di misure alternative.

²⁷⁸ Di tale formulazione la Corte Costituzionale, con sentenza 23-31 maggio 1990, n. 274 (G.U. 6 giugno 1990, n. 23 – Prima serie speciale), aveva dichiarato, fra l'altro, l'illegittimità, nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione del reato potesse essere rinunziata dall'imputato.

6. in due anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'ammenda.
2. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti.
3. Nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69.
4. Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e quella pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva».

Il testo attuale del 157, invece:

- «1. La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.²⁷⁹
2. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.
3. Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma.²⁸⁰

²⁷⁹ Si assiste alla introduzione del criterio fisso del massimo della pena edittale al posto del criterio precedente, che invece era fondato sulla individuazione di differenti termini prescrizionali in relazione alle fasce di gravità dei reati. È in ogni caso previsto un tempo minimo. Tuttavia, il risultato cui il Legislatore è pervenuto nel 2005 è in parte incoerente: se, per un vero, si ha la riduzione dei termini prescrizionali per reati particolarmente gravi (peculato, concussione, bancarotta fraudolenta, il cui numero è in costante aumento), per altro verso si prevede l'aumento termini per delitti di minore gravità. Critici in quest'ottica sono, ad esempio, B. GRASSO, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 10^a ed., 2012.

²⁸⁰ Come già visto in sede di confronto della nostra disciplina con quella dell'omologo § 78 dello StGB (Capitolo 3), la discrezionalità del giudice viene fortemente limitata mediante l'esclusione della rilevanza delle circostanze del reato, ad eccezione delle circostanze cc.dd. "autonome" e delle circostanze ad effetto speciale; in particolare, rileva l'esclusione del giudizio di equivalenza.

4. Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva.
5. Quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni.²⁸¹
6. I termini di cui ai commi che precedono sono altresì raddoppiati per reati di cui agli articoli 375, terzo comma, 449, 589, secondo e terzo comma, e 589 *bis*, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale.²⁸² I termini di cui ai commi che precedono sono altresì raddoppiati per i delitti di cui al Titolo VI *bis* del Libro secondo, per il reato di cui all'articolo 572 e per i reati di cui alla Sezione I del Capo III del Titolo XII del Libro II e di cui agli articoli 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinqües* e 609 *octies*, salvo che risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate dal terzo comma dell'articolo 609 *bis* ovvero dal quarto comma dell'articolo 609 *quater*.²⁸³
7. La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato.
8. La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti».

Oltre alla struttura grandemente diversa, vi sono anche novità non immaginate in precedenza: ad esempio, l'introduzione della facoltà per l'imputato di rinunciare ai benefici della prescrizione.

Ciò avvenne in conseguenza di una pronuncia della Corte Costituzionale, la quale pochi anni prima aveva dichiarato la illegittimità del vecchio art. 157 c.p. nella parte in cui non

²⁸¹ 157, 5: pene "diverse", sono solo permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità; vengono chiamate pene "paradetentive".

²⁸² La Corte Cost., sent. n. 143 del 19-25 maggio 2014, dichiarò tale comma costituzionalmente illegittimo nella parte in cui sancisce che i termini di cui ai commi precedenti sempre dell'art. 157 c.p. sono raddoppiati per il reato di incendio colposo (si vedano a tal proposito gli artt. 423 e 449 c.p.).

²⁸³ Il testo dell'art. 157 c.p. all'indomani della Legge 251/2005 presentava un comma 6 parzialmente diverso a quello attuale. Esso si limitava a sancire: «I termini di cui ai commi che precedono sono altresì raddoppiati per reati di cui agli articoli 449, 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale». Le integrazioni avvennero successivamente: le parole «375, terzo comma» furono introdotte dalla Legge dell'11 luglio 2016, n. 133 (art. 1, comma 4); le parole «, 589, secondo e terzo comma e 589 *bis*» risalgono invece alla Legge del 23 marzo del 2016 (art. 1, comma 3, lett. a)); il periodo «per il reato di cui all'articolo 572 e per i reati di cui alla Sezione I del Capo III del Titolo XII del Libro II e di cui agli articoli 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinqües* e 609 *octies*, salvo che risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate dal terzo comma dell'articolo 609 *bis* ovvero dal quarto comma dell'articolo 609 *quater*» risale alla Legge del 1° ottobre 2012, n. 172 (art. 4, comma 1, lett. a)); l'inciso «per i delitti di cui al VI *bis* del Libro II» alla Legge del 22 maggio 2015, n. 68 (art. 1, comma 6).

Dal 2005 in poi, invece, si ha il raddoppio dei tempi ordinari di prescrizione del reato per determinati reati, il cui numero è in costante aumento; si veda G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 403 ss.

prevedeva questa *chance* per il presunto reo; eppure, le critiche a questa sentenza furono importanti, dato che la disponibilità da parte dell'imputato del tempo prescrizione è contraddittoria con l'esigenza imprescindibile che lo Stato eserciti il suo diritto-dovere di punire, senza poter gestire a proprio piacimento il decorso temporale post factum patratum (o, almeno, così dovrebbe essere, stando al principio costituzionale della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, quindi stando alla necessità che lo Stato non si avvalga della prescrizione a fini deflattivi per agevolare le difficoltà di gestire contemporaneamente un numero molto elevato di cause e giustificando questo *escamotage* con la apparente soddisfazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo).

Per il resto, l'art. 157 c.p. non fu destinatario di nuove modifiche altrettanto pesanti, restando pressoché invariato sino ai giorni nostri.

L'art. 158 non fu oggetto di interventi estremi, ma comunque merita un breve accenno per alcune faccende; di esse una è già stata discussa, la seconda, invece, verrà approfondita in seguito.

La rubrica è «Decorrenza del termine di prescrizione», *dies a quo*.²⁸⁴ È dal primo comma di questo articolo che si generano tutti i problemi di cui si è già parlato in termini di individuazione del momento a partire dal quale il *tempus praescriptionis* inizia a decorrere; il secondo comma, invece, è degno di nota con particolare riguardo alla novità principale della Riforma Cartabia, ossia la improcedibilità: invero, questo comma, pur riferendosi sempre al *dies a quo*, richiama le condizioni di punibilità di cui all'art. 44 c.p., nonché le condizioni di procedibilità, stimolando lo studioso ad ampliare la propria indagine verso il confronto delle condizioni di punibilità con le condizioni di procedibilità. Il medesimo comma, peraltro, facendo coincidere il *dies a quo* con la

²⁸⁴ Il testo dell'art. 158 vigente è il seguente: «1. Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza della continuazione. 2. Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine decorre dal giorno del commesso reato. 3. Per i reati previsti dall'articolo 392 *bis* c.p.p., se commessi nei confronti di minore, il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa, salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente. In quest'ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato». Non fu oggetto di particolari cambiamenti; la "ex Cirielli" soppresse momentaneamente le parole "o continuato" e "o la continuazione", ripristinate con la Legge 3/2019.

commissione del reato, rientra nel dibattito relativo alla distinzione tra *Tatvollendung* e *Tatbeedingung*.

A ispirare ancora la comparazione con la *Verfolgungsverjährung* è, poi, l'ultimo comma: si ha, analogamente a quanto accade nell'ordinamento tedesco, un posticipo dell'inizio del decorso della prescrizione per quei reati che violano alquanto la sfera più intima della vittima minore. Si tratta, quindi, di una deroga rispetto alla disciplina dei primi due commi. L'art. 158, 3 prende come riferimento il compimento del diciottesimo anno di età; in Germania, invece, esso è portato sino al trentesimo anno, ritenendo che i 18 anni non siano sempre indicativi di una sufficiente maturazione da parte della persona offesa dal reato.²⁸⁵

Passati rapidamente in rassegna i primi due articoli del Codice penale sulla prescrizione del reato, si può finalmente procedere con quelli riformati in maniera massiccia dalla Legge 134/2021.

In primis, l'art. 159, "Sospensione del corso della prescrizione". Esso conobbe numerosi aggiustamenti dal 2005 in poi, tanto che è lecito chiedersi quanto ancora durerà il bisogno di continuare a maneggiare questo versante della disciplina della prescrizione (di questo si discuterà in sede di riflessione sulla rispondenza, da parte delle modifiche apportate da Cartabia, alle esigenze politiche e giuridiche della società italiana del XXI secolo). Molte delle modifiche di questo articolo furono determinate dal malcontento popolare per scelte che, soddisfacendo le esigenze politiche, spesso sacrificavano le dignità delle persone coinvolte nel procedimento, a partire proprio dall'imputato.

Il carattere penetrante e chirurgico delle varie manipolazioni subite da questa norma è esemplificativo della crisi politico-giuridica del nostro millennio e l'art. 159 rappresenta un caso tipico in cui, nell'incertezza normativa, si ambisce a definire la natura di un istituto in base alla disciplina accordatagli *ex lege*.

Le operazioni su questa norma furono talmente acute che oggi, dopo numerosissime aggiunte, sostituzioni, soppressioni, si è posti dinanzi ad una disciplina molto risicata, per certi versi simile a quella originaria anteriore alla "ex Cirielli".

²⁸⁵ Il 3° comma dell'art. 158 venne aggiunto dalla Riforma Orlando in ottemperanza della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (nota come *Convenzione di Istanbul*). Quest'ultima – recante data 7 aprile 2011 e ratificata dallo Stato Italiano soltanto con la Legge del 27 giugno 2017, n. 77 – poneva al centro della tutela la vittima, comportando che pure la prescrizione del reato, in tal caso, vedesse il suo fondamento slittare, in via eccezionale, dai fini tradizionali di prevenzione a quelli nuovi di tutela della vittima.

Per chiarire meglio questi interventi e le loro *rationes* è opportuna una analisi dettagliata.

All'epoca della "ex Cirielli", tale articolo era costituito da due semplici commi enuncianti i casi di sospensione:

«1. Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge, oltre che nei casi di:

- 1) autorizzazione a procedere;
- 2) deferimento della questione ad altro giudizio;
- 3) sospensione del procedimento o del processo penale per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore.

In caso di sospensione del processo per impedimento delle parti o dei difensori, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni. Sono fatte salve le facoltà previste dall'articolo 71, commi 1 e 5, del codice di procedura penale.

3 bis) sospensione del procedimento penale ai sensi dell'articolo 420 *quater* del codice di procedura penale.

2. La prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione.²⁸⁶

3. Nel caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 420 *quater* del codice di procedura penale, la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini previsti dal secondo comma dell'articolo 161 del presente codice».²⁸⁷

²⁸⁶ Per chiarezza si riporta l'art. 420 *quater* c.p.p., "Sospensione del processo per assenza dell'imputato": «1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 420 *bis* e *ter* e fuori delle ipotesi di nullità della notificazione, se l'imputato non è presente il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria. 2. Quando la notificazione ai sensi del comma 1 non risulta possibile, e sempre che non debba essere pronunciata sentenza a norme dell'articolo 129, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Si applica l'articolo 18, comma 1, lettera b). non si applica l'articolo 75, comma 3. 3. Durante la sospensione del processo, il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili». L'art. 420 *quater* venne introdotto dalla Legge 479/1999 e sostituito dalla Legge 67/2014 quale conseguenza della eliminazione dell'istituto della contumacia. Si veda anche qui G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 407.

²⁸⁷ Due commi, si diceva, poiché il numero 3 *bis*) del comma 1, così come il comma 3 vennero aggiunti dopo la riforma Cirielli, per mezzo dell'art. 12 della legge del 28 aprile del 2014, n. 67 (di tale legge si consideri pure l'art. 15 *bis* ai fini delle disposizioni transitorie). L'intero comma 3 (che, da Bonafede in poi, figura come 4° comma) sarà abrogato solo con la Legge 134/2021.

Il testo successivo a Cartabia, invece, sancisce:

«1. Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge, oltre che nei casi di:

1) autorizzazione a procedere, dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente la accoglie;

2) deferimento della questione ad altro giudizio, sino al giorno in cui viene decisa la questione;

3) sospensione del procedimento o del processo penale per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore. In caso di sospensione del processo per impedimento delle parti o dei difensori, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni. Sono fatte salve le facoltà previste dall'articolo 71, commi 1 e 5, del codice di procedura penale;

3 bis) sospensione del procedimento penale ai sensi dell'art. 420 *quater* del c.p.p.

3 ter) rogatorie all'estero, dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone che la rogatoria.

[2. ABROGATO da Cartabia (già sostituito da “ex Cirielli”, Orlando e Bonafede).

3. ABROGATO da Bonafede (già introdotto da Orlando).

4. ABROGATO da Bonafede (già introdotto da Orlando).

5. ABROGATO da Orlando.]

6. La prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione (in realtà 3° comma da Bonafede in poi, già soggetto a continui cambiamenti di numerazione).

[7. ABROGATO da Cartabia (in realtà figurante come 4° comma dal 2014 in poi)]».²⁸⁸

²⁸⁸ Sempre in tema di sospensione, da non dimenticare alcune novità di contorno introdotte, ancora una volta, grazie alla Legge 134/2021; la *ratio* è sempre la tutela dei diritti dei cittadini (sia colpevoli che

Saltano all'occhio le numerose abrogazioni e, a voler considerare le riforme che si collocano nell'arco temporale che va dal 2005 al 2021, numerose furono anche le sostituzioni e le aggiunte.

vittime) in un contesto, quale quello pandemico, in cui la sospensione del corso della prescrizione divenne frequentemente un rimedio necessario.

In particolare, si veda l'art. 83 del decreto legge 18/2020 (chiamato "Cura Italia", convertito nella Legge n. 27 del 2020). Di esso rilevano i commi 4° e 9°.

Ai sensi del comma 4 vi è la sospensione del corso della prescrizione dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, con tanto di proroga di questo termine fino all'11 maggio del 2020 (grazie all'art. 36, 1 del decreto legge 23/2020, c.d. "decreto liquidità", convertito nella Legge 40/2020; tale atto, recante data 8 aprile 2020 – risulta infatti pubblicato nella G.U. del medesimo giorno, n. 94 – entrò in vigore il 7 giugno del 2020, ma venne convertito nella legge n. 40 del 5 giugno del 2020. Essa apportò alcune modifiche al d.l. che convertiva, ma all'art. 36 di quel d.l. si limitò ad aggiungere un inciso al suo 3° comma).

Dopodiché il comma 9 prevede la «sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7», ovvero in base a provvedimento di rinvio adottato dai capi degli uffici giudiziari per contrastare la emergenza epidemiologica.

Ad occuparsi della tematica sono, di nuovo, G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene* pp. 410 ss.

Tali autori mettono in evidenza le reazioni della Giurisprudenza costituzionale a queste nuove ipotesi di sospensione.

La Corte Costituzionale, chiamata a giudicare sulla legittimità dei suddetti artt. 83, comma 4 e 36, comma 1, ha dichiarato la non fondatezza della questione sollevata, ritenendola in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, 2 Cost. Infatti, secondo la Consulta, tali articoli rientrano nella casistica di cui all'art. 159 c.p., ai sensi del quale la prescrizione resta sospesa ogniqualvolta la sospensione del procedimento o del processo penale è imposta da una particolare disposizione di legge: pertanto, la sospensione di cui all'art. 83, 4 è applicabile anche a condotte anteriori alla entrata in vigore del decreto legge, senza che ciò violi il principio costituzionale della irretroattività della legge più sfavorevole al reo (Corte Cost., 23 dicembre 2020, n. 278).

La dottrina, di avviso contrario, ritiene che, invece, il d.l. 18/2020, posticipando *dies a quo*, non dovrebbe applicarsi a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, che avvenne il 17 marzo 2020. Di tale parere sono, ad esempio,

Contrariante alla prima pronunzia, la Corte Costituzionale dichiara invece la illegittimità del comma 9 dell'art. 83, nella parte in cui prevede sospensione della prescrizione nel caso in cui vi sia provvedimento di rinvio del processo adottato dal capo dell'ufficio giudiziario per motivi organizzativi legati alla emergenza Covid-19 (Corte Cost., 6 luglio 2021, n. 140), e ciò perché tale norma – ricollegando la sospensione della prescrizione alla eventuale misura organizzativa del capo dell'ufficio giudiziario – non è riconducibile alle ipotesi di cui al 159 c.p. così sempre nella sentenza n. 140.

Per chiarezza sono riportati in seguito i testi degli articoli di cui trattato finora.

L'art. 83, intitolato "Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare", prevede: «[...] Nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale (comma 4). [...] Nei procedimenti penali il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303, 308, 309, comma 9, 311, commi 5 e 5 *bis*, e 324, comma 7, del codice di procedura penale e agli articoli 24, comma 2, e 27, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 rimangono sospesi per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 31 luglio 2020 (comma 9)».

L'art. 36 del "decreto liquidità", avente per rubrica: "Termini processuali in materia di giustizia civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e militare", sancisce al suo primo comma «Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'art. 83, commi 1 e 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai procedimenti di cui ai commi 20 e 21 dell'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 2020».

Di questo avviso, è, ad esempio, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*.

Partendo dal comma 1, non si registrano modifiche per mano della “ex Cirielli”.

Variazioni significative del 1° comma si ebbero solo nel 2017 con la Legge 103, le quali, come si vede leggendo congiuntamente l’articolo vecchio e la sua versione più recente, restano salve pure oggi. Oltre ad alcune integrazioni, si ebbe l’aggiunta del n. 3 *ter*).

Nulla venne detto, però, a proposito della tutela di quegli imputati il cui stato mentale è tale da impedir loro perennemente di poter prendere parte al giudizio con cognizione di causa.²⁸⁹

In ogni caso, anche la Riforma c.d. “Orlando” fu fonte di mutamenti su svariati versanti della legge penale. Solo per fare qualche esempio, nel Codice penale venne modificata la disciplina in materia di estinzione dei reati in seguito a condotte riparatorie, così come vennero sanciti inasprimenti sanzionatori per alcuni reati contro il patrimonio; mentre, nel Codice di procedura penale, furono aggiornate le disposizioni relative alle misure di sicurezza personali, ai requisiti della sentenza, alle impugnazioni alle intercettazioni e via di questo passo.

I maggiori stravolgimenti furono conosciuti dal 2° comma dell’art. 159 c.p., il quale, peraltro, viene abrogato insieme al 4° comma per effetto della Legge 134/2021. Il testo originario, il cui contenuto sopravvisse alle varie fasi modificative cambiando di numero, prevedeva: «la prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione». Tale previsione venne traslitterata dalla riforma del 2005 nel comma 3, mentre il vuoto normativo che era rimasto al 2° comma fu riempito con la previsione di un regime speciale per l’ipotesi di sospensione nel caso di reati perseguibili mediante richiesta di autorizzazione procedere (reati, cioè, subordinati alla presenza di una delle condizioni di procedibilità contemplate al Titolo III del Libro V del codice di rito): «nel caso di autorizzazione a procedere, la sospensione del corso della prescrizione si verifica dal momento in cui il pubblico ministero presenta la richiesta e il corso della prescrizione riprende dal giorno in cui l’autorità competente accoglie la richiesta».

Nel 2017 tale puntualizzazione venne portata nuovamente nel 1° comma (insieme a tutte le aggiunte cui si accennava) e il 2° comma fu colmato con una casistica del tutto

²⁸⁹ La Corte Costituzionale, con sentenza 14 gennaio – 25 marzo 2015, n. 45 (G.U., 1° aprile 2015, n. 13 – Prima serie speciale), ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui, ove lo stato mentale dell’imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile.

nuova e che costituì l'oggetto delle maggiori alterazioni: ai sensi della Riforma Orlando, invero, «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi: 1) dal termine previsto dall'articolo 544 c.p.p. per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi; 2) dal termine previsto dall'articolo 544 c.p.p. per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi.²⁹⁰ Sempre la Legge 103/2017 introdusse poi due ulteriori commi disciplinanti nel dettaglio il contenuto del secondo: i periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha prosciolto l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'art. 604 commi 1, 4 e 5 *bis*, del c.p.p. (comma 3); se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente (comma 4)».

Pertanto, di una certa portata fu la Riforma Orlando, con la quale si poté assistere a sostituzioni, aggiunte, soppressioni.²⁹¹ Di tale articolazione è prova l'art. 11 della Legge 103/2017, che prevede la sostituzione dei numeri 1) e 2) del 1° comma con nuove formule più minuziose; l'aggiunta del 3 *ter* dopo il 3 *bis* (sempre del 1° comma); l'abrogazione del comma 2, il cui testo era già stato modificato dalla “ex Cirielli”.

L'abrogazione del comma 2 e l'inserimento di un inciso successivo al comma 1, fa pensare ad alcuni ad un 1 *bis*, ad altri ad un nuovo 2° comma. Basandosi sulle modificazioni di Bonafede, invece, è chiara l'interpretazione dell'aggiunta *ex art.* 11, 1, lett. b) della Legge 103/2017 in qualità di un “nuovo” 2° comma dell'art. 159 c.p.:²⁹² ai

²⁹⁰ La rubrica dell'art. 544 c.p.p. è intitolata: “Redazione della sentenza”.

²⁹¹ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 409; furono aggiunte nuovi periodi di sospensione.

²⁹² Il testo dell'art. 11 *ex* Legge 103/2013 recita: «All'art. 159 c.p. sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma:

1) i numeri 1) e 2) sono sostituiti dai seguenti: 1) autorizzazione a procedere, *dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente la accoglie*; 2) deferimento della questione ad altro giudizio, *sino al giorno in cui viene decisa la questione*»;

sensi della Legge 2/2019, tale disposizione venne sostituita dalle seguenti parole: «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna».

Si raggiunge a tal punto il cuore del susseguirsi delle riforme che stiamo analizzando, poiché tale riformulazione del comma 2 era letteralmente volta a smontare l'impalcatura affermatasi meno di due anni prima con la Riforma Orlando; in men che non si dica, esso venne nuovamente rimaneggiato in un'ottica ancor più nuova.

Il testo ratificato dalla Riforma Orlando, che attribuiva alle sentenze non passate in giudicato la qualità di cause sospensive, rispondeva a un duplice intento: in primo luogo, introdusse due ulteriori ipotesi di sospensione per ridurre il più possibile i casi di conclusione del procedimento con sentenza di proscioglimento per estinzione del reato: senza soffermarsi sulle cause di tali pronunzie, talora effettivamente dovute alla *mala gestio* del carico giudiziario, talora, invece, appositamente studiate (sempre a scopi deflattivi), se ne rileva la gravità soprattutto in termini di diffusione. Un problema tuttora irrisolto e al quale il Legislatore del 2017 tentò di dare una risposta. Proprio l'intervento di quell'anno, invero, è rappresentativo di una manovra dell'autorità pubblica per conciliare due bisogni sentiti allo stesso modo per quanto contrapposti: scongiurare una giustizia "non giusta", in quanto non garante di tempi processuali ragionevoli, ma, al contempo, evitare che, tenendo in vita i processi per lungo tempo, si abbiano strumentalizzazioni dei presunti colpevoli a fini repressivi. Evitare, in sostanza, che la

2) dopo il numero 3 bis) è aggiunto il seguente: 3 ter) *rogatorie all'estero, dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria.*

b) dopo il primo comma sono inseriti i seguenti: *Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi: 1) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi; 2) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi.*

I periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha prosciolto l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5 bis, del codice di procedura penale. Se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente;

c) il secondo comma è abrogato».

prevenzione generale, venendo potenziata con la previsione di cui al 2° comma, sia esasperata al punto da saltare a piè pari la tutela del singolo reo.²⁹³

Tuttavia, onde aggirare il pericolo che tali cause sospensive assumessero un carattere del tutto atipico, vennero introdotti dei temperamenti: uno nel medesimo comma 2, che pone il limite massimo di un anno e sei mesi; un altro nel comma successivo, che introduce una caducazione della sospensione di cui al comma precedente nelle ipotesi in cui si abbia sentenza di proscioglimento. In tali casi, invero, si manifesta una sorta di repentina perdita di efficacia (*ex tunc*) di quella sospensione, il cui arco temporale è, invece, considerato ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere: la *ratio* è – ripetendo quanto appena chiarito – di permettere che comunque il soggetto passivo del procedimento penale goda in qualche modo del decorso del tempo prescrizione, indebolendo le prerogative tipiche delle cause di sospensione.

In quello che, invece, da dopo Orlando figurava come 4° comma, vi era il cumulo di periodi di sospensione diversi (in quanto dovuti a cause distinte e cronologicamente successive); quindi si effettuava la somma del periodo verificatosi per un evento sopravvenuto (a patto che questo rientrasse tra le cause di cui al comma 1 sempre dell'art. 159 c.p.) alla causa che aveva determinato la sospensione iniziale (ai sensi del comma 2).

L'aspetto che suscita il maggior interesse è dato dalla repentina e subitanea sostituzione di questo comma già nel 2019, quando con la Riforma Bonafede lo si limitò nel tenore, riducendolo alla previsione per la quale «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna».

L'analisi delle modifiche che la Riforma del 2017 inserì nei commi da 2 a 4 assume toni più densi all'indomani della Legge 3/2019, ben nota come Riforma Bonafede. Venne tolto di mezzo il regime *ex* Legge 103/2017 ed il 2° comma dell'art. 159 venne così sostituito: «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di

²⁹³ L'effetto è di riconoscere a queste cause sospensive una funzione per certi versi "antitetica" rispetto alla *ratio* tradizionalmente attribuita a questo effetto della prescrizione del reato (*ratio*, che, come è noto, risiede nella volontà del Legislatore di tenere a freno i rischi che derivano dalla inerzia prolungata e patologica dell'attività giurisdizionale).

esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna».

Il dettato normativo è impressionante: oltre a spazzare via quanto introdotto dal Ministro Orlando (qualcuno ironicamente ricorda, peraltro, l'ambito in cui tale riforma venne elaborata, ossia la Legge c.d. "Spazzacorrotti"), descrive come "sospensione" qualcosa che sospensione non è; né tantomeno interruzione. Con la Riforma Bonafede, invero, si ha un artificioso avvicinamento della legge italiana al modello tedesco: la prescrizione non può più continuare a decorrere una volta intervenuta una sentenza di primo grado; sino a quel momento, invece, la previsione era ben più elastica, essendo riconosciuto, in via di prassi, che il *dies ad quem del temporis cedere* fosse da individuare nel momento del passaggio in giudicato della sentenza di ultimo grado.²⁹⁴ Dal 2019 in poi, invece, ciò divenne impossibile, avendosi l'arresto della medesima già in primo grado.²⁹⁵ Le conseguenze sono dirompenti e la *ratio* di questo congegno è molto discussa e probabilmente consiste semplicemente in un nuovo non condivisibile tentativo²⁹⁶ di mettere a tacere le voci che insistentemente lamentavano la eccessiva durata del tempo dei processi italiani.²⁹⁷

Invero, persino la Corte EDU condannò ripetutamente l'Italia a causa della irragionevole durata dei suoi processi, in violazione dell'art. 6 CEDU.

²⁹⁴ Il tempo necessario a prescrivere (*dies ad quem* o *dies praescriptionis*) non va calcolato in base al titolo criminoso, bensì in ragione della qualificazione giuridica data dal giudice, a prescindere dal fatto che nel frattempo sia maturato il termine di prescrizione del reato contestato in origine. V. Cass., Sez., III, 30 gennaio 1969, in *Cass. pen. mass.*, 1970, p. 634.

²⁹⁵ «La nuova disposizione, pur essendo inserita nell'ambito del 159, non prevede tecnicamente un'ipotesi di sospensione ma piuttosto il blocco definitivo della prescrizione conseguente alla pronuncia della sentenza di primo grado. Infatti, una causa di sospensione implica che vi sia la possibilità di una ripresa del corso della prescrizione mentre la riforma Bonafede prevedeva sostanzialmente il venir meno della predetta causa estintiva el reato. Tale riforma attribuiva tale effetto non solo alla sentenza adi condanna ma anche a quella di assoluzione. In pratica, il meccanismo introdotto da Orlando, che stabiliva la sospensione del decorso del termine prescrizionale a seguito di una pronuncia di condanna, è stato sostituito con la previsione della cessazione della prescrizione a seguito dell'emissione di una sentenza di primo rado o di un decreto penale di condanna», G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, cit., p. 410.

²⁹⁶ Il tentativo non è condivisibile poiché, anche se sospendeva (e, di fatto, facendo cessare) il decorso della prescrizione con la pronuncia di sentenza di condanna o assoluzione in primo grado, non prevedeva i termini per la definizione delle fasi successive, le quali – non essendo più possibile la prescrizione – finivano per sfiorare rispetto al tempo necessario e sufficiente per la definizione del giudizio, con violazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 3, principio del *favor rei*).

²⁹⁷ Il titolo del D.D.L. era infatti: "Disegno di legge recante deleghe al Governo per l'efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell'organico di magistratura".

Il motivo di tanta ostilità per queste parole stava nel fatto che si pronunziasse con estrema generalità un regime impari tra i condannati in primo ed i condannati in secondo grado.

La Riforma Cartabia interviene in tal senso proprio abrogando tale previsione e inserendo dopo l'art. 160 c.p. una nuova previsione, l'art. 161 *bis* c.p., "Cessazione del corso della prescrizione", in virtù del quale: «1. Il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronunzia della sentenza di primo grado. 2. Nondimeno, nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronunzia definitiva di annullamento».

Si desume allora, che l'*intentio legis* sia di evitare il pericolo di destinare trattamenti diversi ad imputati che si trovano nella stessa situazione, affinché non si violi il principio di eguaglianza (art. 3 Cost. it.).²⁹⁸

L'ultimo frammento di art. 159 che desta il nostro interesse è il comma 4, abrogato da Cartabia, che figurerebbe come 7°, qualora fossero mantenute le variazioni intermedie. Ad oggi quindi, come nel sistema tedesco, i limiti massimi non riguardano anche la sospensione, bensì soltanto la interruzione della prescrizione.

Dopo questa analisi accurata del regime della sospensione, si vedano le modifiche degli artt. 160 e 161. Il 160, quello sulla interruzione, subì vari rinnovamenti, soprattutto tramite le Leggi 251/2005 e 3/2019. Con Cartabia si ebbe semplicemente l'inserzione delle parole «e il decreto di condanna» in coda al 2° comma.²⁹⁹

²⁹⁸ Anche la dottrina è d'accordo nel vedere in questa autonoma collocazione dell'istituto introdotto dal nuovo art. 161 *bis* c.p. una vera e propria causa di cessazione definitiva della prescrizione; ad esprimersi così, ad esempio, G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 410 ss.; tuttavia, resta salvo che, qualora la sentenza di primo grado venga annullata, la causa di cessazione viene meno e la prescrizione riprendere il suo corso dalla data della pronunzia definitiva. Il rischio di un blocco eccessivamente lungo, tale da causare un processo di durata irragionevole, viene attutito dalla Legge 134/2021 mediante la previsione di cui all'art. 344 *bis*, inserito nel codice di rito (articolo anch'esso del tutto nuovo).

²⁹⁹ Il testo vigente dell'art. 160 ("Interruzione del corso della prescrizione") recita:

«1. Abrogato (*ex* L. 3/2019).

2. Interrompono la prescrizione l'ordinanza che applica le misure cautelari personali e quella di convalida del fermo o dell'arresto, l'interrogatorio reso davanti al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero, o al giudice, l'invito a presentarsi al pubblico ministero per rendere l'interrogatorio, il provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di archiviazione, la richiesta di rinvio a giudizio, il decreto di fissazione della udienza preliminare, l'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato, il decreto di fissazione della udienza per la decisione sulla applicazione della pena, la presentazione o citazione per il giudizio direttissimo, il decreto che dispone il giudizio immediato, il decreto che dispone il giudizio il decreto a giudizio e il decreto di condanna.

3. La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo

Resta invariata, invece, la disciplina di cui all'art. 161 ("Effetti della sospensione e della interruzione"), norma particolarmente significativa a fini interpretativi circa la natura della prescrizione: invero, proprio la dottrina tedesca che favorisce la tesi processualista rinviene tra le ragioni a sostegno di questa tesi il fatto che la prescrizione produca effetto solo nei confronti dell'interessato, senza estendersi pure al resto degli imputati qualora il soggetto nei cui confronti opera la prescrizione non sia il solo presunto responsabile. Stando alla legge italiana, si sottolineano due differenze non da poco: la disciplina è diversa a seconda che si tratti di sospensione o di interruzione della prescrizione; ma poi una regola analoga non è prevista in via generale, bensì solo per questi casi particolari. Si desume, allora, che la sopravvenienza di una causa di estinzione del reato per³⁰⁰ prescrizione coinvolga tutti quanti gli imputati (qualora siano essi più d'uno) e non solo quello nei cui confronti essa sia effettivamente maturata.

157 possono essere prolungati oltre i limiti di cui all'articolo 161 secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e *quater*, del codice di procedura penale».

Già la "ex Cirielli" intervenne su questo articolo, modificando sia il 2° che il 3° comma; in particolare, in relazione al 3° si consideri l'art. 6, 4 della L. 251/2005: «All'articolo 160, terzo comma, del codice penale, le parole: *ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre la metà* sono sostituite dalle seguenti: *ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del codice di procedura penale*».

³⁰⁰ Secondo alcuni autori, le cause di estinzione del reato hanno valore sostanziale anche se le si confronta con le cause di procedibilità, poiché le prime impediscono di passare la merito, ma non applicano il *ne bis in idem*, le seconde, invece, non precludono sentenza di assoluzione, avendo allora funzione per certi versi ben più garantista. Di particolare interesse è poi andare a vedere quale interpretazione delle condizioni di punibilità danno quei sostanzialisti che, abbracciando una interpretazione di struttura tripartita del reato, vedono nelle condizioni di cui all'art. 44 c.p. qualcosa di ulteriore che sta all'esterno e che ha soltanto funzione di applicare la pena (F. GRISPIGNI, *La sistematica della parte generale del dir. pen.*, in *Riv. dir. penit.*, 1934, p. 1271; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 188; G. MAGGIORE, *Dir. Pen., Volume I: Parte Generale (Art. 1 – Art. 240)*, Tomo Primo, 5ª Edizione accresciuta e aggiornata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1951, pp. 210-211). Esse vanno tenute al di fuori del fatto (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980, pp. 164 e 577) in quanto il reato è qualcosa di già completo in ogni sua componente.

L'estinzione del reato è una delle cause di estinzione della punibilità: tuttavia pure alcuni sostanzialisti sono scettici di questa definizione, poiché il reato di per sé non viene meno, è fatto accaduto e ineliminabile. Non si estingue nemmeno come ente giuridico, poiché continua a produrre i suoi effetti anche quando non è più punibile: ad esempio, ai fini della dichiarazione della abitudine della professionalità nel reato, o ai fini dell'aggravamento della pena dipendente dalla connessione di reati. Pertanto, le cause di estinzione del reato estinguono la punibilità in astratto, mentre le cause di estinzione della pena estinguono la punibilità in concreto (le prime incidono sulla verifica dell'evento materiale prima che intervenga sentenza di condanna; le seconde intervengono dopo passaggio in giudicato sentenza di condanna). Dalla questa riflessione emerge che il problema della dicitura estinzione del reato riguarda tutte le cause che rientrano in questa categoria, ergo non soltanto la prescrizione del reato; si veda a tal riguardo *Enciclopedia del diritto*, pp. 78 ss., nella parte in cui emerge il supporto per la tesi sostanzialista della natura della prescrizione, poiché, avvalendosi dell'art. 152 del codice di rito stilato dal Ministro Rocco, pare che la distinzione fra cause di estinzione del reato e condizioni di procedibilità conduca, da un lato, alla possibilità di avere comunque una sentenza assolutoria, dall'altro, invece, la preclusione radicale di qualsivoglia

Questa norma, non toccata dalle ultime due riforme, subì una serie di modificazioni con la “ex Cirielli” e con Orlando.³⁰¹

1.2. Analisi tecnica: la legge processuale.

Il fulcro della Legge del 2021 consta nel reciproco adattamento di legge penale sostanziale (appena esaminata) e legge penale processuale, poiché è in quest’ultima che ha sede il principale ammodernamento di cui è portatrice la Riforma Cartabia: la improcedibilità.

Il nucleo della riforma, dunque, è di tipo dinamico, eppure non nel senso che il centro di questa Legge si rinvenga esclusivamente nella materia processuale, bensì per la circostanza che si tratta di un approccio che non rimane entro uno spazio ristretto, ma, abbraccia anzi la totalità della precettistica penale, imprimendovi una modifica di entità globale e non settoriale.

Tale caratteristica, o meglio, tale modo di apprendere le innovazioni apportate dal Legislatore, si inserisce nel novero delle ragioni che contribuiscono a sostenere la teoria che ascrive alla prescrizione natura mista e relativa.

Parlare di improcedibilità non è, tuttavia, scontato. Figura non nuova, di essa viene fatto un impiego inedito, quantomeno dal punto di vista linguistico: circa il reale rinnovamento di questo istituto ci si interrogherà nel corso del suo esame, chiedendosi se sia più ragionevole vedere in essa nient’altro che una prescrizione mascherata sotto falso nome, oppure un elemento nuovo in ogni suo dettaglio.

pronuncia di merito, essendo precluso in tutto e per tutto di procedere nell’accertamento rituale del fatto. tuttavia, pure con questo richiamo, si ricordi che oggi la situazione è in parte diversa, dato che – come già spiegato nel capitolo 2 – il vigente art. 129 c.p.p. pone delle possibilità meno categoriche rispetto al precedente art. 152.

³⁰¹ Il testo attualmente in vigore recita: «1. L’interruzione della prescrizione ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. La sospensione della prescrizione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. 2. Salvo che si proceda per i reati di cui all’articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l’interruzione della prescrizione può comportare l’aumento del tempo necessario a prescrivere, della metà per i reati di cui agli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640 *bis*, nonché nei casi di cui all’articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all’articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

In esito a tali riflessioni, si scoprirà quanto sia più consona e più conveniente una lettura del primo tipo e come tale conclusione sia facilmente argomentabile proprio in ragione della combinazione, entro la disciplina prescrizione, del dato sia materiale-sostanziale sia formale-processuale.

L'innovazione esemplare che segna in ogni suo dettaglio la Riforma Cartabia sta nella introduzione di un nuovo articolo nel Codice di procedura penale: è l'art. 344 *bis*, rubricato "Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione" e sul quale impegneremo il nostro studio.³⁰²

Esso dispone:

- «1. La mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale.
2. La mancata definizione del giudizio di cassazione entro il termine di un anno costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale.
3. I termini di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell'articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza.³⁰³
4. Quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare, i termini di cui ai commi 1 e 2 sono prorogati, con ordinanza motivata del giudice che procede, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di

³⁰² Come anticipato poco *supra*, tale norma costituirebbe il rimedio giuridico per quei casi in cui, avutasi cessazione del corso della prescrizione ai sensi dell'art. 161 *bis* c.p., tale blocco si riveli eccessivamente lungo, così da sfiorare rispetto ai termini della ragionevole durata. Il rimedio introdotto dalla Riforma Cartabia consiste, allora nella improcedibilità dell'azione penale in caso di superamento dei termini di durata massima in appello e in cassazione.

Anche per queste osservazioni ci si rifà a G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 410 ss.

³⁰³ L'art. 544, rubricato "Redazione della sentenza", si trova al Capo III (*Atti successivi alla deliberazione*) del Libro VII ("Giudizio") e recita: «1. Conclusa la deliberazione, il presidente redige e sottoscrive il dispositivo. Subito dopo è redatta una concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata. 2. Qualora non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi in camera di consiglio, vi si provvede non oltre il quindicesimo giorno da quello della pronuncia. 3. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa per il numero delle parti o per il numero e la gravità delle imputazioni, il giudice, se ritiene di non poter depositare la sentenza nel termine previsto dal comma 2, può indicare nel dispositivo un termine più lungo, non eccedente comunque il novantesimo giorno da quello della pronuncia. 3 *bis*. Nelle ipotesi previste dall'articolo 533, comma 3 *bis*, il giudice provvede alla stesura della motivazione per ciascuno dei procedimenti separati, accordando precedenza alla motivazione della condanna degli imputati in stato di custodia cautelare. In tal caso il termine di cui al comma 3 è raddoppiato per la motivazione della sentenza cui non si è accordata precedenza».

appello e a sei mesi nel giudizio di cassazione. Ulteriori proroghe possono essere disposte, per le ragioni e per la durata indicate nel periodo precedente, quando si procede per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, per i delitti di cui agli articoli 270, terzo comma, 306, secondo comma, 416 *bis*, 416 *ter*, 609 *bis*, nelle ipotesi aggravate di cui all'articolo 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale, nonché per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416 *bis*.1, primo comma, del codice penale e per il delitto di cui all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Nondimeno, quando si procede per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416 *bis*.1, primo comma, del codice penale, i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione.

5. Contro l'ordinanza che dispone la proroga del termine previsto al comma 1, l'imputato e il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, entro cinque giorni dalla lettura dell'ordinanza o, in mancanza, dalla sua notificazione. Il ricorso non ha effetto sospensivo. La corte di cassazione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti osservando le forme previste dall'articolo 611. Quando la corte di cassazione rigetta o dichiara inammissibile il ricorso, la questione non può essere riproposta con l'impugnazione della sentenza.

6. I termini di cui ai commi 1 e 2 sono sospesi, con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, nei casi previsti dall'articolo 159, primo comma, del codice penale e, nel giudizio di appello, anche per il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In caso di sospensione per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, il periodo di sospensione tra un'udienza e quella successiva non può comunque eccedere i sessanta giorni. Quando è necessario procedere a nuove ricerche dell'imputato, ai sensi dell'articolo 159 del presente codice, per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello o degli avvisi di cui all'articolo 613, comma 4, i termini di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo sono altresì sospesi, con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, tra la data in cui l'autorità giudiziaria dispone le nuove ricerche e la data in cui la notificazione è effettuata.

7. La declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo.

8. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 624, le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 del presente articolo si applicano anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello. In questo caso, il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 617.

9. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti».

I primi due commi introducono l'istituto della improcedibilità, fissando le tempistiche che, per legge, impediscono la prosecuzione dell'esercizio dell'azione penale.

Ai commi successivi si definiscono il *dies a quo* e le eventuali proroghe, ammesse sempre *ex lege*.³⁰⁴ Circa le proroghe, nel silenzio della legge, è discusso se esse siano richiedibili solo dall'accusa o anche dal giudice: in un sistema accusatorio, fondato sulla imparzialità dell'organo giudicante e sul principio della domanda (che è un diritto delle parti), è abbastanza ovvio riconoscere tale potestà soltanto alla parte pubblica.³⁰⁵

Ciascuna proroga è disposta con ordinanza motivata del giudice procedente, contro la quale l'imputato ed il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione; il ricorso non ha effetto sospensivo.

Al comma 6 è prevista la sospensione dei termini che causano la improcedibilità, con un espresso rinvio all'art. 159, 1 c.p.: è probabilmente uno dei segnali della *ratio* comune alla prescrizione del reato (per decorso del tempo) e della improcedibilità dell'azione penale (sempre per decorso del tempo).

Un ulteriore rinvio si ha – stavolta indiretto – nel richiamo alla efficacia della sospensione nei confronti degli imputati contro cui si sta procedendo (art. 161 c.p.).

³⁰⁴ Alcuni autori sono scettici sulla legittimità di queste proroghe, che di fatto rischiano di vanificare il principio della ragionevole durata del processo, provocando la fattuale indeterminatezza delle tempistiche; ad esempio, si veda G. SPANGHER, *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in www.PenaleDirittoeProcedura, 5 ottobre 2021; L. SIRACUSA, *Note brevi a margine della proposta "Cartabia"*.

³⁰⁵ A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti dell'improcedibilità per decorrenza dei termini "ragionevoli" nei giudizi d'impugnazione*, in *La riforma Cartabia, La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, B. ROMANO e A. MARANDOLA (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 84

Vi è poi qualcosa in più rispetto alla sospensione della prescrizione del reato: se si è in secondo grado, la sospensione è considerata anche per il tempo necessario a rinnovare la istruzione dibattimentale.

I successivi commi 6 e 7 presentano peculiarità che avvicinano questa forma di improcedibilità alla prescrizione del reato: anche ai sensi del 344 *bis* sono previste l'applicazione delle norme sulla sospensione e la facoltà dell'imputato di rinunciare alla improcedibilità.

Relativamente alla richiesta da parte dell'imputato a che si continui il processo, alcuni interpreti hanno sollevato anche in questo caso il quesito del *se* si tratti di una violazione alla pienezza del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. La situazione è più problematica rispetto alla rinuncia alla prescrizione di cui al comma 7 dell'art. 157 c.p.: invero, se l'imputato rinuncia alla prescrizione, poi può sempre accadere che l'azione venga dichiarata improcedibile, con una conclusione che, per quanto non dia una risposta nel merito, comunque è, nei fatti, favorevole al reo.

Nel caso della improcedibilità la situazione è evidentemente più delicata, quantomeno nella prospettiva del reo (presunto), il quale pare mettere in gioco fino all'ultimo la propria sorte: anzi, come si vedrà *infra*, la improcedibilità di cui all'art. 344 *bis* è tale per cui, pur non essendo una sentenza di merito, è comunque probabilmente preclusiva ai sensi del *ne bis in idem*. È quindi molto strano che l'imputato abbia la facoltà di disporre di questo diritto: è un'eventualità che non solo è contraria alla obbligatorietà e indisponibilità del diritto-dovere dello Stato di intervenire, ma, ancora di più, è illogico anche sul piano strettamente pragmatico.

Ad ogni modo, a voler salvare questa disposizione, ci si può appellare a quella chiave di lettura ai sensi della quale l'interesse assolutorio del presunto reo non è vero e proprio diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*: in un sistema accusatorio, nel quale non è il reo che deve provare la sua innocenza, bensì è l'accusa a dover dimostrare la colpevolezza, non si può dire che la pretesa assolutoria si fondi (unicamente) sul diritto di difesa.³⁰⁶ Il

³⁰⁶ Di questo modo di intendere l'interesse dell'imputato ad ottenere una pronuncia che neghi la sua colpevolezza si fa portatore G. STEA (*L'ultima prescrizione*, p. 192) laddove descrive il tentativo di mettere insieme la disciplina sostanziale della rinunciabilità della prescrizione da parte dell'imputato con il carattere processuale di questa rinuncia: se alcuni temono che si tratti di una incostituzionale rinuncia al diritto di difesa, tutelato nei confronti di ciascuno dall'art. 24 Cost., è anche vero, secondo G. Stea, che, ricusare la possibilità che non si proceda perché il reato si è estinto per decorso del tempo, non afferisce al diritto di difesa, dal momento che la pretesa assolutoria, in un ordinamento penale accusatorio, non viene esercitata

fondamento alla volontà dell'imputato ad ottenere un giusto processo si può rinvenire ancora una volta nell'art. 2 Cost.: ad esempio, diritto all'immagine, all'identità personale, che verrebbe messa in pericolo dinanzi alla società qualora si nutra anche solo il sospetto della sua responsabilità.

L'articolo si conclude con due commi che prevedono, rispettivamente, uno l'espansione delle previsioni relative alla improcedibilità che sopravviene in appello, alla proroga dei termini ed alla loro sospensione (commi 1, 4, 5, 6) anche al giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello; l'altro, invece, recupera le parole dell'art. 157, ultimo comma c.p., ai sensi del quale «la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti». Pure il comma conclusivo del 344 *bis* pare una conferma della identità della cornice di prescrizione del reato e di improcedibilità dell'azione penale.

Terminata l'analisi tecnica di questo articolo, si passa alla considerazione della disciplina consequenziale alla sua introduzione. Non si tratta di impresa agevole, stante la varietà di soluzioni che possono derivare (soprattutto in termini di retroattività) a seconda che si riconosca alla improcedibilità substrato prescrizione o meno e, in particolare, a seconda che alla prescrizione del reato si attribuisca natura segnatamente processuale, oppure tradizionalmente sostanziale o, ancora, innovativamente mista.

2. Questioni di legittimità costituzionale: improcedibilità e ragionevole durata del processo.

Prima di tutto occorre soffermarsi sul grado di legittimità costituzionale che giustifica l'istituto della improcedibilità così come tratteggiato dal Legislatore dei primi anni '20 del terzo millennio.

Visto che – alla luce della relazione di accompagnamento al D.D.L.A.C. 2435, la cui paternità si ascrive alla commissione Lattanzi, guidata dall'omonimo Presidente emerito della Corte Costituzionale (Guido Lattanzi) – l'intento è di delineare un regime che

necessariamente attivamente dal presunto reo, ma, al contrario, è onere dell'accusa provarne la colpevolezza.

garantisca il più possibile la ragionevole durata del processo, è allora opportuno verificare se tale massima sia davvero soddisfatta dalla previsione di improcedibilità.³⁰⁷

In realtà, a considerare la norma costituzionale su cui si fonda tale principio, si nota qualcosa di più: l'art. 111, 1 Cost., infatti, parla di “giusto processo”, il quale è costituito da una serie di elementi che non si esauriscono soltanto nella sua ragionevole durata. Ciò è, del resto, previsto in misura anche maggiore ai sensi dell'art. 6 della CEDU, che sancisce il diritto al c.d. *fair hearing*, “equo processo”; ancora, all'art. 47 della più recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Di conseguenza, per quanto la modalità di immettere e disciplinare la improcedibilità da parte della Riforma Cartabia rappresenti un indice positivo in vista della attuazione della ragionevole durata del processo, non è detto che avvenga altrettanto rispetto a tutte quelle altre componenti necessarie per perfezionare il mosaico del giusto processo avente sede in Costituzione.

Rispetto all'art. 111 Cost., dunque, se il novello art. 344 *bis* c.p.p. non presenta problemi nel senso di favorire un processo rapido,³⁰⁸ allo stato attuale non pare sia scontato che avvenga altrettanto per i rimanenti connotati del giusto processo. Invero, come è facilmente intuibile, non è detto che un processo giusto sia inevitabilmente rapido: la stessa parola “ragionevole” impone una durata che si ispiri ai canoni della razionalità e che non bruci i passaggi essenziali a tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nella vicenda. Del resto, il modello accusatorio ha come fondamento e fine non il raggiungimento della verità a tutti i costi, bensì la ricostruzione dei fatti mediante canoni che rispettino i fondamentali diritti che l'ordinamento costituzionale accorda al singolo. Pertanto, a trarre vantaggio da un processo che si svolga in “tempistiche giuste” sono proprio gli individui implicati in quel procedimento: l'accusato, potrà servirsi al meglio del proprio diritto di difesa (art. 24 Cost.); l'accusatore, potrà rispettare attentamente i principi di legalità che fondano l'esercizio dell'azione penale (artt. 112 e 25, 2 Cost.); il giudice, potrà adempiere al diritto-dovere di emettere una decisione, in qualità di rappresentante della “cosa pubblica” e garante dell'esercizio del potere giurisdizionale (il quale è uno dei tre poteri

³⁰⁷ A commentare le scelte della Commissione Lattanzi intervennero, in direzione diversa, da un lato M.L. DI BITONTO, *Osservazioni “a caldo” sull'improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344 bis c.p.p.*, in www.ilpenalista.it, 4 ottobre 2021, pp. 1 ss.; dall'altro P. Moscarini, *Prescrizione del reato, “prescrizione del processo” e ragionevole durata delle controversie penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, p. 14, in corso di pubblicazione.

³⁰⁸ Le tempistiche di vario tipo di cui al 344 *bis* sono pensate nel rispetto della Legge Pinto.

fondanti dello Stato moderno ed è indipendente, autonomo, separato da tutti gli altri; art. 101, 2 Cost.).

Oltre alle figure aventi un ruolo (attivo o passivo) nel processo, a trarre vantaggio da un giudizio che abbia durata ragionevole è pure la persona offesa dal reato: tale garanzia *ex art. 111 Cost.* è particolarmente significativa nei suoi confronti, posto che, purtroppo, nell'ordinamento italiano non esiste ancora una vera e propria disciplina che tuteli la vittima.³⁰⁹ Invero, per aversi un processo giusto non significa che si debba ottenere l'effetto di eliminare *in toto* la soggezione dell'imputato all'autorità giudiziaria: anzi, tale sottrazione potrebbe risultare indebita rispetto ad altre esigenze che vanno comunque tutelate, come l'esercizio della potestà punitiva dello Stato (incarnata dal giudice, cui fa capo il diritto-dovere di pronunciarsi) e la tutela della persona offesa dal reato (la quale, come anche le parti, ha diritto ad ottenere una decisione). Pertanto, introducendo la improcedibilità come esplicito espediente ai fini di un processo che conosca tempi moderati, il 344 *bis* costituisce una forzatura del 111, 2 Cost., il quale non obbliga alla rapidità dei processi, bensì esorta alla sua ragionevole durata solo indirettamente, ponendo quale principio generale quello del giusto processo.

Oltre alla Costituzione, vanno ricordate le fonti giuridiche sovranazionali che dispongono in tal senso. Si tratta dell'art. 6 della CEDU (convenzione operante in qualità di parametro interposto di legittimità costituzionale, ergo si tratta di una norma di rango superiore alla legge ordinaria, ma immediatamente sotto alla Costituzione italiana; di essa si veda l'art. 11)³¹⁰ nonché dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la cui ricezione nel nostro ordinamento si imputa all'art. 117 Cost.).³¹¹

In definitiva, se la Riforma Cartabia ha successo (quantomeno in linea teorica) rispetto alla garanzia della ragionevole durata del processo, non è detto – anzi, è improbabile – che un risultato altrettanto positivo si abbia rispetto a tutti gli altri fattori necessari a garantire un processo “retto” in tutte le sue flessioni.

³⁰⁹ Un tentativo importante si ebbe nel 2015, con l'emanazione del d.lgs. n. 212, con il quale l'Italia diede attuazione alla Direttiva 2012/29/UE. Tuttavia, spesse volte gli ordinamenti europei ebbero reazioni contrarie ai dettami del diritto europeo, portatore di una visione ritenuta eccessivamente “vittimocentrica”.

³¹⁰ La seconda parte dell'art. 11 Cost. it. sancisce che l'Italia *consente, in condizioni di parità con altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni.*

³¹¹ Dell'art. 117 si veda il primo comma: *la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*

Una lettura confortante è quella di coloro che, pur segnalando queste debolezze di Cartabia, comunque vedono uno spiraglio nella possibilità di attribuire la facoltà di porre in essere processi che siano davvero equi agli operatori del diritto: tale tentativo di eliminare le incertezze dovute a un processo sommario in quanto troppo rapido e approssimativo munisce di una certa discrezionalità tali figure; tuttavia, mancando (per ora) ulteriori specificazioni della legge a riguardo, pare trattarsi dell'unica soluzione accettabile nel contesto attuale.

In un certo senso, si ha un ritorno al passato, ovvero al Codice penale *ante* Cirielli: lì si che era testuale la discrezionalità del giudice. Si trattava della discrezionalità nella determinazione delle circostanze, tuttavia la *ratio* che sottostava al vecchio comma 3° dell'art. 157 c.p. è sussumibile quale esempio anche su questo fronte.³¹²

Invero, come emerge da studi risalenti ancora a decenni prima della Riforma c.d. "ex Cirielli", quando si parla di potere discrezionale del giudice, sarebbe opportuno trovare una definizione che ben si accordi alle varie ipotesi in cui l'autorità giudicante gode di una certa libertà.

Vi è un doppio livello di esplicazione di tale discrezionalità: vi è quella discrezionalità che, per l'oggetto cui si riferisce, è "irriducibile ad uno schema generale e astratto": sono quei casi in cui l'oggetto del giudizio è tale da richiedere questa "individualità nella valutazione".³¹³ Poi vi è altra discrezionalità, ossia quella connessa alla determinazione della antigiuridicità della condotta e che, quindi, richiede un giudizio che sia orientato *ex ante* in via generale e astratta dalla legge.

In questo secondo ambito si può far rientrare il caso nostro. Invero, «solo nella determinazione della colpevolezza o nell'accertamento della pericolosità sociale del soggetto la legge trova un limite ontologico alla possibilità di una tipicizzazione».³¹⁴

³¹² Il vecchio comma 3 dell'art. 157 prevedeva che «nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicassero anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69». Una conclamata discrezionalità, che venne sacrificata per effetto della Riforma Cirielli, che sostituì il vecchio testo con il seguente: «non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma».

Come già osservato, pur essendo il nuovo testo del 157 meno vicino alla disciplina tedesca, è anche vero che – nella sostanza – vi è un ravvicinamento tra le due: viene estirpata *in nuce* quella discrezionalità che era tipica del giudice fino al dicembre del 2005, onde evitare che, appunto, l'autorità giudiziaria potesse effettuare in questo contesto un'attività di bilanciamento che avrebbe reso la sua libertà d'azione troppo invasiva.

³¹³ A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano Editore, cit., p. 140.

³¹⁴ A.R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit. p. 139: richiama E. SCHMIDT, il quale a tal riguardo si esprime nel seguente modo: «giustizia individualizzante in relazione all'impiego dei mezzi statali di conservazione del

Il problema di delimitare tale discrezionalità si manifesta anche nel contesto europeo e sovranazionale; ad ogni buon conto, a quei livelli è una questione meno difficile da affrontare, dal momento che le convenzioni internazionali (come, appunto, la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) si compongono tendenzialmente di principi generali, come accade per le legislazioni di *Common Law*; di conseguenza, è ben più elastico il margine di flessibilità concesso a chi deve interpretare e applicare le previsioni di tali leggi.

Auspiciando un l'intervento del Legislatore affinché vengano calcolati dei confini alla celerità processuale, è consolidata l'opinione per cui questi debba valutare se la rapida definizione del processo sia "significativa" rispetto alla tutela del diritto di difesa dell'imputato: se sì, allora il Legislatore dovrà intervenire in maniera idonea a mantenere tale speditezza, contemperandola con la necessità che si rispettino i diritti dei singoli, poiché «la durata del processo è ragionevole quando si estende per il tempo necessario alla ragionevole realizzazione di tutte le garanzie del giusto processo»³¹⁵ e non leda l'attuazione³¹⁶ della legge penale.³¹⁷

2.1 Altri interrogativi sulla legittimità.

La fragilità della soluzione della "improcedibilità", oltre che nella soddisfazione soltanto parziale dei requisiti del "giusto processo", con conseguente violazione del principio costituzionale della ragionevolezza, sta anche in numerose altre perplessità che sorgono sulla sua operatività.

In particolare, conviene tener presente, oltre che i dubbi nascenti dal rapporto sussistente tra questa e la prescrizione del reato (soprattutto in seguito alla modifica dell'art. 578 c.p.p.), anche le incertezze relative al rapporto tra improcedibilità e inammissibilità, nonché la questione della tipologia di sentenza che viene emanata, non essendo essa né

diritto con riferimento alla personalità dell'autore, cioè alla colpevolezza in senso materiale», in *Probleme staatlichen Strafens*, cit., p. 209.

³¹⁵ G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 80.

³¹⁶ G. SPANGHER, *Tra politica e giustizia*.

³¹⁷ CSM, *Parere* del 29 luglio 2021, n. 1.

di condanna né di proscioglimento e, infine, le ripercussioni che la dichiarazione di improcedibilità ha sul processo civile.

Circa il rapporto tra dichiarazione di inammissibilità e dichiarazione di improcedibilità, manca la determinazione a priori della prevalenza dell'una sull'altra. Parrebbe sensato che, ove sia possibile la dichiarazione tanto dell'una quanto dell'altra, il giudice preferisca la dichiarazione di improcedibilità, poiché essa estingue il rapporto processuale.

È sicuro, infatti, che la improcedibilità fa venir meno radicalmente quella vicenda processuale; tuttavia, non è chiara un altro risvolto, ossia se tale caducazione sia così profonda da attivare l'operatività del principio del *ne bis in idem*. Il divieto di giudicare la medesima persona per il medesimo fatto entra in gioco laddove sia stata pronunciata una sentenza di merito definitiva; ciò non capita qualora manchi una condizione di procedibilità per quei casi di cui all'art. 345 c.p.p.. Nell'ipotesi di improcedibilità *ex art. 344 bis*, si è posti di fronte ad un istituto ibrido, se non addirittura privo di consistenza: non dà luogo né a sentenza di condanna, né a sentenza di proscioglimento. Non è nemmeno chiaro se si tratti di sentenza di rito o di merito: il termine "improcedibile" fa pensare a qualcosa di strettamente collegato al processo; inoltre, non avendosi né condanna né assoluzione, risulta difficile affermare che si tratti di pronuncia meritate. Ciononostante, se si tenta di dare una spiegazione logica all'istituto introdotto dal nuovo art. 344 *bis* c.p.p., si deduce senza troppi ostacoli che non sarebbe facilmente sostenibile l'idea che si possa nuovamente aprire un procedimento a carico dello stesso soggetto in seguito a dichiarazione di improcedibilità: si scalfirebbe senza motivo il principio del *favor rei*.

Tuttavia, affermare qui il principio del *favor rei*, fa fare un passo indietro e impone di tornare a considerare la possibilità che la improcedibilità dia vita a un giudicato definitivo e indiscutibile. È chiaro che non può essere così a tutto tondo, poiché, come già ribadito, anche solo riflettendo sul significato di "improcedibilità", non pare sensato affermare che il soggetto improcedibile sia stato in quale modo assolto o condannato. In tal guisa, dunque, si tratta di un istituto dalla natura più trasparente che ibrida: a prevalere sulla molteplicità di dubbi, è la completa assenza di risposte. L'esito è, orbene, di un istituto che risolve poco e che è quasi come invisibile. Ciononostante, dato che la Legge c'è, esiste e pone determinate regole, occorre interpretarla nel modo meno

discutibile possibile, dotando quella figura che introduce – l'improcedibilità per decorso del tempo – di un significato che abbia una qualche utilità e, soprattutto, che non interferisca in negativo con le già discusse questioni attinenti alla natura della prescrizione.

Invero, gran parte degli studiosi vede nella improcedibilità di Cartabia una prescrizione celata sotto falso nome. Se davvero si trattasse di prescrizione, essa sarebbe per forza processuale.

Sarebbe dunque risolto il conflitto sulla natura della più discussa causa di estinzione del reato?

Viste le difficoltà di dare qualsivoglia connotazione alla improcedibilità *ex art. 344 bis c.p.p.*, probabilmente no. Tuttavia, potrebbe essere interessante compiere il percorso inverso, ovvero dare alla improcedibilità significato prescrizionale non per risolvere la questione sulla prescrizione, ma per risolvere i dubbi che derivano circa la sentenza che si pronuncia ai sensi del 344 *bis*.

Certo, pare un passaggio estroso, posto che il fulcro della questione originaria sta proprio nel trovare un modo che aiuti a individuare la natura della prescrizione del reato; tuttavia, non è un machiavello del tutto fuori luogo se si tiene presente anche un'altra considerazione metodologica importante: l'approccio relativistico.

Applicando tale criterio, che non procede per assiomi assoluti, bensì per ipotesi che richiedono e favoriscono continui adattamenti in corso d'opera, le spiegazioni che si vogliono fornire – da un lato, per la improcedibilità *ex Legge n. 134 del 2021*, dall'altro, per l'annoso problema della natura della prescrizione del reato – finiscono per integrarsi vicendevolmente, permettendo di conciliare il tutto con il contesto penalistico odierno.

Sarebbe stato allora più coerente che il Legislatore utilizzasse il termine "prescrizione", anziché improcedibilità?

Da un punto di vista del risultato sì, ma sul piano dogmatico no: invero, per quanto – alla fine – il risultato cui si perviene sia lo stesso, l'intento politico alla base della Riforma Cartabia è di mettere a tacere quelle voci che si scagliano contro la prescrizione del reato, ritenendola una abnormità che nega la giustizia alle vittime. Al contempo, però, non si è potuto nemmeno mettere a punto una riforma che prescindendo dal dettato costituzionale, che, per quanto indirettamente, fa salvo questo principio cardine delle società moderne e democratiche.

Inoltre, si potrebbe cogliere dall'utilizzo del termine "improcedibilità", l'occasione di godere di maggior elasticità nella definizione della natura della prescrizione. Parrebbe un riconoscimento, da parte del legislatore medesimo, di una certa libertà di cui si vuole attrezzare l'interprete anche con la definizione della prescrizione e della sua natura, non ponendo limiti *ex lege*. È proprio ciò che accade in Germania: si è già chiarito che la scelta del *Gesetzgeber* (Legislatore) di non definire a priori la natura della prescrizione è volontaria, onde permettere agli interpreti di interagire con la lettera della legge nel modo che paia loro più indicato.

Dopotutto, ciò ben si concilia con la discrezionalità data agli operatori del diritto nella tutela del giusto processo: il concetto – prima chiarito – per cui un processo di durata ragionevole non è necessariamente breve e rapido, sta bene con l'idea per cui la prescrizione non deve essere letta come espediente volto alla garanzia della speditezza del processo. Questo effetto sarà semmai una conseguenza secondaria (per quanto utile), così come la improcedibilità non deve essere applicata (solo) in vista della brevità del giudizio. Di conseguenza, tanto la prescrizione quanto la dichiarazione di improcedibilità devono essere viste come strumenti atti a tutelare prima di tutto il reo, e poi anche tutti coloro che godono di un qualche diritto in quella vicenda processuale.

Il vincolo tra prescrizione e improcedibilità sta nel fatto che entrambe si ispirano alla funzione della pena: decorso un certo lasso di tempo, al di là della inerzia statale, che va sanzionata onde tutelare il soggetto che rischia di divenire a sua volta vittima di una procedura oltremodo lunga, si presume che nel reo si sia verificato un cambiamento interiore tale per cui è come se avesse già scontato la pena dovuta. Pertanto, tornando all'essenza della dichiarazione di improcedibilità, non si tratterà sicuramente di una condanna, dato che lo sconto delle proprie colpe è già avvenuto per il decorso del tempo limite per l'esercizio dell'azione penale da parte dell'autorità pubblica; non si può dire nemmeno che sia di proscioglimento, dato che le tempistiche eccessive della giustizia vengono equiparate ad una pena vera e propria. Si tratterà, allora, di una presa d'atto (da parte del giudice) della situazione che ha davanti, non potendo pronunziarsi oltre, non potendo definire il merito, ma non potendo nemmeno – per ragioni meramente logiche e ispirate al criterio di ragionevolezza – tornare a giudicare la medesima persona per il medesimo fatto.

Ecco un ulteriore argomento per cui si tratterebbe di natura “mista” della prescrizione: di fatto, l’effetto è simile a quello di una pronuncia di merito; le conseguenze sono quelle di un’assoluzione (e pure la *ratio*, essendo analoga a quella dell’art. 530 c.p.p.; ad esempio, potrebbe dirsi che, come incertezza e incompletezza del quadro probatorio conducono all’assoluzione, così le tempistiche eccessivamente lunghe impediscono di procedere; sempre nell’ottica del *favor rei*. Del resto, la questione della veridicità del materiale probatorio è, per quanto datata, anche attuale, se si considera l’innegabilità del fatto che, decorso un certo tempo, il materiale probatorio risulta inevitabilmente alterato rispetto all’originale); tuttavia si prescinde dall’accertamento. Si prescinde, cioè, da un epilogo che concluda in tutti i suoi elementi un processo: si ricordi quella parte di dottrina sostanzialista che fonda la propria convinzione sul fatto che, leggendo il 129, 2 c.p.p., allora la prescrizione del reato prescinde dall’accertamento del fatto e, quindi, distrugge il reato verificatosi incidendo materialmente su di esso. Viceversa, potrebbe invece dirsi che la prescrizione prescinde sì dal processo (rende, infatti, il presunto reo “improcedibile”), ma che, al contempo, non produce vera e propria sentenza di merito: non venendo accertato il fatto, la conseguenza è che, allora, la dichiarazione di improcedibilità si tiene nell’alveo del dinamismo formale. A sostegno della natura processuale della prescrizione del reato vi sono, poi, la collocazione nel codice di rito e la denominazione “improcedibilità”.

Altra nota da considerare al fine del paragone tra improcedibilità e prescrizione del reato è l’introduzione del nuovo comma 1 *bis* nell’art. 578 c.p.p., il quale comporta l’integrazione anche della rubrica. Con Cartabia, il 578 è intitolato “Decisione sugli effetti civili nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione e nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione”: «Quando nei confronti dell’imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull’impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili (comma 1). Quando nei confronti dell’imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l’azione penale per il

superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344 *bis*, rinviano per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale (comma 1 *bis*)».

Tale norma si inserisce tra le disposizioni generali dedicate alle impugnazioni e presuppone che sia intervenuta una pronuncia di condanna. Nel primo caso, nell'impugnazione il giudice dichiara estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, mentre, nel secondo, improcedibilità dell'azione penale per decorso dei termini massimi che la legge impone per la prosecuzione dell'azione in fase di gravame.

Pare che tale norma sancisca la doppia faccia della prescrizione penale, dal momento che pone sullo stesso piano le due situazioni descritte (rispettivamente ai commi 1 ed 1 *bis*) qualora si tratti di decidere sugli effetti civili. La distinta terminologia (prescrizione del reato, comma 1, e improcedibilità dell'azione penale, comma 1 *bis*), non sarebbe altro che la conferma del carattere sostanziale della prima e processuale della seconda; quest'ultima assumerebbe nome diverso per evidenziarne il carattere non statico, ma – di fatto – non sarebbe altro che una prescrizione processuale celata sotto il nome di improcedibilità dell'azione.

Tuttavia, se, per questo aspetto, il testo del 578 pare risolutivo, per altro verso, invece, esso pone nuovi dubbi: pur affiancando idealmente prescrizione e improcedibilità, la lettera della legge articola soluzioni diverse, che difficilmente si spiegano, dato che, trattandosi sempre di prescrizione, gli effetti conseguenti dovrebbero essere se non coincidenti quantomeno analoghi. Partendo dalla pronuncia di una sentenza di condanna, nel caso di cui al comma 1, la condanna non viene meno, mentre nel caso *ex* comma 1 *bis*, la pronuncia di condanna di primo grado viene meno e si opera un rinvio al giudice civile d'appello competente per valore senza che il giudice dell'impugnazione si sia pronunciato sulla questione.³¹⁸

Non si pretende, invero, la totale identità del regime che consegue ad una prescrizione sostanziale e ad una prescrizione processuale; non si tollera nemmeno, però, che prendano vita situazioni come quelle conseguenti alle ipotesi di cui all'art. 578: un trattamento diversificato in sede civile.

Il fatto che, nel caso di improcedibilità, si abbia il «rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo

³¹⁸ A interessarsi al tema è A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti*, pp. 55 ss.

penale», è particolarmente svantaggioso per la parte civile, poiché non si sa se il giudice civile d'appello deciderà *ex novo* oppure come giudice dell'impugnazione; inoltre, si temono conseguenze distruttive anche per la tutela della vittima del reato.

Anche su questo frangente, dunque, sfuma il tentativo di corredare di una chiarezza anche solo minima l'istituto prescrizione.

Infine, sempre nell'alveo dei problemi di coerenza del nuovo art. 344 *bis* c.p.p. con la Costituzione e con la legge ordinaria già in vigore, vi è che, nei termini in cui è regolata da Cartabia, la improcedibilità si riferisce solo ai casi in cui ci si trovi in sede di impugnazione. Ci si chiede, però, se essa debba e/o possa essere estesa pure a tutte le altre fasi del procedimento, quindi anche alle indagini preliminari. Anche a tal proposito è bene ribadire che la improcedibilità di Cartabia non è quella di cui al 129 c.p.p.: oltre a trattarsi di qualcosa di diverso sia nella fonte che nelle conseguenze, si rimarca anche un altro dato, ossia che la improcedibilità di cui al 129, 1 è limitata al processo; quella di cui all'art. 344 *bis* è, per un verso, più limitata, essendo testualmente prevista soltanto in sede di gravame, ma, addirittura, potrebbe essere ben più estesa della improcedibilità di cui al 129, 1 c.p.p., dal momento che, a ritenere legittima la estensione del 344 *bis* a tutte le fasi del processo, allora si avrebbe una improcedibilità che va ben oltre quella che si verifica in assenza di un atto di volontà per quelle fattispecie criminose che richiedono *ex lege* che si eserciti l'azione penale soltanto in seguito a querela, istanza, richiesta di procedimento, autorizzazione a procedere.

Una cosa è certa: improcedibilità equivale a non perseguibilità del fatto, a non esperibilità dell'azione penale.

Le cause, dal 19 ottobre 2021, possono essere due: mancanza di una condizione di procedibilità; protrazione oltre il massimo legale del processo in sede d'impugnazione. L'effetto, di per sé unitario, può tuttavia avere pregnanza diversa: può condurre ad una vera e propria pronuncia di rito, oppure alla radicale impossibilità di proseguire contro quella persona per quel fatto a causa di decorso di un tempo troppo lungo.

Con la improcedibilità per mancanza di una condizione prefissata *ex lege*, non trova spazio il *ne bis in idem*. Il reato non potrà essere più radicalmente perseguito solo laddove non venga in essere successivamente la condizione che rende il reato perseguibile, causando così l'estinzione del reato per decorso del tempo.

La improcedibilità di cui agli artt. 129, 1 e 345 c.p.p. è, allora, al cento per cento di natura processuale. Quella di cui all'art. 344 *bis*, invece, è già uno *step* più avanti: non si riferisce a un mero atto, ma a qualcosa che va oltre la previsione della legge ordinaria: si riferisce ad una esigenza di portata costituzionale (art. 111 Cost.) e sovranazionale (6 CEDU). Rispettivamente, giusto processo e *fair hearing*.

La improcedibilità di Cartabia sembra più simile ad una prescrizione: viene definita improcedibilità nel senso che si vuole rimarcare la non esperibilità della azione penale, ma, di fatto, non ha praticamente nulla a che vedere con la improcedibilità di cui all'art. 129, 1 c.p.p.

Di comune, le due improcedibilità, se si ritiene che quella *ex art. 344 bis* sia semmai una declinazione della prescrizione, hanno che entrambe rientrano nel novero delle cause di non punibilità. Entrambe, dunque, hanno un qualche riflesso sulla punibilità del reo, sul come viene considerata la sua colpevolezza. Tuttavia, come già sottolineato, ciò avviene con impatto differente: se nel caso della improcedibilità tradizionale la perseguibilità non è esclusa qualora le condizioni che la permettono sopravvengano *ex post*, la improcedibilità di cui alla Legge 134 del 2021 non fa salva questa eventualità, trascinando la impossibilità di esercitare l'azione penale nella voragine della estinzione del reato.

Dalla improcedibilità di cui al 344 *bis*, quindi, si ha un istituto molto strano: processuale sì, ma che di fatto propone ricadute meritali. Perché non venne chiamata prescrizione? Per le ragioni politiche di cui *supra*.

Ma del resto, anche fosse stata definita "prescrizione", il problema sarebbe scomparso? Proprio no: comunque sarebbe rimasta aperta la questione della natura della prescrizione! Infatti, a volerla chiamare "improcedibilità", si fa un favore ai processualisti; tuttavia, non è del tutto vero che si fa un torto ai sostanzialisti: pur parlando di qualcosa che la bocca della legge³¹⁹ fa passare per prettamente processuale, in realtà, come si è visto e come è innegabile, si tratta di un che di molto vicino anche ad un accertamento nel merito.

Perché è vero, qui accade proprio quello che rimarca una parte dei sostanzialisti, ossia che la prescrizione prescinde dall'accertamento della colpevolezza dell'imputato, che resta solo un reo "presunto": quindi non è accertamento nel merito, però al contempo

³¹⁹ Ci si riferisce alla terminologia rousseauiana *boûche de la loi*: come tali si intendevano i giudici; qui però viene utilizzato per dire "la lettera della legge".

non permette, come avviene nei casi di cui all'art. 345 c.p.p., che si ritorni sul medesimo fatto per la medesima questione.

3. (In)certezze sul fondamento prescrizione della improcedibilità ex art. 344 bis c.p.p.

In definitiva, pare coerente identificare la improcedibilità del 344 *bis* con una forma di prescrizione processuale. Un ulteriore argomento in questa direzione si rinviene laddove ci si convinca che, in fin dei conti, la improcedibilità di Cartabia illude il lettore con la convinzione di essere pensata solo a fini di giustizia processuale, ma, in realtà, in favore della ragionevole durata del processo essa garantisce ben poco: basti pensare alle numerose proroghe che ammette e a tutti quegli aspetti che ne tradiscono la somiglianza con una prescrizione più che con una condizione di improcedibilità.³²⁰

Inoltre, la abrogazione *ex* Legge 134/2021 dei commi 2 e 4 dell'art. 159 c.p.p., è stata in qualche modo compensata dalle previsioni dell'art. 344 *bis* c.p.p., nonché del 161 *bis* c.p.³²¹

³²⁰ L'attribuzione, alla improcedibilità, di un ruolo così simile a quello della prescrizione, è, secondo i sostenitori della natura sostanziale della prescrizione del reato, una vera e propria sovrapposizione di istituti diversi: «Cartabia sovrappone alla prescrizione, istituto di diritto sostanziale che determina estinzione del reato in base a parametri predeterminati, l'improcedibilità dell'azione penale, la quale è rimessa, in misura maggiore o minore a seconda della tipologia di reato, alla proroga del termine prescrizione a discrezione del giudice. Per inciso, tale estinzione processuale travolge non solo la sentenza di condanna ma anche quella di assoluzione». Così G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, cit., p. 410.

È interessante notare una somiglianza con Bonafede: la improcedibilità interviene a prescindere dal tipo di sentenza che è stata pronunciata, un po' come la sospensione con conseguente cessazione del corso della prescrizione si verificava senza distinzione tra assolti e condannati.

³²¹ Questa sorta di "compensazione" tra disposizioni sostanziali e processuali pare la prova della esigenza/opportunità del Legislatore del 2021 di conformare la legge sostanziale alla procedurale in vista dei fini di quest'ultima, emerge sin da subito un dato inequivocabile: la soppressione, da parte di Cartabia, dei commi 2 e 4 dell'art. 159 c.p.

Il comma 2 era quello che decretava la sospensione della prescrizione a partire dalla pronuncia della sentenza di primo grado sino alla sua esecutività (o, similmente, dalla data del decreto di condanna alla data della sua irrevocabilità), imponendo un diverso regime per i condannati in primo grado rispetto a quelli che, assolti in primo grado, poi venivano condannati in un grado successivo.

Il comma 4, invece, era quello che escludeva che nel caso di sospensione processo per assenza dell'imputato (art. 420 *quater* c.p.p.) potesse superare i limiti posti dal Legislatore per la interruzione della prescrizione (art. 161, 2° comma c.p.).

Inoltre, l'introduzione di una norma intitolata proprio alla cessazione della prescrizione sarebbe la conferma della erroneità dell'utilizzo dell'espressione "sospensione" – da parte di Bonafede – per qualcosa che in realtà è cessazione; di riflesso, anche questo argomento dimostra il recupero (correggendole) da parte di Cartabia, di buona parte delle statuizioni di cui alla Legge 3/2019.

Si ha, dunque, una correzione del regime Bonafede, ritenuto conflittuale con una serie di diritti che vanno garantiti al singolo *ex Constitutione*, come, ad esempio, l'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. it.³²²

La Riforma Cartabia rettifica la disciplina risalente a Bonafede, con una serie di spostamenti e giochi normativi tra le leggi penali (talora pure recuperando qualcosa della Riforma Orlando),³²³ volti al contempo a garantire un processo giusto, ma pure la tutela del reo, scongiurando il fenomeno degli "eterni giudicabili".

Circa il primo aspetto, ci si riferisce ai principî di efficacia ed efficienza del giudizio. Questi due sono concetti non giuridici, ma notevoli per descrivere in modo esaustivo il significato di "giusto processo". Si tratta di dati formali, che connotano la legge in sé descrivendone la relazione rispetto ai suoi scopi: segnatamente, designano il rapporto tra la legge formale e la pena sostanziale, i cui fini sono, come ripetuto più e più volte, preventivi (in generale e in particolare).

"Efficacia" describe la causalità sussistente tra il reato e la pena che ne consegue (rapporto di causa-effetto); "efficienza" difende invece il rapporto meccanicistico tra la pena ed il fine preventivo e rieducativo (rapporto di mezzo-fine). Tali principî figurano anche in Costituzione, a riprova della essenzialità del loro rispetto (art. 97, 2 Cost., in tema di buon andamento e imparzialità della Pubblica amministrazione); non da meno è la legge ordinaria, per la quale si vedano la Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo ed il d.lgs. 29/1993 e la Legge 273/1995 su privatizzazione e contrattualizzazione del pubblico impiego.³²⁴

³²² Invero, il 129, 2 c.p., con la Legge 3/2019 stabiliva un trattamento diverso per l'imputato condannato in secondo grado rispetto a quello condannato in appello. Parte della dottrina ritiene che l'assetto normativo sancito con la Riforma Bonafede violi il principio della retroattività della legge più favorevole al reo.

³²³ Un esempio di recupero della Legge 103/2017 si ha nella introduzione nell'art. 344 *bis* c.p.p. di quel rinvio al 544 c.p.p. che, prima della Legge 3/2019, trovava posto proprio nell'art. 159 della legge penale sostanziale.

³²⁴ Si veda C. MARINELLI, *Ragionevole durata*, p. 39. L'autore sottolinea la commistione dei due concetti che, per quanto simili, non vanno sovrapposti. Efficacia è, invero, idoneità all'accertamento della colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio; efficienza è esigenza di commisurazione dei mezzi ai fini del processo. Il dettaglio di queste definizioni dimostra che settore penalistico tali criteri assumono valenza qualitativa oltre che quantitativa.

Un'ulteriore ambiguità si ha laddove il binomio efficacia-efficienza venga sovrapposto alla coppia razionalità dei singoli istituti processuali-ragionevolezza del sistema; ad affermarlo è pure il contenuto della sentenza della Consulta n. 393 del 1996.

Relativamente alla tutela del reo, vi è qualche dubbio sulla sostanziale effettività della Legge 134/2021: le numerose proroghe ammesse ai sensi dell'art. 344 *bis* c.p.p. di fatto legittimano l'eterna perseguibilità del reo.

Ad ogni modo, il tentativo di Cartabia è proprio di abolire un sistema che sacrifichi la ragionevolezza della prescrizione in vista della sola efficienza del processo; prodotto che, come si è visto in sede di analisi della legittimità costituzionale delle norme *ex* L. 134/2021, secondo alcuni, nemmeno Cartabia a porta a termine fino in fondo.

Non è agevole comprendere le motivazioni alla base di questi continui ritocchi, spesso anche particolarmente invasivi (come nel caso dell'art. 159 c.p.), se non si ha contezza del quadro socio-politico in cui presero forma. La Legge di delega del 2021, come già ripetuto, aveva lo scopo primario di togliere di mezzo una legge che si era dimostrata gravemente pericolosa per la tutela del reo (presunto) già all'indomani della sua vigenza.³²⁵

D'altro canto, tuttavia, non si voleva incorrere nell'opposto inconveniente di forzare troppo questa istanza di tutela della potestà punitiva statale, così menomando principî costituzionali diversi, come quello del diritto all'oblio da parte dello Stato verso un crimine commesso talmente tanto tempo addietro da essere ormai percepito come poco rilevante se non addirittura dimenticato. Da cui, appunto, quelle perplessità relative alla rinunziabilità della prescrizione (e, ancora di più, della improcedibilità), che sono contrarie alla indisponibilità dello speculare dovere (non solo potere) statale di perseguire e punire i responsabili.

Per tutti questi motivi scaturì una riforma incentrata soprattutto sull'obiettivo di assicurare un giusto processo di durata ragionevole.

In questa direzione valsero pure gli stimoli sovranazionali e le contingenze strettamente attinenti a quel preciso momento storico: circa le prime, si vedano le numerose condanne che provennero dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia, ritenuta responsabile di processi di durata eccessiva; circa le seconde, invece, si rammenti la pandemia da Covid-19, che influì pesantemente su qualsivoglia ambito della quotidianità, tra cui i processi, molti dei quali caddero in prescrizione a causa dell'impossibilità di celebrarli nel corso della emergenza sanitaria.

³²⁵ Si ricordino tutti quegli interpreti che sottolinearono la mortificazione, da parte della Legge 3/2019, del principio della retroattività della legge più favorevole al reo.

4. Argomenti vari a favore della tesi mista della natura della prescrizione del reato.

Le osservazioni effettuate nel corso di questo e dei presenti capitoli paiono sufficienti a fondare la convinzione per cui la prescrizione del reato avrebbe natura mista. A questa persuasione si perviene pure dal confronto con la disciplina tedesca, che ormai da diversi anni è orientata in questa direzione.

A favore di questa deduzione si ha pure la circostanza che le nuove formulazioni derivanti dalla più recente riforma concedono un certo margine di libertà nella definizione normativa e lessicale da parte degli interpreti.

Nella tradizione germanica, una prescrizione di natura mista è una prescrizione avente *Grund* (fondamento) sostanziale e *Wirkung* (efficacia) processuale.

È d'uopo riportare tutti quei fattori già ampiamente considerati ritenuti significativi rispetto a questa conclusione.

In primis, vi è poi una serie di fattori che farebbero propendere per una lettura solamente sostanziale o solamente procedurale (oltre al fatto che alcuni interpreti fondino la propria convinzione in un senso o nell'altro in ragione della collocazione delle disposizioni all'interno della legge; ad esempio, gli artt. 157 ss. c.p. nella legge sostanziale, tra cui pure il novello 161 *bis*, sarebbero indicativi della sostanzialità dell'istituto; mentre il 344 *bis* c.p.p. nella legge processuale starebbe a confermarne – secondo i sostenitori della tesi strettamente processuale – la proceduralità). Tuttavia, la compresenza di questi caratteri fa desumere la rilevanza duplice della prescrizione.

Circa i primi, basti pensare al carattere materiale della rinuncia alla prescrizione (art. 157, 7 c.p.) e in analogia a questa al caso in cui l'imputato chieda la prosecuzione del processo nonostante la declaratoria di improcedibilità (art. 344 *bis*, 7 c.p.p.).

Circa i secondi, invece, basti ricordare che la improcedibilità è prevista solo in sede di impugnazione: ciò ne tradisce il carattere intenzionalmente processuale.

La stessa collocazione normativa, poi, un po' sostanziale, un po' processuale, fa pensare ad un *Grund* materiale e ad una *Wirkung* formale.

Pare anzi che persino il Legislatore si sbilanci in favore della natura mista della prescrizione: esso continua a disciplinarla in entrambe le leggi, sia sostanziale sia

processuale; per di più, l'originaria impostazione del Codice penale (nella quale gli interpreti da subito dopo Rocco sino ai giorni nostri vedevano una riforma della prescrizione in senso prettamente sostanziale) subì interventi che inserirono dei termini giuridici dotati di essenza e di conseguenze processuali: ad esempio, quella sospensione (art. 159 c.p.) di cui alla Riforma Bonafede, ritenuta un errore metodologico, ma comunque in un certo senso mantenuta nella successiva Riforma Cartabia, che la traspose nel codice di rito. Per quanto ritenuta una formulazione erronea, essa sarebbe significativa di una rinnovata propensione del Legislatore per il dato dinamico, dato che iniziò a privilegiare l'efficienza del processo rispetto alla tutela del presunto reo (pur con le critiche che scaturirono sul piano della legittimità costituzionale).

Tale errore potrebbe essere sintomatico del fatto che a livello legislativo diviene sempre più inevitabile il ricorso a termini che afferiscono ad una prescrizione intesa in senso anche processuale.

Invero, vi è anche parte della dottrina che favorisce una interpretazione del modello misto della prescrizione ispirandosi al modello tedesco, arrivando a considerare «del tutto ragionevole che il corso della prescrizione del reato cessi definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado e che, successivamente, il tempo diventi costitutivo di una vera e propria pena di fatto, come diceva Carnelutti».³²⁶

Sempre guardando alle modifiche normative, si veda il recupero del rinvio al 544 c.p.p. all'interno del 344 *bis* c.p.p.: esso, introdotto da Orlando nel 159 c.p. e abrogato da Bonafede, è trasferito da Cartabia dalla sede sostanziale a quella procedurale.

Vi sono poi indizi di vario genere che si schierano in maniera ideale con l'interpretazione mista della natura della prescrizione. Ad esempio, il *fair hearing* di cui parla l'art. 6 della CEDU, rappresentando un principio generale, proprio come avviene nei sistemi di *Common Law*, pone qualcosa di molto più vago del principio (già di per sé ampio) del “giusto processo” (art. 111 Cost. it.), implicando l'elasticità tipica di una lettura relativistica della prescrizione. Tale lettura relativistica è, appunto, favorevole ad una interpretazione mista dell'istituto.

Altro indizio favorevole ad una interpretazione flessibile, relativa e mista è il valore assunto dalla sentenza che deriva dalla dichiarazione di improcedibilità *ex art. 344*

³²⁶ A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti*, cit., p. 81; l'autrice afferma la irrinunciabilità di questa chiave di lettura, vista la abitualità con cui si verificano anticipazioni di pena.

bis, commi 1 e 2 c.p.p.: essa non è né di condanna né di proscioglimento né di merito, ma sorgono facilmente dubbi sul fatto che sia processuale al cento per cento.

Dopodiché, si ricordi il carattere compensativo di quelle statuizioni introdotte da Cartabia negli artt. 161 *bis* c.p. e 344 *bis* c.p.p. che recuperano, correggendole, alcune previsioni di cui alla Legge 3/2019.

Le norme sulla prescrizione del reato e quelle sulla improcedibilità starebbero, dunque, in un rapporto di “eterointegrazione”. Il reciproco completamento tra norme di provenienza penale sostanziale e norme di provenienza penale processuale ritorna pure ove si ponga l’accento sulla carenza di efficacia materiale delle regole introdotte da Cartabia: per quanto formalmente corrette, dal punto di vista materiale esse non sono effettivamente garanti di una giustizia sostanziale quale quella che si auspica in un sistema democratico e di diritto. Pare allora irrinunciabile l’appiglio anche alla disciplina processuale, quantomeno a fini di chiarezza testuale della *ratio legis*. Il diritto penale sembra prestarsi a questa attività di integrazione.

«”Integrare” significa, alla lettera, rendere qualcosa compiuto, completo, aggiungendo ciò che manca. L’atto o l’effetto di integrare è l’integrazione. [...] La scienza penalistica, nella prospettiva della norma incriminatrice integrata – e in particolare della fattispecie da questa descritta – si esprime in termini di “eterointegrazione”, ossia di “integrazione tramite il ricorso a parametri estranei alla fattispecie penale in questione”».³²⁷

Sempre tra gli argomenti che si adattano meglio di tutti alla tesi mista, vi è quello che scaturisce dal confronto delle condizioni di punibilità con le condizioni di procedibilità.

Si premette che il primo aspetto che si nota è la collocazione di questa norma, ovvero il Titolo III (“Condizioni di procedibilità”) del Libro V del Codice di procedura penale (“Indagini preliminari e udienza preliminare”).

Sembra, allora, che la necessità che entro due anni sia definito il giudizio di appello (entro un anno il giudizio di cassazione) sia a tutti gli effetti una questione pregiudiziale di rito alla stregua di querela, istanza, autorizzazione a procedere e richiesta di procedimento.

³²⁷ In questo senso, G.L. GATTA, *Abolitto Criminis* e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 6 ss.; i parametri cui fa riferimento sono l’attività di interpretazione giudiziale e l’attività di produzione normativa.

Si tratta di una soluzione senza precedenti, dato che la querela (così come istanza, autorizzazione e richiesta) costituiscono atti di manifestazione di volontà del soggetto interessato; la *ratio* sta nel fatto che si tratta di eventi criminosi di minor allarme sociale e che pertanto non sono perseguibili dal Pubblico Ministero di propria sponte, ma richiedono che il titolare di quel diritto-dovere di dimostrare la propria volontà a che si intervenga ponga in essere tale facoltà; tra i reati perseguibili a querela, inoltre, vi sono quelli attinenti alla sfera sessuale della vittima: per quanto gravi, la loro perseguibilità è comunque subordinata all'esercizio della querela, in quanto non si vuole forzare la persona offesa a compiere un atto che tocca la sua sfera più intima.

Che cosa significa improcedibilità? È la non perseguibilità di un reato, vale a dire la non esperibilità dell'azione penale. In assenza di una condizione di procedibilità, dunque, si ha una pronuncia di rito, che può essere un provvedimento di archiviazione, una sentenza di non luogo a procedere od una sentenza di proscioglimento (art. 345 c.p.p.).

La impossibilità a che si proceda si può avere anche in altre ipotesi: ad esempio, si tratta o della mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle di cui al Titolo III del Libro V del codice di rito (in particolare, vige il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto se l'imputato è stato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili),³²⁸ oppure di accertamento della irreversibilità dello stato di incapacità mentale dell'imputato (caso nel quale, si pronuncia analogamente sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere).³²⁹ In questi casi, inoltre, è ammesso che la condizione di procedibilità emerga successivamente, rendendo possibile l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona.

Le condizioni di procedibilità ritornano anche in un altro contesto: all'art. 129 c.p.p., relativo alla declaratoria della sussistenza di una causa di non punibilità; collocato

³²⁸ Si tratta del principio del *ne bis in idem*, codificato all'art. 649 c.p.p. ("Divieto di un secondo giudizio").

³²⁹ Il codice italiano distingue a seconda che la incapacità sia reversibile o irreversibile, avendosi, rispettivamente, una sospensione del procedimento, oppure la sua definizione senza entrare nel merito. L'art. 72 *bis*, la cui paternità si ascrive alla L. 103/2017 ("Riforma Orlando") e che è rubricato "Definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato", sancisce che «se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

nel Libro II (“Atti”), Titolo II (“Atti e provvedimenti del giudice”), si riferisce ad un dovere d’ufficio del giudice che può sorgere in ogni stato e grado del processo (non, quindi, in sede di indagini preliminari). La non punibilità sopravviene quando il fatto non sussiste, l’imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, o ancora quando il reato è estinto o manca una condizione di procedibilità.

Considerata una norma volta ad adempiere allo stesso tempo al principio di massima semplificazione del processo ed a quello della sua celerità, essa prevede, quali eventi che impediscono la prosecuzione del *processo*, sia cause attinenti al merito, sia cause attinenti al rito, raggruppandole tutte sotto la dicitura di “cause di non punibilità”.

L’operazione mentale più scontata è quella di far rientrare la improcedibilità di cui all’art. 344 *bis* in quella improcedibilità che è causa di non punibilità ai sensi dell’art. 129, 1° comma.

Tuttavia, non si tratta di un rimando del tutto corretto: invero, la improcedibilità introdotta con la Legge 134/2021, non si riferisce ad un atto di volontà di un determinato soggetto; inoltre, la improcedibilità di cui all’art. 344 *bis*, pur attenendo al rito ed impedendo che si proceda con la sentenza di merito, non preclude l’operatività del principio del *ne bis in idem*. Tale ultimo aspetto è confermato dal dato testuale, posto che la Riforma Cartabia non ha previsto la modifica dell’art. 345 c.p.p. (che prevede, appunto che la sopravvenienza successiva della possibilità di procedere non impedisce lo svolgimento del processo nei confronti della medesima persona per il medesimo fatto), ma è anche comprovato da un dato logico: il tempo fluisce in un’unica direzione e, una volta trascorso, non è possibile tornare indietro, e, quindi, non è possibile che emerga un fattore che dimostri che in realtà non era ancora decorso quel lasso di tempo tale per cui non è più legittimo a che si proceda.

Si incorre in un paradosso?

Se non in un paradosso, quantomeno in una difficoltà interpretativa.

L’effetto della improcedibilità di cui all’art. 344 *bis* è lo stesso di quando si accerta la estinzione di un reato per prescrizione. Non si può più tornare indietro.

Altro aspetto da tenere in conto, è che la improcedibilità rientra tra le cause di non punibilità. La prescrizione è a sua volta una causa di non punibilità.

Circa il rapporto tra condizioni di punibilità e condizioni di procedibilità, è ora opinione abbastanza consolidata che le prime costituiscano un settore più ampio del secondo, conglobandolo.

Nel linguaggio comune si distinguono le condizioni di punibilità in intrinseche ed estrinseche, a seconda della loro posizione rispetto al fatto di reato. Tuttavia, soltanto le prime sono condizioni di punibilità a tutto tondo; le secondo rappresentano le condizioni di procedibilità.³³⁰

Ciononostante, un nesso tra questi due gruppi c'è: questi si collocano a formare dei centri concentrici; se considerate in generale, pertanto, le condizioni di punibilità presentano un carattere ambiguo che si colloca a metà tra la sfera interna al reato e a quella esterna. Rispettivamente, al loro venire in essere conseguiranno o sentenze processuali, oppure sentenze di assoluzione, ma non necessariamente con valore di merito: tale ricostruzione è utile soprattutto a voler considerare condizione di punibilità la improcedibilità introdotta da Cartabia: sono anch'esse condizioni che comportano assoluzione, ma non strettamente di merito. In che senso? Nel senso inedito per cui il proscioglimento ha carattere procedurale, eppure l'impatto non si limita a stare all'esterno del reato, bensì fa valere i suoi riverberi sul reato, senza penetrarne la struttura (si ricordi che queste condizioni di punibilità sono estrinseche, in quanto attinenti alla procedibilità) e però lasciando intendere che – anche solo per mere motivazioni logiche – qui sarebbe opportuna l'operatività del principio del *ne bis in idem*.

Questa soluzione pare la più utile tra tante, dal momento che si presta ad interpretazioni flessibili: ad esempio, non si fossilizza sullo schematico di alcuni studiosi, per cui le condizioni di punibilità sono sempre solo di merito, quelle di procedibilità sempre solo di rito. Invero, quelle di punibilità non è detto che siano soltanto di merito: tale conclusione è ancora più accettabile se se ne nota la compatibilità con quella parte di giurisprudenza che arriva ad attribuire persino ad alcune delle sentenze *ex art. 530 c.p.p.*, “sentenza di assoluzione”, natura processuale. È l'ipotesi di cui al comma 1 “non punibile per un'altra ragione”: la maggioranza riconduce a questa ipotesi la pronuncia di una sentenza di rito.

³³⁰ V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena nelle condizioni obiettive di punibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 290 ss.

A volersi ostinare a dare una definizione teorica che valga una volta per tutte, si potrebbe considerare quella che enuclea due equazioni univoche, per cui le condizioni obiettive di punibilità sono partecipazioni del dovere sostanziale di punire, le condizioni di procedibilità espressioni del dovere di procedere.

Nondimeno, tali definizioni, per quanto utili sul piano definitorio, non risolvono il problema, ma solo lo traslitterano: resta problema di distinguere dovere di punire da dovere di procedere.³³¹

Del resto, non mancano nemmeno giuristi ostili in ogni punto circa la denominazione di “improcedibilità” della conseguenza del non poter procedere *ex art. 344 bis c.p.p.*, poiché restano del parere più tradizionale per cui le condizioni di procedibilità restano riferibili solo a ipotesi caratteristiche di reato, soprattutto in ragione della tipologia o modalità di questo. Parlare di improcedibilità quando viene meno l’interesse persecutorio nei confronti del reato non è altro che una “frode delle etichette”, una duplicazione indebita che fa credere a un istituto diverso, ma che in realtà è il medesimo, solo cambia di nome. Occorrerebbe, dunque, il rasoio di Okham che dimezzi gli enti e ci preservi dal pericolo di vedere nel decorso del tempo una nuova causa di improcedibilità.³³²

Se la prescrizione e la improcedibilità di cui all’art. 344 *bis* producono lo stesso effetto, allora esse avranno stessa natura. È questa natura processuale? La improcedibilità è, per definizione, una causa di non punibilità di carattere procedurale. Quindi la prescrizione ha natura processuale? O, addirittura, quella nuova improcedibilità introdotta da Cartabia è, in realtà, una prescrizione celata sotto altro nome?

Anche a voler ritenere vero che la prescrizione abbia natura processuale, emergono dubbi su vari fronti.

Innanzitutto, il fatto che si tratti di una improcedibilità diversa da quella di cui agli articoli su querela, istanza etc., dimostra che la scelta terminologica attiene più al versante politico che giuridico.

In secundis, anche a voler dire che è improcedibilità a tutto tondo e che nulla ha a che vedere con la prescrizione, è una improcedibilità un po’ strana: lascia salvo il *ne bis*

³³¹ V.N. D’ASCOLA, *Reato e pena*, pp. 295 ss.

³³² A scagliarsi contro chi erige il *tempori cedere post factum patratum* a motivo ulteriore di non potersi procedere è, tra gli altri, P. FERRUA, *La singolare vicenda*, cit., p. 15.

in idem e chiude definitivamente la possibilità che si proceda per quel fatto contro quella persona.

Non è sentenza di pieno proscioglimento nel merito, tuttavia si comporta come tale.

Pertinente in proposito la dottrina tedesca. Parla di prescrizione della perseguibilità e come tale incide sul reato, manifesta suoi riflessi sul reato.

Segue un ulteriore passaggio: le cause di non punibilità attengono sia al rito che al merito? Se sì, la improcedibilità dove si colloca?

La risposta alla domanda è positiva. La improcedibilità che si riferisce a querela, istanza, richiesta di procedimento e autorizzazione a procedere opera nel rito. La improcedibilità in qualità di riflesso della prescrizione opera di fatto nel merito. Ma non perché il reato si estingua in senso letterale, bensì soltanto figurato. Così almeno lo interpretano i sostenitori della tesi mista tedesca.

Ciò conferma che prescrizione del reato è mista sia nella struttura sia in ciascuno dei suoi elementi, con conseguenti riverberi sugli effetti: è mista nel senso che il *Grund* è prevalentemente sostanziale, la *Wirkung* prevalentemente processuale. Tuttavia, sia *Grund* che *Wirkung* presentano aspetti un po' sostanziali e un po' processuali.

Inoltre, tale natura mista emerge anche in base a quando viene in essere la causa di estinzione del reato. Nel caso della improcedibilità di cui all'art. 344 *bis*, rileva soprattutto il dato processuale.

Effettuata questa digressione particolarmente dettagliata, si può allora concludere che è possibile leggere la prescrizione del reato in qualità di requisito negativo ai fini della applicazione della pena: il non verificarsi della prescrizione è condizione (in negativo) di punibilità. In questo essa sarebbe molto simile alla *Verjährung* tedesca, la cui assenza è condizione negativa di applicazione della sanzione. È il c.d. *Nichteintritt der Verjährung*, il non intervento della prescrizione, ovvero la sua assenza.³³³

Inoltre, si vedano riflessi che essa ha pure sulla ragionevole durata del processo e sua semplificazione.

³³³ Il fatto che l'intervento della prescrizione abbia valore di requisito negativo ai fini della applicazione della sanzione penale è segnaletico del valore in positivo che assume la prescrizione nell'ipotesi in cui essa giunga a maturazione. Si rinvia pertanto al Capitolo 2, nella parte in cui non solo si dimostrava il valore prevalentemente positivo-rieducativo della prescrizione, ma anzi si assurgeva tale dimostrazione a fondamento della incompatibilità della ratio della prescrizione del reato con il principio della ragionevole durata del processo.

La natura mista è una soluzione che accorda poi anche opinioni discordanti in tema di prescrizione se si considera che dottrina e giurisprudenza sono spaccate al loro interno anche circa l'essenza da dare alle sentenze che vengono emanate ai sensi del 129, 2. Per non parlare poi degli argomenti opposti – ma egualmente fondati – di sostanzialisti e processualisti circa la determinazione della natura della prescrizione in base alla salvezza dell'art. 129, 2 nel contesto di cui all'art. 531, 1 c.p.p.

5. I problemi continuano: come adattare discipline contigue con vigenza a breve distanza l'una dall'altra? Questioni di diritto intertemporale e di disciplina transitoria.

La natura della prescrizione è fondamentale per stabilire il regime temporale da adottare.

Le difficoltà emergono su diversi fronti, a partire dal fatto che, nell'arco di meno di vent'anni, si alternarono numerose modifiche con rispettive entrate in vigore talora molto ravvicinate.³³⁴

L'interpretazione migliore è quella che si risolve per una applicazione del contenuto della Legge 134/2021 con effetto retroattivo per così dire “mitigato”.

Questa conclusione non è scontata e richiede l'analisi accurata di tutti i passaggi che inducono a ritenere che sia proprio così.

Il ragionamento è ancora una volta sillogistico-deduttivo, dall'altro verso il basso, ossia dal generale al particolare: poste premesse di portata universale, invero, si approderà ad un risultato del tutto compatibile con la nostra situazione particolare, dimostrando attraverso i passaggi intermedi come i prodromi della nostra riflessione siano utilmente declinabili in vista del nostro interesse.

Partendo da preamboli comuni, si evidenziano problemi di metodo complessivamente condivise dalle questioni di diritto intertemporale e regime transitorio.

³³⁴ La Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. “ex Cirielli”), entrò in vigore dall'8 dicembre 2005; la Legge 23 giugno 2017, n. 103 (Riforma Orlando), entrò in vigore dal 3 agosto 2019; questa si rese responsabile di una novità: l'espressa previsione della applicazione della nuova disciplina sulla prescrizione soltanto ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma; la Legge 3 gennaio 2019, n. 3, in vigore dal 1° gennaio 2020 (Riforma Bonafede, nel contesto della c.d. “legge Spazzacorrotti”); infine la Legge di delega del 27 settembre 2021, n. 134, che è in vigore dal 19 ottobre del 2021.

5.1 Problematiche generali.

Le riforme di diritto penale comportano, più delle riforme di altri settori giuridici, una serie di difficoltà interpretative sul fronte della retroattività, nascenti dallo scollamento della disciplina da applicare, che cambia a seconda che si tratti di norme penali sostanziali o penali procedurali; *in secundis*, vi è la problematica di stabilire quali fattispecie si sono del tutto concluse nel passato e quali no.

Esse, poi, presentano nodi ancora più ardui da districare laddove le riforme abbiano ad oggetto la prescrizione (in generale, del reato in particolare).

È abbastanza rapido venire a capo del secondo aspetto, quello attinente alla difficoltà di individuare il *tempus consumati delicti* ai fini della determinazione delle fattispecie esaurite prima che una nuova legge venga emanata: basta rifarsi alle conclusioni già elaborate nei capitoli precedenti, ove si è cercato di dimostrare come il criterio migliore per dire se un reato è effettivamente concluso è quello codificato dallo *Strafgesetzbuch*, che parla di reato *beendet*. La massima si riferisce precipuamente al caso della prescrizione, onde individuarne il *dies a quo*; esso è particolarmente significativo pure in ambito italiano, poiché rappresenta un criterio valido per scindere tra quei reati anteriori alla riforma già conclusi in tutto e per tutto e quelli invece che sono ancora soltanto *vollendet*, rispetto ai quali – di conseguenza – è ammissibile «l'applicazione della norma sfavorevole sopravvenuta prima dell'esaurimento definitivo dell'attività illecita».³³⁵

Ad esempio, il problema si presenta per i reati di evento: qui vi è lo scollamento tra il momento in cui l'azione criminosa viene posta in essere e quello in cui il reato è anche giuridicamente perfetto, ergo consumato. La giurisprudenza maggioritaria è fedele all'orientamento per cui, in queste situazioni, è da applicare il diritto vigente al momento della verifica dell'evento, poiché è quello l'istante in cui il reato è consumato, ossia *beendet*.³³⁶

La tematica della retroattività è ancora più complessa laddove non sia nota *ex ante* la natura sostanziale o rituale delle disposizioni coinvolte. Ciò avviene segnatamente nel caso della prescrizione penale, al punto che si verifica il percorso opposto: ossia l'essenza

³³⁵ L. PISTORELLI, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 42.

³³⁶ Tra le pronunce più note si vedano Cass., Sez. I, 8 marzo 2000, Fazio, in *CED Cass.*, n. 215824; Cass., Sez. II, 8 febbraio 1996, p.m. in c. Oliva, in *Arch. n. proc. pen.*, p. 732, Cass., Sez. I, 5 luglio 1994, Bontempo Scavo, in *CED Cass.*, n. 199274.

della prescrizione medesima viene spesso dedotta proprio dalla disciplina ad essa accordata dalle varie riforme che si succedono nel tempo.

L'altro fronte su cui si sfidano le problematiche poste dalla disciplina della prescrizione riguarda, come anticipato, la scomposizione della *ratio* sottesa alla applicazione retroattiva delle riforme penali, dal momento che la disciplina varia in dipendenza della natura di queste ultime.

Se il contenuto è sostanziale, allora vige il principio del divieto assoluto di retroattività della legge meno favorevole al reo (art. 25, 2 Cost., principio di legalità penale sostanziale); nel caso di norme processuali, invece, manca la costituzionalizzazione di un divieto analogo, con la conseguenza che non si esclude che pure le norme più sfavorevoli al reo possano intervenire sui rapporti anteriori con efficacia *ex tunc* (l'art. 111 Cost. dice solo che *la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*).

Tale regola molto lineare entra in crisi ove si parli di prescrizione: di essa, invero, non è chiara la natura e, di rimbalzo, non vi è una visione comune nemmeno sull'effetto da assegnare alle variazioni legislative ad essa pertinenti. Invero, se da un lato, per poter ammettere modifiche normative dell'istituto, sarebbe opportuno avere *ex ante* chiara l'essenza (sostanziale o processuale) del decorso del tempo, dall'altro, invece, è proprio dai numerosi interventi normativi che si possono trarre conclusioni che aiutano ad orientarsi nel caos procurato dalle interpretazioni discordanti di questo istituto.

5.2 Vicende anteriori alla Legge 134/2021.

L'esempio più adatto ci è fornito proprio dalla Legge di delega n. 134/2021, la quale, introducendo la improcedibilità quale conseguenza del decorso del tempo oltre un certo limite, sembra voler imprimere alla prescrizione natura processuale.

Cionondimeno, prima di applicare il contenuto della Riforma Cartabia, è opportuno ricorrere ad alcuni riferimenti consolidati che assicurano di scansare il rischio di equivoci circa gli effetti della (ir)retroattività delle sue disposizioni.

Naturalmente, ci si riferisce alla giurisprudenza di legittimità, la quale si basò sempre sul principio di ragionevolezza quale cardine fondamentale. Ad ogni modo, si

vedrà come le pronunce della Corte Costituzionale, per quanto godano necessariamente di un certo rispetto, non vadano esenti da critiche; tuttavia, restano comunque delle sfaccettature del metodo (da essa adottato) che è bene conservare, in quanto espressive della relatività della essenza del diritto penale e, specificatamente, del *tempori cedere* prescrizione.

Ci si riferisce all'approccio comparativistico di cui la Corte si servì per dare una qualche consistenza al parametro di ragionevolezza che essa voleva porre alla base delle proprie argomentazioni circa la retroattività o meno dell'art. 6 della "ex Cirielli". Si trattò di un evento più unico che raro, dal momento che influì su tutto l'ammontare interpretativo che, negli anni successivi, si fece strada per sciogliere il nodo del regime transitorio di volta in volta da applicare in presenza di successione cronologica di leggi penali.

Prima di recuperare e "riciclare" a nostro vantaggio le determinazioni della Corte, occorre premettere che essa si mantenne sempre costante nell'attribuire alla prescrizione del reato valore sostanziale.

Non mancarono delle oscillazioni, che fecero dubitare di uno sbilanciamento in favore della interpretazione processualistica dell'istituto; d'altronde, furono soltanto sbilanciamenti passeggeri e poco significativi.³³⁷ Queste pronunce di essenza "processualista" non vanno tenute nemmeno troppo in considerazione dato che, non solo vennero smentite dal successivo contegno della Corte – costantemente fedele alla sua lettura in chiave sostanzialista – ma nientemeno, in alcuni, casi l'oggetto su cui si pronunciò la Corte esulava significativamente dalle relative questioni sollevate.³³⁸

Merita di considerazione, all'incontro, quel caso cui si accennava *supra*, ovvero la pronuncia della Corte Costituzionale relativamente alla (ir)retroattività dell'art. 6 della

³³⁷ Caso esemplare quello in cui ci si interrogò sulla retroattività della legge che disponesse termini prescrizionali più lunghi (tradotto, "più sfavorevoli") per l'imputato. La Corte Costituzionale accordò la retroattività della riformulazione *in peius* delle norme relative alle tempistiche prescrizionali, riconoscendo ad esse natura procedurale (Corte Cost., 13-17 dicembre 1999, n. 452, in *Giur. cost.*, 1999, 3890); tale prolungamento consisteva nello spostamento dell'interruzione della prescrizione dal momento in cui viene emesso decreto di citazione a giudizio a quello in cui l'imputato ne viene a conoscenza mediante notificazione.

³³⁸ Sempre nella pronuncia del '99, ad esempio, la Corte rigettò la questione ritenendo ingiustificato che l'imputato contasse sull'estinzione del reato per prescrizione, con conseguente salvezza dei principî di cui agli artt. 3 e 24 della Carta costituzionale (diritto di eguaglianza e diritto di difesa): in realtà, il tema del quesito era ben diverso e lamentava la violazione congiunta di quei due principî sul presupposto che il reo avesse diritto a un processo giusto e celere, senza divenire vittima dell'allungamento dei tempi processuali a causa dell'inerzia della macchina giudiziaria. Di avviso contrario alla lettura offerta dalla Consulta era, invece, la Corte di Cassazione.

Legge 251/2005 (“ex Cirielli”), il quale (come già visto) impostava un regime più favorevole al reo.³³⁹

A tal fine occorre porre l’attenzione sui commi 2 e 3 dell’art. 10 *ex* Legge 251/2005, disposizione che costituì il reale oggetto della questione di legittimità. Esso sancisce un regime temporale *ad hoc* per i procedimenti penali pendenti, racchiudendo un regime differenziato. Esso pone da un lato la (nuova per l’epoca) disciplina della prescrizione, dall’altro le modifiche di tutti gli altri istituti: rispettivamente, si hanno un apposito regime transitorio per la prima, un esiguo rinvio all’art. 2 c.p.³⁴⁰ per le seconde.³⁴¹ Il testo dei suddetti commi prevede che «ferme restando le disposizioni dell’articolo 2 c.p. quanto alle altre norme della presente legge, le disposizioni dell’articolo 6 non si applicano ai procedimenti e ai processi in corso se i nuovi termini di prescrizione risultano più lunghi di quelli previgenti (comma 2).

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, ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla corte di cassazione (comma 3)».

La questione era stata sollevata da quei giudici di merito che ritenevano che il regime temporale³⁴² sancito dall’art. 10, 3 della “ex Cirielli” (fondato su fattori valutativi

³³⁹ Ai sensi dell’art. 10, 3° comma della stessa legge, il regime più favorevole di cui all’art. 6 va esteso a tutti quei procedimenti anteriori pendenti, a patto che di questi non fosse ancora stato dichiarato aperto il dibattimento.

³⁴⁰ Per quanto tenue, il richiamo dell’art. 2 c.p. ne conferma il calibro; per l’approfondimento del ruolo dei principî in esso contemplati si veda G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. p. 257.

³⁴¹ Fu la distinzione nella rispettiva efficacia temporale a permettere l’applicazione contestuale della rinnovata normativa sia in tema di recidiva sia in tema di prescrizione: alcuni erano scettici sulla legittimità di continuare per un certo tempo ad applicare la disciplina previgente in tema di prescrizione, mentre di applicare sin da subito la nuova disciplina sulla recidiva. Altrimenti detto, si dubitava il rispetto del principio di legalità sostanziale (art. 25, 2 Cost. it.) da parte di una legge che disciplinava due istituti contemporaneamente, ma con decorrenze diverse. Ciò non è stato giudicato negativamente da parte della Cassazione (v. Cass. Pen., Sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 6369, in *Responsabilità civile e Previdenza 2017*, 2, p. 599), la quale sottolineò che è la stessa Legge 251/2005 a stabilire che – pur essendo la disciplina della recidiva immediatamente applicabile – il rinnovato contenuto dell’art. 157 c.p. richiede invece anche una valutazione distinta e posteriore (art. 6 L. 251/2005).

³⁴² Da non confondersi le norme di diritto intertemporale con le norme transitorie: stando alle parole O. MAZZA (in *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, cit., p. 91), mentre le prime sono di tipo strumentale e dicono quale tra due leggi successive sia da applicare (la modificata o la modificante), le seconde creano una disciplina propria di diretta applicazione che si distingue da quella delle due norme coinvolte nella successione temporale.

estrinseci al reato, ossia la non apertura del dibattimento) non godesse di giustificazione adeguata, e, quindi, violasse l'art. 3 Cost.³⁴³

La complessità della pronunzia della Corte sta nel fatto che, per rispondere a un quesito su di una norma specifica, essa dovette chiarire altre questioni propedeutiche attinenti alla prescrizione penale. Proprio su queste soffermeremo la nostra attenzione (oltre, poi, anche al dato concernente il metodo adottato dalla Consulta), in quanto significative ai fini della individuazione di un regime di massima da applicare in presenza di norme modificative della prescrizione penale.³⁴⁴

Per poter dire, infatti, se fosse ammissibile la applicazione retroattiva dell'art. 6 ex L. 251/2005, la Corte dovette, *in primis*, definire la natura della prescrizione, e, quindi, stabilire se essa fosse soggetta o meno alla portata dell'art. 25, 2 Cost.

Circa la natura, la Corte Costituzionale continuò sulla linea della natura sostanziale della prescrizione del reato. In riferimento all'art. 25, 2, invece, promosse una interpretazione alquanto elastica, concludendo che il principio di legalità sostanziale pone il divieto radicale di retroattività della legge penale modificativa *in peius*, ma ciò non precludere l'applicazione retroattiva della legge modificativa *in melius*. Di conseguenza, l'art. 2, comma 4° c.p., richiamato dalla stessa Legge 251/2005, ammette deroghe in quanto il suo contenuto si trova soltanto in una legge di rango primario e non costituzionale. Esso sancisce «che se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

Mettendo insieme queste regole la Corte Costituzionale concluse che la deroga alla retroattività ex art. 25, 2 Cost. è ammissibile a patto che la *lex mitior* intervenga a tutelare interessi di rango non inferiore a quelli tutelati dalla legge precedenti: la

³⁴³ Parte della giurisprudenza di merito, infatti, era perplessa dinanzi a tale criterio poiché esso faceva dipendere il regime transitorio non da una valutazione del fatto (e, quindi, non dal conseguente trattamento sanzionatorio), bensì da fattori esterni al fatto, in quanto afferenti alle fasi della vicenda processuale. Così Trib. Perugia, Sez. Gubbio, 12 dicembre 2005, in *Il merito*, 2006, fasc. 2, 59, con nota di TARTAGLIA POLCINI, *Prescrizione dei reati ed aspetti di diritto intertemporale*; Trib. Paola, Sez. Scalea, 12 dicembre 2005, in *Dir. e Giust.*, 2006, fasc. 1, 44, con nota di BELTRANI, *Prescrizione, la quesitone è infondata. Perché la Corte dirà di no. Ma resta il noto dei reati continuati*; Trib. Salerno, Sez. Cava de' Tirreni, 24 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, II, p. 141; Trib. Bari, 23 dicembre 2005, in *Foro it.*, 2006, II, p. 142.

³⁴⁴ Sulle modifiche apportate dal legislatore del 2005 alla disciplina della prescrizione, v. D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 221; F. GIUNTA, *Commento all'art. 6, l. 05-12-2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 419.

retroattività della legge penale più favorevole è possibile a patto che essa sia fondata sulla ragionevolezza.³⁴⁵

Fatte queste conclusioni, la disposizione di cui all'art. 6 della "ex Cirielli", è tale per cui – prevedendo un regime più favorevole – è ragionevole che venga applicata retroattivamente coi limiti di cui all'art. 10, 3? Secondo la Consulta no, perché l'apertura del dibattimento non viene considerata un motivo valido a giustificare la irretroattività dell'art. 6 della L. Cirielli rispetto ai procedimenti di primo grado dei quali sia stato dichiarato aperto il dibattimento.³⁴⁶

Altrimenti detto, dato che il principio del *favor rei ex art. 2, 4° comma c.p.* si applica a tutte le norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato, venne decretato ammissibile il contenuto dell'art. 10 della "ex Cirielli" in cui sancisce la retroattività della norma che riduce i termini di prescrizione, tuttavia con dichiarazione di incostituzionalità laddove si escludano i processi pendenti in primo grado alla data della sua entrata in vigore, nel caso in cui sia intervenuta l'apertura del dibattimento, poiché la norma utilizza quale criterio di applicazione della nuova disciplina un momento (l'apertura del dibattimento) che, da un lato non è indefettibile, dall'altro non è incluso fra gli atti indicati come rilevanti dall'art. 160 c.p. ai fini della prescrizione.

Di idea contraria è la Corte di Cassazione, secondo la quale, invece, il regime intertemporale dettato dai commi 2 e 3 dell'art. 10 della "ex Cirielli" è in tutto e per tutto concorde con il principio di eguaglianza e con la regola della retroattività *in melius* della legge penale nel rispetto degli artt. 25, 2 Cost. e 2, comma 4 c.p.³⁴⁷ Tuttavia, si può

³⁴⁵ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 402.

³⁴⁶ Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (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), limitatamente alle parole *dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché*»; si veda il passaggio già richiamato in nota al Capitolo 2, E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, nota alla sentenza della Corte cost. n. 393/2006, in *Cass. pen.*, 2017, p. 419.

³⁴⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 12 dicembre 2005, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 3, 57 ss., con nota di MARZADURI, *Decisione giusta, ma con ragioni diverse*.

Si aggiungono a quella del 2005 anche le pronunce di Cass. Pen, Sez. II, 15 febbraio 2007 e Cass. Pen, Sez. V, 20 novembre 2007; pure queste sono orientate nel senso della manifesta infondatezza di ogni questione relativa alla dedotta illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3 della legge del 2005; in queste occasioni la Suprema corte ripete a sua volta quanto già detto dalla Corte Cost., ossia che la norma transitoria di cui al 10, 3 – così come interpretata dalla Corte Cost. – ha individuato ragionevolmente quale limite alla efficacia retroattiva *lex mitior* l'intervento della sentenza di primo grado.

obiettare che attualmente nell'ordinamento italiano, sulla scia di quanto avviene a livello internazionale e comunitario ed alle mutazioni di quest'ultimo, si prevede la applicazione generalizzata della retroattività della legge più favorevole, con la sola eccezione dei casi di cui all'art. 2 comma 5 del c.p., che non include nel regime dei primi quattro commi dell'art. 2 c.p. le leggi eccezionali o temporanee.³⁴⁸

Tale tendenza è, del resto, in linea proprio con i passaggi logici messi a punto dalla Consulta: una metodologia multidisciplinare, che vede coinvolto il diritto interno, ma anche quello internazionale e comunitario. Uno svolgimento del problema a tutto tondo, che mette in vista l'approccio relativistico necessario a decifrare le sfide giuridiche, in special modo se penalistiche.

Il caso Cirielli è di notevole interesse anche per almeno altri due motivi. Innanzitutto, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, 3 venne sollevata nuovamente dai giudici di merito, sospettata di violare gli artt. 3, 10, commi 2 e 11 della Costituzione nella parte in cui esclude che si possa applicare la nuova disciplina modificativa *in melius* anche ai processi pendenti dinanzi alla Corte d'appello; in tal caso, però, la Consulta, proprio richiamando la pronuncia di poco più di un anno anteriore, negò che in quella circostanza fosse da ritenersi non manifestamente infondata la nuova questione sollevata dai Tribunali locali, e quindi non ritenne incostituzionale quella parte del dettato del comma 3 dell'art. 10 della "ex Cirielli".³⁴⁹

Dopodiché si rammentano quelle pronunce che riguardarono il secondo dei problemi tipicamente coinvolgenti la applicazione delle nuove leggi modificative della disciplina della prescrizione, ossia quello attinente alla individuazione del momento della consumazione del reato, così da poter suddividere tra reati ai quali fosse applicabile la nuova disciplina e quelli invece ai quali no in quanto non ancora verificatisi *in toto* (cui si aggiungeva, appunto, che per le fattispecie del tutto perfezionatesi bisognava ulteriormente distinguere tra quelle il cui processo era del tutto esaurito e quelle invece ancora pendenti *sub iudice*, con il discrimine dell'apertura del dibattimento indicato dal

Qualche anno dopo si ha una pronuncia delle Sezioni Unite, volta a dirimere un ulteriore contrasto giurisprudenziale in tema di operatività delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione, chiarendo che la normativa più favorevole non si applica in appello anche nel caso di assoluzione in primo grado (v. Cass., Sezz. Un., 24 aprile 2012).

Nonostante il valore di queste pronunce, non mancano opinioni contrastanti della dottrina; v. ad esempio, G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, p. 402.

³⁴⁸ E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, pp. 436-437.

³⁴⁹ Per le motivazioni di questa decisione, si rinvia a Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 72.

succitato art. 10, 3° comma). La Legge “ex Cirielli”, infatti, fece coincidere il *dies a quo* della prescrizione dei reati di usura con il momento della effettiva corresponsione degli interessi: il reato sarebbe allora consumato, soltanto con l’ultimo atto materiale dell’azione criminosa. Il rischio che si configurò fu che il regime sanzionatorio peggiorativo introdotto dalla “ex Cirielli” venisse applicato retroattivamente a reati di usura che, stando alla riforma, si erano consumati (quindi dovevano restare immuni dalla disciplina modificativa della riforma), ma secondo l’interpretazione tradizionale della Cassazione non si erano ancora del tutto perfezionati, ergo erano assoggettabili al nuovo regime secondo la regola del *tempus regit actum*; si aveva una sorta di duplicazione del momento consumativo.

Quanto riportato si tiene sempre nell’ottica della natura sostanziale della prescrizione del reato e di questo ne è conferma la parziale compressione della retroattività dei termini prescrizionali più brevi. Per le norme di carattere procedurale, invece, non si seguirono i criteri appena illustrati, bensì quello tradizionale del *tempus regit actum*: esso costituisce un «principio selettivo della successione delle norme processuali, in virtù del quale la validità di un atto è regolata dalla legge vigente al momento della sua formazione, restando lo *jus superveniens* ininfluenza, a prescindere dal suo contenuto migliorativo o peggiorativo nei confronti del reo».³⁵⁰

Anche in termini di applicazione della massima del *tempus regit actum* vi sono schieramenti diversi, a seconda che si ritenga più coerente applicarlo in toto o con debiti temperamenti sempre informati al postulato di ragionevolezza.

Viceversa, non mancarono autori tradizionalmente favorevoli alla piena applicazione dell’art. 2 c.p. anche alle norme processuali.³⁵¹ Secondo questo orientamento, il testo *ex* 3° comma non esclude che tale regola si applichi pure alle norme processuali: infatti, se così fosse, il testo verosimilmente lo specificherebbe, sancendo che «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori puniscano un fatto in misura diversa, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo» (anziché prevedere quanto è attualmente contenuto nel comma 3, ossia che, «se la legge del tempo in cui fu commesso

³⁵⁰ Così si esprime R.M. Geraci che riprende le parole di O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*.

³⁵¹ Ad esempio, per quanto anteriore, in tale direzione si trova il pensiero autorevole di F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Roma, 1950, p. 195 ss.; ID., *Il ricorso in cassazione contro le sentenze dell’Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 80 ss.

il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo»).

I sostenitori dell'orientamento contrario, invece, evidenziano che l'art. 2 c.p., utilizzando la dicitura "tempo del commesso reato", esprime la volontà del legislatore ordinario di limitare l'applicazione del suo contenuto soltanto alle norme sostanziali.³⁵²

Vanno poi rammentati ulteriori interventi significativi: vi sono autori che tentarono di argomentare la retroattività della legge processuale penale più favorevole ex art. 25, 2 Cost.: un corollario, dunque, del principio di legalità della legge penale. Di conseguenza, la irretroattività della legge penale sfavorevole includerebbe pure la irretroattività delle norme penali processuali sfavorevoli «se è vero che si è puniti in forza di una legge non soltanto con riferimento al Titolo per cui si è puniti ma altresì alle modalità del procedimento con cui le ragioni della punibilità sono accertate e la pena è irrogata e applicata».³⁵³

In realtà, diversi sono gli autori che non condividono tale estensione del contenuto dell'art. 25, 2 Cost. e che ritengono fermamente che – anche ammettendo la sua estensibilità alle norme processuali – non si possa ammettere pure la retroattività della legge più favorevole.³⁵⁴ La Corte Costituzionale ha addirittura affermato più volte che la irretroattività ex art. 25, 2 Cost. è limitato alle norme sostanziali.³⁵⁵

Questo *excursus* volto a sviscerare il metodo per individuare quale sia la norma da applicare in ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, modificative, sostanziali o processuali, migliorative o peggiorative è esemplare per cercare di stabilire il regime che si deve riconoscere attualmente alle novità introdotte dalla Riforma Cartabia. Invero, soprattutto per quanto concerne la disciplina della prescrizione, è vero – come già ricordato – un paradosso: ossia che, non avendo chiare a monte la natura dell'istituto che

³⁵² Tra loro si ricordi G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 162 ss.; ID., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2000, p. 23.

³⁵³ E. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 215; di idea contraria invece è invece A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, P.te gen.*, Milano, 1996, p. 123.

³⁵⁴ G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, cit., p. 167; F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 24, nota 11, che sottolinea: «non si capisce... come dal principio di irretroattività della legge sfavorevole si possa dedurre quello, logicamente indipendente, di retroattività della legge favorevole».

³⁵⁵ Corte Cost., sent. 25 luglio 1995, n. 376, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2758; sent. 24 gennaio 1989, n. 19, 1989, I, p. 122; sent. 14 marzo 1984, n. 68, 1984, I, p. 484; sent. 28 luglio 1976, n. 194, 1974, p. 1226; sent. 9 marzo 1967, n. 23, 1967, p. 189.

si vuole modificare, si finisce con l'attribuire a questo l'essenza che meglio si adatta alle norme che lo riformano.

È proprio ciò che accade con Cartabia: si fa strada la possibilità che la prescrizione sia accostabile alle condizioni di procedibilità, e, allora, che essa abbia natura processuale, o quantomeno mista.

Conformemente all'obiettivo della trattazione, si cercherà ora di mettere in risalto gli elementi che permettono di applicare questi principî anche alla più recente riforma, con tutto quel che ne consegue circa la possibilità di giungere a conclusioni sulla natura della prescrizione del reato che siano verosimili e coerenti con la logica del ragionamento sin qui condotto.

5.3 La Riforma Cartabia: portata temporale e co-implicazione di questa con la natura "mista" della prescrizione del reato.

Ragionando in maniera sillogistica, in esito all'analisi avente ad oggetto il caso peculiare della "ex Cirielli", emerge che se vi è questa stretta e irrinunciabile correlazione fra successione di leggi penali nel tempo e prescrizione; se tale correlazione emerge sia in sede di riforma delle norme sostanziali sia in via processuale; allora è comprovato l'impatto duplice della prescrizione, sia a livello di diritto penale materiale che di diritto penale di rito.

Nonostante le conclusioni di cui ai paragrafi precedenti godano del valore conferito loro a livello costituzionale, è necessario comunque riflettere sulle disposizioni introdotte dalla riforma medesima, inde sincerarsi dell'effettivo impatto "misto" che l'istituto e le norme che lo riguardano hanno sul diritto previgente.

Vanno letti a tal proposito i commi 3, 4 e 5 dell'art. 2 della Legge 134/2021, che recitano rispettivamente:

«3. Le disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo si applicano ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020.

4. Per i procedimenti di cui al comma 3 nei quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano già pervenuti al giudice di appello o alla corte di cassazione gli atti

trasmessi ai sensi dell'articolo 590 del codice di procedura penale, i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344 *bis* del codice di procedura penale decorrono dalla data di entrata in vigore della presente legge.³⁵⁶

5. Nei procedimenti di cui al comma 3 nei quali l'impugnazione è proposta entro la data del 31 dicembre 2024, i termini previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 344 *bis* del codice di procedura penale sono, rispettivamente, di tre anni per il giudizio di appello e di un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione. Gli stessi termini si applicano nei giudizi conseguenti ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024. In caso di pluralità di impugnazioni, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo».

Si ricordi che la Riforma Orlando entrò in vigore solo il 3 agosto 2019, mentre la Bonafede il 1° gennaio del 2020. La Riforma Cartabia, rispetto al suo art. 2, invece, vige dal 19 ottobre del 2021 e si applica a partire dai reati commessi dal 1° gennaio 2020: la Riforma Bonafede cade completamente, mentre per una sottilissima fetta di crimini commessi tra il 3 di agosto del 2019 e il 1° gennaio 2020 si applica il regime di cui alla Legge 103/2019, c.d. "Riforma Orlando".

Le norme *ex* Legge 134/2021 producono, evidentemente, una incidenza *ex tunc*, stante il loro carattere processuale, ergo non sottoposto all'insindacabile principio di legalità sostanziale di cui all'art. 25, 2 Cost. Ciononostante, a leggere bene i commi da 3 e 5 dell'art. 2 di questa legge (i commi immediatamente successivi a quelli includenti il dettaglio della riforma testuale della legge penale sostanziale e processuale), si notano delle attenuazioni atte a mitigare la retroattività delle previsioni del Ministro Cartabia: una retroattività "mitigata" in quanto essa si riferisce soltanto ai reati commessi dopo il 31 dicembre 2019,³⁵⁷ mitigata poi anche perché rispetto a questi reati, se l'impugnazione avviene entro il 31 dicembre 2024, allora è ammesso un prolungamento dei termini che il comma 2 dell'art. 2 *ex* Legge 134/2021 pone quale limite oltre il quale l'azione penale non può più essere esercitata.

³⁵⁶ L'art. 590 è rubricato "Trasmissione di atti inseguito all'impugnazione", è collocato nel Titolo I ("Disposizioni generali") del Libro IX ("Impugnazioni") e recita: «1. Al giudice della impugnazione sono trasmessi senza ritardo il provvedimento impugnato, l'atto di impugnazione e gli atti del procedimento».

³⁵⁷ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, pp. 410 ss. Applicando questo regime, in sostanza Cartabia elimina senza tutto quanto era stato previsto da Bonafede senza lasciare traccia. Ne elimina il dettato normativo e ne sradica la *ratio*.

Tale prolungamento è della metà della durata di cui all'art. 344 *bis* c.p.p.: anziché due anni, in appello se ne avranno tre; anziché un anno, in cassazione se ne avrà uno e sei mesi (art. 2, comma 5 della Legge 134/2021).³⁵⁸

Vi è poi un ulteriore sottoinsieme all'interno dei reati commessi a partire dal 1° gennaio 2020, a seconda che, alla data di entrata in vigore della legge del 2021 (19/10/2021), al giudice dell'impugnazione siano già pervenuti – senza ritardo – il provvedimento impugnato, l'atto di impugnazione e gli atti del procedimento; in caso positivo, il decorso dei termini introdotti dall'art. 2 della Legge 134 non decorre dal momento in cui questi atti pervengono al giudice in fase di gravame, bensì retroagiscono alla data del 19 ottobre del 2021.

Infine, per i reati successivi al 31/12/2019, ma che nessuno impugna entro il 31/12/2024, si applica in tutto e per tutto il contenuto della Riforma Cartabia.

Il fatto che la retroattività sia mitigata, pare un temperamento alla natura esclusivamente processuale della norma *ex art. 344 bis*: sembra che il Legislatore voglia tenerci sull'attenti e dirci che sì, si tratta di una norma dal contenuto processuale, ma non bisogna interpretarlo come qualcosa di assolutamente solo processuale.

Altro argomento, che in un certo senso si collega a questa retroattività “mitigata”: la riforma Cartabia, con norme di carattere procedurale, interviene a modificare anche la legge sostanziale. È ammissibile ciò? Si tratta di qualcosa di strano e forse inedito, tuttavia non per forza qualcosa di inaudito. Ancora una volta, dunque, siamo portati a ritenere che l'unica via d'uscita possibile sia quella di accogliere un approccio relativistico, munito della flessibilità necessaria ad adattare al meglio un istituto che richiede la massima elasticità.

Capitolo 5 – La riforma Cartabia: problemi e prospettive.

1. *Pro e contra* della Legge 134/2021. – 2. L’eredità più importante: la natura mista della prescrizione del reato. – 3. Conclusioni e prospettive per il futuro.

1. *Pro e contra della Legge 134/2021.*

L’epilogo delle riflessioni elaborate porta a intravedere nella Legge di delega del 27 settembre del 2021, n. 134 il caposaldo di una soluzione in senso “misto” della natura della prescrizione del reato.

Sicché è opportuno illustrare i riverberi positivi di questa soluzione, evidenziando l’*an* e il *quantum* dell’influenza della Legge del 2021 sull’ordinamento giuridico penale attuale.

Nonostante le numerose perplessità causate da questa riforma, è bene cogliere, dunque, ciò che essa porta con sé di positivo, servendosi delle sue innovazioni per imprimere una svolta nella riflessione sul nostro sistema penale.

Circa l’*an*, non vi sono dubbi che essa condizioni il passato, il presente, il futuro; circa il *quantum*, occorre invece restare ad osservarne gli svolgimenti di qui in avanti: è molto forte, infatti, la matrice politica di questa riforma, pur nei suoi fini primariamente giuridici.

Un quesito a cui si può già tentare di rispondere è quello invece sul *quomodo*, sulle modalità di recepimento delle novità che essa presenta, ed è pure possibile provare a vedere quali sono le conseguenze che si hanno a seconda che la ricezione della lezione di Cartabia venga assimilata con convinzione o meno.³⁵⁹

Per formulare tali ipotesi, è centrale mettere a confronto la situazione corrente con quelle del passato, nonché effettuare un bilanciamento fra gli aspetti negativi e quelli positivi in seno alla riforma.

Di discutibile vi è che l’utilizzo della voce “improcedibile” allontana dalla *ratio* sottesa all’istituto della prescrizione, il quale, invece, nulla ha a che vedere con la improcedibilità che siamo abituati a conoscere nel diritto penale processuale.

³⁵⁹ Si tenga sempre presente che tale Riforma è solo in parte immediatamente precettiva; invero, come ripetuto più volte, la prima parte della Legge 134/2021 contiene l’esplicita delega al Governo a legiferare adottando appositi decreti legislativi. Il 10 ottobre 2022 sono stati sottoscritti dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, i tre decreti attuativi della Riforma della Giustizia messa a punto dal Guardasigilli Cartabia; tra questi il decreto attuativo della Legge 134/2021.

In aggiunta, si rammenta che l'obiettivo principale della Legge 134/2021 è di incrementare le garanzie del giusto processo, intervenendo per salvaguardarne la ragionevole durata. Anche da questo punto di vista non mancano le esitazioni e il fronte è duplice: innanzitutto, è conclamata l'eventualità che una equilibrata durata del processo venga disattesa, visti i numerosi differimenti dei termini di cui ai commi 1 e 3 del 344 *bis* che la legge ammette. Per di più, oltre al fatto che l'obiettivo sancito *de iure* viene *de facto* vanificato a causa di queste proroghe, si tratta di una previsione che lascia comunque spazi aperti, dal momento che accosta la improcedibilità alla funzione di garantire la ragionevole durata del processo: tuttavia, è evidente la incoerenza che in ciò si annida, giacché tale improcedibilità consiste, in realtà, in una prescrizione, la quale viene pensata erroneamente ai fini del giusto processo, finendo così con l'allontanarsi dagli scopi (speculari) rieducativi e general-preventivi della pena.

Tutte queste caratteristiche negative sono il risultato di scelte politiche forse non del tutto ponderate. La maggior parte degli interpreti crede che esse risolvano poco rispetto al passato, tanto che, a volerle vedere isolatamente, condurrebbero ad una confusione sul tema ancora più accentuata: non vi siano state migliorie significative, visto, fra l'altro, il sostanziale fallimento dell'obiettivo di superare il regime incostituzionale della Legge Bonafede,³⁶⁰ a causa della coincidenza delle conseguenze successive alla improcedibilità *ex art. 344 bis c.p.p.* e di quelle successive alla (falsa) sospensione introdotta da Bonafede all'art. 159 c.p.

Tuttavia, dato che ormai la legge c'è e che non si può continuare a formulare alternative nuove, l'approccio corretto è quello che valorizza le connotazioni in positivo della Riforma, cercando poi di relazionarle con gli aspetti più infelici, così giovandosi di uno strumento nuovo in grado di arginare le continue modifiche che non producono nulla se non nuovi dubbi di legittimità e difficoltà interpretative.

Proprio in questo sta l'indagine avente ad oggetto il *quomodo* del recepimento di questa riforma: solo soppesandone i *pro* e i *contra* e deducendone i riflessi pratici e teorici si riesce a dare una risposta che sia coerente (per quanto ipotetica, almeno finché si resta in attesa di riscontri materiali) e il più verosimile possibile alle domande di chi si interroga sul come vada accolto il contenuto del progetto propostoci dalla Commissione Lattanzi.

³⁶⁰ Si ricordi che, tra le altre cose, si ritiene che questa violasse il principio del *favor rei*.

Circa il lato positivo di questo progetto divenuto legge, vi è che il parlare di improcedibilità in modo inedito non si declina esclusivamente in senso avverso (come accade se si considera la improcedibilità per decorso del tempo unicamente una moltiplicazione di un'improcedibilità già esistente e del tutto diversa), bensì può assumere significato costruttivo qualora la si interpreti come un incentivo da parte del Legislatore a leggere la prescrizione in senso processuale. Non bisogna, tuttavia, credere che tale *input* sia conferma definitiva della natura processuale della prescrizione: invero, l'indicazione del Legislatore non è tassativa o univoca, ma, anzi, rende possibili variazioni da parte degli operatori del diritto esattamente come avviene nell'ordinamento giuridico tedesco.

Quello germanico è un esempio notevole cui appellarsi per risolvere molte difficoltà che continuano a tormentare politica e giurisprudenza italiane. È vero, sì, che si tratta di una soluzione di compromesso, ma non bisogna credere che ciò attiri tutti gli sforzi che impegnarono nei decenni precedenti i sostenitori della tesi sostanziale e di quella processuale negli abissi delle incertezze.

Invero, come è chiaro, il diritto penale di oggi (tanto sostanziale quanto procedurale, sia nazionale che internazionale) non si presta più ad avere una veste sempre uguale a se stessa, ma necessita di adattamenti continui, spesso stimolando tacitamente e quasi in via consuetudinaria le modifiche in vista dell'adeguamento della legge scritta alle esigenze pratiche attuali. D'altro canto, la conferma ci deriva dal grande successo che maturano quotidianamente i sistemi giuridici costruiti su principî generali, anziché quelli tradizionalmente di *Civil Law*.

2. L'eredità più importante: la natura mista della prescrizione del reato.

L'attribuzione di una natura non univoca alla prescrizione ha dei legami con la collocazione della punibilità rispetto alla struttura del reato, posto che la prescrizione incide sulla punibilità e, a voler vedere la punibilità quale elemento costitutivo del reato, ne consegue che si interpreta in linea generale la prescrizione come qualcosa che incide direttamente sul fatto e non sull'azione penale (mentre accade tendenzialmente l'opposto se si considera la punibilità come fattore esterno al fatto materiale).

Ciononostante, come già rilevato, non è vero che alla teoria della struttura tripartita corrisponda necessariamente una lettura processuale della prescrizione, così come non è scontato che la teoria della struttura quadripartita del reato quadri impeccabilmente con una interpretazione sostanzialista: non si può affermare la corrispondenza biunivoca tra teoria del reato e teoria della natura della prescrizione, visto che la prescrizione incide sì sulla punibilità, ma i sostanzialisti stessi affermano che essa prescinde dall'accertamento del reato, ergo è verosimile che gli stessi sostanzialisti collochino la punibilità al di fuori del fatto di reato; viceversa, se i processualisti marciano nella convinzione della natura processuale della prescrizione, a maggior ragione in seguito all'introduzione della improcedibilità per decorso del tempo, essi sono altrettanto sicuri del nesso imprescindibile sussistente tra pena e reato, il che farebbe propendere per una collocazione della pena (o, meglio, della punibilità) all'interno della struttura del crimine, venendo la pena sì irrogata in esito ad un processo, ma incidendo essa sul fatto di reato; anzi, proprio la non punibilità per prescrizione sarebbe la conseguenza di un evento processuale che impedisce di accertare il merito.³⁶¹

Ecco, dunque, che è certo che nemmeno a questo proposito si può procedere per schemi preconfezionati e regolari. A restare in ogni ambito e a solidificarsi è proprio l'idea della mancanza di una metodologia predefinita, cui supplisce, invece, una continua sovrapposizione dei diversi temi discussi in sede di interpretazione della prescrizione.

Allora, pur essendo convinti della ricomprensione della punibilità all'interno della struttura del reato, quale quarta categoria costituiva del medesimo, non ci si vuole irrigidire su una concezione della prescrizione del reato che sia assolutamente sostanziale, né affatto processuale. Pure nel dibattito avente ad oggetto la conformazione tripartita o quadripartita del misfatto gioca un ruolo vincente quell'orientamento che attribuisce alla prescrizione natura mista. Sostanziale nel *Grund* e processuale nella *Wirkung*, e altrettanto sostanziale e processuale sia nel *Grund* sia nella *Wirkung*.

Attribuire natura mista alla prescrizione del reato è un compromesso su diversi fronti. Essa permette di rappacificare orientamenti contrapposti su dibattiti di ogni genere.

³⁶¹ Si veda Antolisei, il quale afferma da un lato al struttura tripartita del fatto di reato (vedendo nelle condizioni di punibilità *ex art. 44 c.p.* solo un qualcosa di più che permette di punire) mentre dall'altro si dimostra convinto sostenitore della natura sostanziale della prescrizione del reato, quale evento che incide sulla punibilità *in sé e per sé*. Si rimanda ancora a F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pp. 581 e 588.

L'utilità e necessità di attribuire alla prescrizione natura mista è confermata poi da un ulteriore accadimento, ossia l'eventualità che, anche in dibattiti aventi ad oggetto questioni differenti, si finisca per invocare, quale soluzione, proprio l'opportunità di riconoscere all'istituto un'essenza il più possibile versatile e adattabile.

Situazione esemplare è quella della discussione su *an* e *quomodo* della conciliazione della prescrizione con il principio della ragionevole durata del processo. Come è noto, è molto complesso addentrarsi in questa tematica, giacché è impellente il pericolo di sovrapporre le due questioni e di vedere la prescrizione come strumento attuativo di quel principio.

A tal riguardo si ricordi che taluni studiosi si prestano come portatori dell'idea che la prescrizione deve scindersi in due tipi, prescrizione del reato e prescrizione del processo:³⁶² tale deduzione, invero, fa intuire che è diffusa una generale percezione della natura polivalente dell'istituto, persino lì dove la discussione si concentri su profili diversi (come ad esempio, appunto, su un corollario del giusto processo).³⁶³

³⁶² Tra le diverse proposte, merita di essere ricordata quella di una prescrizione processuale europea. Un autore impegnato sul fronte della individuazione di una prescrizione che sia strettamente processuale è C. Marinelli (*Ragionevole durata*): questi è evidentemente convinto della natura sostanziale dell'istituto vigente all'epoca in cui scrive (2016, quindi prima di Orlando, Bonafede, Cartabia), spinge verosimilmente per la individuazione di due figure distinte, una che operi nella sostanza ed una che intervenga, invece, nel processo. In un certo senso, tale istanza è soddisfatta dalla Legge del 2021, a patto che si interpreti la improcedibilità causata dalla eccessiva lunghezza del processo – la quale è connotato tipico di questa riforma – come prescrizione celata sotto il nome di improcedibilità e, per questo, avente natura di istituto prettamente processuale.

Quella di C. Marinelli non fa altro che esplicitare una delle numerosissime petizioni che animano la collettività giuridica. Pur vedendo la prescrizione del reato e quella del processo come qualcosa di distinto, il contributo di C. Marinelli non è di contrasto alla teoria della natura mista della prescrizione: esso, anzi, è la prova della praticità di una soluzione che non sia univoca, la quale ben si pacifica con quel relativismo che consente di comprendere l'istituto della prescrizione, a valle, ma che *ex ante* deve essere adottato, a monte, per la interpretazione del diritto penale moderno.

³⁶³ A interessarsi alla questione, seppur non sempre in termini del tutto combacianti, sono, tra molti, V. GREVI, *Prescrizione del reato*; M. PISANI, *Diritti dell'uomo e processo penale al XII Congresso dell'A.I.D.P.*, in *Riv. dir. proc.*, 1980; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo, Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2009; più di tutti si ricordi la *Relazione al progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato dalla Commissione Riccio* (27 luglio 2006), par. 11: in essa, non solo si individua il problema della natura della prescrizione nel fatto che essa, concepita dai più come sostanziale, ha notevoli ripercussioni a livello processuale, quindi con conseguente esigenza sia di dividere tra prescrizione del reato e prescrizione del processo nonché di riformulare la disciplina dei fenomeni interruttivi, ma soprattutto si pone l'obiettivo di attuare le coordinate poste dalla CEDU, circa la ragionevole durata del processo; tale progetto di riforma si colloca, pertanto, nella sfera della prescrizione processuale europea: da un lato allora si avrebbe salva la prescrizione del reato (sostanziale, si potrebbe realizzare al massimo in sede pre-processuale), dall'altro al prescrizione del processo (che potrebbe solo in fase esecutiva, in quanto unica sede in cui è possibile valutare l'eventuale irragionevolezza della durata del processo in corso).

Sulla scia della garanzia di un processo giusto ai sensi dell'art. 6 CEDU, si veda in Italia la c.d. Legge Pinto: essa per la prima volta introduce il diritto alla equa riparazione per l'ipotesi di mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo; per chiarimenti a riguardo si veda:

Più di qualche autore italiano si fa portavoce di questa soluzione, apprezzandone la versatilità e, addirittura, da parte di alcuni si auspica persino che vengano importati dall'ordinamento tedesco anche altri tasselli, poiché idonei a risolvere con profitto gli intrighi del diritto penale italiano che restano nel solco della irrisolutezza.

Talora il sistema germanico viene definito come modello pseudo-monista.³⁶⁴ Perché pseudo? Perché, se, da un lato, pare concorde con coloro che definiscono il tempo come unica entità che decorre dal momento del reato,³⁶⁵ ergo sono perlopiù favorevoli a percepire la prescrizione non come uno strumento atto a garantire la ragionevole durata del processo, dall'altro lato, è vero che proprio la dottrina tedesca è ormai abbastanza unita nel vedere nella prescrizione della perseguibilità, *Verfolgungsverjährung*,³⁶⁶ sì qualcosa di unitario, sì qualcosa che non ha come fine la garanzia della durata giusta del processo, ma allo stesso tempo un istituto che non ha natura unica, ma natura mista, che ha una *ratio* (geneticamente sostanziale) e una conseguente *Wirkung* (originariamente processuale) che entrambe manifestano rispettivamente la propria ragione d'essere e la propria icasticità tanto sul piano materiale quanto su quello dinamico-procedurale.

La testimonianza di coloro che sostengono questo modo di vedere la prescrizione, nonché la *Verjährung*, è di grande portata, dal momento che si dimostra come pure la prescrizione del reato italiana si riferisca con la terminologia al fatto concreto, e tuttavia

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_14_3_1.page?contentId=GLO55499#.

³⁶⁴ A valersi di questa dicitura è C. MARINELLI, *Ragionevole durata*, pp. 423 ss., il quale si rifà in quest'ottica al pensiero di F. VIGANÒ, *Riflessioni*; quest'ultimo si fa promotore di una riforma che si ispiri al modello tedesco, ponendo limiti interruttivi al *tempori cedere* tali da scongiurare il rischio che la prescrizione si tramuti in un epilogo di *default* dei processi troppo lunghi, con la conseguenza che si consolidi l'idea (erronea e, in certa misura, anticostituzionale) che essa venga percepita come rimedio alle ipotesi di irragionevole durata. Sempre F. Viganò, nelle sue *Riflessioni* afferma: «ineludibile la individuazione di specifici rimedi volti a contrastare il diffuso fenomeno del mancato o ritardato esercizio dell'azione al termine della *fas* investigativa. Tra di essi si invocano la improcedibilità dell'azione penale laddove, alla scadenza dei termini per le indagini preliminari e delle relative proroghe, il PM non richieda alternativamente, entro un breve termine, il rinvio a giudizio o l'archiviazione, e un'effettiva responsabilità disciplinare del rappresentante dell'accusa, a fronte di colpevoli inerzia», cit., pp. 28 ss. Si richiede, dunque, di inserire di limiti temporali perentori a limiti temporali perentori" alla sequela procedimentale; di questo avviso è anche C. MARINELLI, *Ragionevole durata*, p. 10.

³⁶⁵ Si intende, negando quindi quelle tesi dualiste che scindono tra prescrizione del reato e prescrizione del processo.

³⁶⁶ Si ricordi che *Verfolgungsverjährung* è, letteralmente, prescrizione della perseguibilità, quindi accostabile alla prescrizione dell'azione, ma, di fatto, è istituto coincidente con l'italiana prescrizione del reato.

Invece, la *Vollstreckungsverjährung*, traducibile come prescrizione della condanna, è paragonabile negli effetti alla prescrizione della pena. Così si esprime anche M. HELFER, in *La prescrizione del reato*. La riflessione dell'autrice è immediatamente successiva alla Riforma Orlando.

abbia un impatto che è duplice, nel senso che solo apparentemente si rivolge o al crimine o all'azione, ma più verosimilmente concerne entrambi.

Vi sono poi diversi aspetti che mancano nella legge italiana rispetto a quella tedesca: si pensi, ad esempio, alla imprescrittibilità in concreto che si verifica nelle circostanze *supra* descritte, per effetto della combinazione di determinati effetti sospensivi, di cui ai commi 3 e 4 del § 78b StGB dello *Strafgesetzbuch*. Di questi come di altri accorgimenti si fanno promotori alcuni autori che auspicano un ravvicinamento ancora più marcato della disciplina dei nostri codici a quella germanica.

Un accorgimento addizionale sarebbe quello di potenziare il principio della ragionevole durata del processo con mezzi che esulino dalla prescrizione, così circoscrivendo la tendenza a vedere nella prescrizione uno strumento volto a questo scopo (o a quello deflattivo). Ad esempio, nell'ordinamento tedesco vige il c.d. *Konzentrationsprinzip*, "principio di concentrazione". Esso non è altro che una concretizzazione del *Beschleunigungsgrundsatz*, "principio di accelerazione":³⁶⁷ il dibattimento dovrebbe essere celebrato il più possibile immediatamente; le possibilità di una sospensione sono debitamente limitate; nel caso di lunghe protrazioni, il processo deve essere interrotto, cosa che rende necessario un dibattimento completamente nuovo.³⁶⁸

Dalla *Konzentrationsmaxime*, "massima della concentrazione", si perverrebbe conseguentemente un tetto massimo al tempo necessario a prescrivere.

L'allontanamento della prescrizione dalle funzioni tipiche della sanzione penale rende urgenti degli interventi anche per la tutela degli imputati e del loro diritto di difendersi: ai sensi dei §§ 153 e 154 della *Strafprozessordnung*,³⁶⁹ trova posto la pronuncia di non doversi procedere – quale *extrema ratio* – o qualora vi sia un'anomalia della procedura (per cause non riferibili all'imputato) tale da rendere impossibile per l'imputato l'efficace esercizio del proprio diritto di difesa; oppure nel caso in cui l'ampiezza del tempo trascorso renda ormai inutile una pronuncia di accertamento della

³⁶⁷ Il principio di accelerazione rientra tra i principi fondamentali che il processo deve rispettare, *die Prozessmaximen*. Per questo e per il suo corollario, la *Konzentrationsprinzip*, si rimanda ai §§ 228 Abs. 1 S. 1, 1. Alt, 229 Abs. 4 StPO.

³⁶⁸ A. ENGLÄNDER, *Examens-Repetitorium*, pp. 13 ss.

³⁶⁹ Codice di procedura penale tedesco.

res e l'irrogazione della relativa sanzione dal punto di vista degli scopi della pena (tra cui la necessità di tutela delle vittime).³⁷⁰

Sempre trattenendosi nell'ambito del diritto penale sostanziale, vi è poi un richiamo da non lasciarsi sfuggire: in apertura si rimarcava la distinzione tra la prescrizione e due altri istituti, ossia la *abolitio criminis* e la amnistia. Questi ultimi presentano, invero, carattere fortemente oggettivo, o quantomeno oggettivo rispetto al reo, posto che non operano in forza di una sua modificazione personale e interiore, bensì in ragione di una scelta proveniente dall'esterno, che impatta sul singolo in seguito a un processo di evoluzione del sistema giuridico, che però non pesa pure sull'interiorità del criminale. Il collegamento con la tesi della natura mista sta nel fatto che *abolitio* ed amnistia, a prescindere dalla natura che ad essi si vuole riconoscere, incidono sull'oggetto, direttamente sul reato, sicuramente eliminandolo.³⁷¹ La prescrizione, invece, influisce palesemente ed inevitabilmente su qualcosa di più, che si manifesta sia in una dimensione interna che esterna. Sia materiale sia processuale.³⁷²

Con un po' di fantasia, si può utilizzare come immagine raffigurante questo concetto quella del pellegrinaggio giudiziario: di origine antica, ha un'essenza straordinariamente attuale, poiché riproduce il *quomodo* dell'operatività di un percorso in esito al quale l'individuo è personalmente cambiato. Ciò accade anche con la prescrizione, nel senso che il periodo che separa il criminale dalla commissione del fatto al *dies ad quem* ha valore personalistico, incidendo sulla sua interiorità in una maniera che però non è subitanea, bensì richiede un percorso dinamico che si articola alla stregua di vero e proprio processo, che solo una volta giunto a conclusione può permettere di godere dei suoi frutti.

Pertanto, una pratica che pare superata nel suo genere, viene oggi recuperata in quanto caratterizzata da una smagliante modernità: in Belgio, così come negli Stati Uniti, si sta sempre di più diffondendo il fenomeno dei pellegrinaggi imposti per i minorenni

³⁷⁰ Ad esprimersi con ampio favore per le peculiarità della disciplina penale tedesca, addirittura preconizzando l'importazione all'interno dei codici italiani, è ancora F. VIGANÒ, *Riflessioni*, pp. 28-29

³⁷¹ Da non dimenticare che l'incisività è diversa: mentre la *abolitio* comporta una vera e propria caducazione dell'illecito, la amnistia interviene come se quell'illecito non fosse stato commesso. In comune esse hanno che entrambe incidono sulla dimensione oggettiva del fatto e non coinvolgono la predisposizione psicologica del colpevole.

³⁷² Del resto, ciò che viene descritto in termini soggettivistici ha, di solito, natura personalistica e relativa, proprio perché diversa rispetto a ciascun singolo.

che commettono reati.³⁷³ Pare proprio che si sia sempre più coscienti della sensibilità che viene maturata nell'interiorità del reo mediante una pena che lo coinvolga sentimentalmente, imponendogli al contempo pure uno sforzo fisico che, per quanto non ordinario, non è tale da raggiungere nemmeno lontanamente le sembianze di una tortura o comunque di qualcosa di “inumano e degradante”.³⁷⁴ La vera fatica del pellegrino – per tale intendendosi non più necessariamente un soggetto avente una fede smisurata in Cristo, ma soltanto, in generale, colui che calca il tragitto tipico dei pellegrini dell'antichità e, nel caso specifico di nostro interesse, un pellegrinaggio imposto – sta nella riflessione che esso è inevitabilmente portato ad esperire per tutta la durata del suo cammino, la cui fisicità non è altro che la metafora esteriore del cambiamento coscienziale che egli attraversa.

Così con la prescrizione: il decorso del tempo non va inteso in senso repressivo, bensì in senso migliorativo. Come si diceva in precedenza, in senso speciale (e generale), positivo, rieducativo, riabilitativo, risocializzante.³⁷⁵

La pena, soprattutto ove concepita in termini temporali, sortisce l'effetto di interrompere un *modus vivendi* del colpevole, il quale sino a quel momento non aveva sperimentato una condizione diversa da quella in cui viene catapultato non appena diventa imputato e, ancora più profondamente, quando viene condannato: egli è soggetto ad un repentino cambiamento esterno che gli fa assumere consapevolezza di quella che era la sua esistenza anteriormente al misfatto. Così, se il tempo in cui resta imputato si protrae per una durata fuori del necessario, il reo finisce di nuovo nel vortice dell'abitudine, senza più distinguere la condizione di normalità da quella eccezionale in cui si trova a causa della pendenza del giudizio. Invero, quando il tempo scorre a lungo, sempre uguale a sé stesso, l'uomo ne perde la percezione.

Tornando alla natura della prescrizione, l'attribuzione di essenza “mista” al *tempori cedere* prescizionale è poi molto importante rispetto a un'altra domanda ancora: come si pone la prescrizione – o, meglio, la improcedibilità – risultante dalla Riforma

³⁷³ Tali obblighi imposti dalla autorità giudiziaria sono intesi come pene alternative per questa particolare categoria di soggetti; non si esclude che in futuro vengano estesi anche a colpevoli non minorenni e responsabili di crimini di calibro ben più pesante.

³⁷⁴ Si torna all'art. 3 della CEDU, “Proibizione della tortura”, che recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

³⁷⁵ Per i pellegrinaggi giudiziaria antichi e moderni si veda sempre L. VANTAGGIATO, *Pellegrinaggi giudiziari*.

Cartabia rispetto alla prescrizione del Codice Zanardelli? Si ha un ritorno al passato, visto che, a voler vedere nella improcedibilità dell'azione penale una prescrizione, essa è processuale ed estingue il diritto-dovere di procedere?

Dipende da come si legge la prescrizione del reato di cui all'art. 157 c.p. Se la si vede come istituto sostanziale, di natura opposta a quella della prescrizione dell'azione dell'art. 91 del Codice del 1889, allora un ritorno al passato (totale se si parteggia per la tesi sostanzialista, parziale se si parteggia per la tesi mista) effettivamente c'è. Invece, se si ritiene che la prescrizione sia sempre stata solo processuale – pur quando quel refuso nella Relazione del Ministro Rocco immise nel sistema la prescrizione del reato, pur avendo in mente la prescrizione dell'azione – allora non si ha un ritorno al passato, dato che gli effetti del *tempori cedere* non sono mai usciti dalla sfera della proceduralità.

Nessuna di queste due conclusioni è, a parer nostro, corretta fino in fondo. Ciò è evidente prendendo le mosse da un'osservazione precisa di portata dirompente: dicendo che a prescriversi è il reato e non l'azione, a voler parlare in termini prettamente monistici, si ha che la prescrizione del reato assume il ruolo di chiave di lettura più moderna rispetto alla caducazione dell'azione penale. Questo per almeno due motivi.

Innanzitutto, perché, pur nella non perfetta coincidenza, tendenzialmente si ha la corrispondenza dei sostenitori della tesi quadripartita della struttura del reato con i sostenitori della teoria sostanziale della prescrizione. La teoria che ritiene che il reato sia quadripartito è la più recente di tutte e si accorda con quel processo di scomposizione del fatto che lo portò prima alla distinzione solo tra tipicità e antigiuridicità, poi all'individuazione pure della colpevolezza e, infine, timidamente e non ancora a 360 gradi, anche della punibilità.³⁷⁶

Dopodiché la lettura della prescrizione del reato come un fatto che incide non (solo) sull'azione, ma che può estinguere un crimine, è per un verso più moderna e democratica, poiché l'estinzione dell'azione penale era forse qualcosa che anticamente si ricollegava abbastanza intuitivamente all'idea dell'estinzione di un diritto, ossia del diritto di punire e della discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale, propria dei

³⁷⁶ A riprova della gradualità di questo processo vi è che anche la punibilità sta attraversando un percorso di graduale inserimento nella struttura del fatto di reato: pur tra i sostenitori della tesi quadripartita, invero, vi sono coloro che ritengono la punibilità solo un qualcosa che aggiunge connotati a ciascuna delle altre tre componenti, mentre altri la stimano come una categoria vera propria a sé stante.

sistemi inquisitori.³⁷⁷ Ora, invece, stante la indisponibilità dell'azione penale, è vero sì che si può estinguere per prescrizione il dovere di punire; tuttavia, non bisogna nemmeno esagerare con questa interpretazione, altrimenti, se si applica un eccessivo automatismo, si rischia di ritenerla una facoltà di cui l'ente pubblico può disporre, mentre oggi ciò è escluso in ogni sua forma. La modernità di cui si discute è confermata poi dal fatto che l'attuale interpretazione sostanzialista, per quanto fondata sull'assunto che a venir meno sia il reato e non la sua perseguibilità, è comunque emancipata dall'antica concezione per cui il reato viene letteralmente sgretolato dalla potenza del tempo: a venir meno è la *Strafbedürfnis*, la necessità di pena, poiché il decorso del tempo affievolisce la gravità dell'illecito.³⁷⁸

Naturalmente, si tratta di una riflessione relativa e che non può essere presa per assoluta, per quanto il discorso sia dotato di una certa logicità. Non si può prendere questa deduzione per vera in ogni suo segmento poiché, come ripetuto fino all'eccesso, è evidente la incisività che si ha pure sulla procedura. È qualcosa di innegabile e che però non può essere considerato l'unica forma di impatto che si registra ove si verifichi l'estinzione di un reato per decorso del tempo. Ecco allora, pure in sede conclusiva, l'ennesima conferma per cui la lettura più conveniente, veritiera e al passo coi tempi, è quella che attribuisce alla prescrizione natura mista, tanto nella sua conformazione quanto negli effetti.

Il bisogno di tenere comunque parzialmente salva pure l'interpretazione processuale è confermato dal fatto che – anche nella moderna certezza che persino il reato sia in qualche modo coinvolto (e tale coinvolgimento è, infatti, metaforico) – l'esclusione del crimine consiste nel venir meno dell'esigenza di pena, in quanto comporta ripercussioni, appunto, sull'esercizio dell'azione penale. Non è che questa perda la sua obbligatorietà, tuttavia il suo espletamento è in qualche modo “supplito” da vicende che

³⁷⁷ Ad esempio, così si esprime F. ANTOLISEI, sempre nel suo *Manuale di diritto penale*: «La prescrizione del reato presuppone che non sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna. Per il codice vigente il decorso del tempo non si limita ad estinguere, come nel codice precedente l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé: ha una portata sostanziale e non semplicemente processuale», cit., p. 588.

³⁷⁸ Il tempo, quale demiurgo che agisce con forza reale sul fatto accaduto, risale soprattutto ai giuristi tedeschi; invero, all'opposto di quanto avvenne in Italia, sulla *Verjährung* vennero elaborate teorie sostanzialiste prima ancora che processualiste. Tra i vari teorici *der Macht der Zeit* (“della forza del tempo”) si veda M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, Beck, München/Berlin, 1955, p. 56.

estendono l'efficacia della pena nel passato, riconoscendo l'efficacia punitiva e – se possibile – rieducativa dell'attesa dell'imputato.

Certo è che questa chiave di lettura, condivisa o meno, è evidentemente rispettosa di quella “dignità”³⁷⁹ che gli autori nei secoli hanno individuato quale prerogativa primaria della prescrizione, poiché essa deve avere come fine principe la rieducazione del (presunto) colpevole, esattamente come la pena punta alla redenzione del condannato. Solo amministrando la giustizia in nome della dignità del popolo, sia nel suo complesso sia nella individualità dei suoi singoli membri, si ha la tutela della comunità in un senso preventivo (generale e speciale) che sia conforme a Costituzione, in quanto non solo non lesivo, bensì garante dei diritti fondamentali della persona.

A riprova del legame fra l'idea sostanziale di prescrizione e la obbligatorietà dell'azione penale vi è che vi sono giuristi che ritengono che l'esistenza di reati imprescrittibili si giustifichi solo in presenza di fatti talmente gravi da non ammettere la rinuncia alla loro punizione, in virtù di una fondamentale giustizia sostanziale. Si tratta di un argomento forte, che è innegabile e che conferma la irrinunciabilità di una lettura sostanzialistica dell'istituto di cui ci si sta occupando.

A ciò si aggiungano tutti quegli aspetti che militano in favore di un rilievo processuale altrettanto irrinunciabile, il che porta a convincersi della natura finalmente mista della prescrizione del reato.

L'interpretazione mista della prescrizione del reato pare, dunque, rispettosa delle caratteristiche dell'azione penale, la quale è pubblica, ufficiale, obbligatoria.

Peraltro, il riconoscere alla prescrizione natura mista si gode di un vantaggio cospicuo anche per scansare il fraintendimento di coloro che – vedendola come istituto solamente processuale – la ricollegano a scopi schiettamente deflattivi e di difesa della brevità dei processi (con l'ulteriore lacuna, talora, di arrivare perfino a parlare direttamente di ragionevole durata del processo come se in questo principio si esaurissero tutte le sfaccettature del giusto processo).³⁸⁰

³⁷⁹ G. STEA, *L'ultima prescrizione*, p. 243; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Editori Laterza, Bari, 2020.

³⁸⁰ Ferma restando, ben si intenda, la parità di rango di questa esigenza rispetto a quelle aventi fondamento negli articoli della Costituzione che legittimano la prescrizione del reato. Anche la durata ragionevole dei processi resta una priorità ordinamentale. Infatti, come il tempo prima dell'accusa (e soprattutto prima della condanna) scorre in maniera del tutto piatta e abitudinaria per il reo, altrettanto accade qualora egli sia destinatario di un processo talmente lungo da fargli perdere cognizione di sé: che cosa vi è di più degradante della perdita della capacità di riconoscersi come uomo degno e capace di autodeterminarsi?

Rispetto al principio di legalità, alla sua retroattività ed alla regola di trattamento del *favor rei*, invece, paiono sufficienti le considerazioni effettuate nel capitolo precedente nel contesto dell'enucleazione dei meccanismi temporali che si attivano con la riforma.

3. Conclusioni e prospettive per il futuro.

Qual è, dunque, il patrimonio che ereditiamo da questa riforma e come conviene investirlo?

Il lascito di cui disponiamo ha duplice valenza. In senso negativo, vi è indubbiamente il monito a non legiferare più in questo settore, altrimenti si rischia il caos più totale. Già le ambiguità – a partire da quelle terminologiche – sono tali per cui è evidente che nuove riforme non farebbero altro che complicare un groviglio dal quale è difficile districarsi.

Viceversa, su altro versante vi è l'esortazione, in positivo, a cogliere l'opportunità di risolvere le controversie focalizzate sulla natura del *tempori cedere* successivo alla commissione di un reato. Ad esempio, si può iniziare a pensare di valersi di questo nuovo istituto con risultati positivi in direzione della soluzione al problema della natura della prescrizione del reato. Certo è un percorso inimmaginabile prima di sperimentarlo, ma, dato che ora le previsioni ideate dalla legge n. 134 esistono ed hanno persino carattere immediatamente precettivo, possono essere impiegate traendone numerosi vantaggi, continuando – nel frattempo – a premurarsi che non si manifestino nuove tentazioni da parte del Legislatore di introdurre variazioni. Esse sarebbero distruttive dell'ennesimo sforzo di dare una spiegazione all'assetto cui ci troviamo di fronte.

È, d'altronde, un ordine molto fragile, che minaccia di sgretolarsi da un momento all'altro. Ciononostante, esso rappresenta uno stato che va accettato così com'è, dal momento che è ormai consolidata l'idea per cui il diritto penale moderno, sia esso sostanziale o procedurale, non gode di un'impalcatura fissa sempre uguale a se stessa. Da ciò, come si è tentato di dire nel corso della presente trattazione, derivano sia vantaggi che svantaggi, ma è naturalmente più astuto e politicamente strategico servirsi del

materiale che abbiamo arguito nel ventennio appena conclusosi, sicché se ne possano trarre i maggiori benefici possibili.

Il discorso, dunque, ritorna alla sorgente iniziale dalla quale aveva tratto la propria origine: l'unica conclusione è che non si può avere la presunzione di trovare una conclusione, perché essa, almeno allo stato attuale delle cose, non è possibile.

Il risultato più ambizioso che si può raggiungere è quello di ammettere il forte coinvolgimento interiore dell'uomo in questa tematica, essa risolvendosi in una delle innumerevoli forme di manifestazione della influenzabilità della sua coscienza da parte del tempo nel quale si trova immerso.

Il problema del tempo accomuna tutti, nella vita quotidiana ancor prima che negli studi dei grandi dotti della letteratura e del diritto. Il tempo, invero, incide non sui fatti, bensì sulle persone: il cambiamento, se esternamente si manifesta sulle situazioni particolari e concrete che segnano l'inizio del suo decorso, in realtà, si rende artefice dello spazio: non perché incida sulla materia, ma in quanto provoca un mutamento nella coscienza degli individui. Così, trasformandosi l'interiorità della persona, si modifica l'approccio che questa ha nei confronti di ciò che la circonda.³⁸¹

Ed è proprio questo che si è voluto dimostrare in questa trattazione: l'efficacia dello scorrere del tempo sull'essenza intrinseca dell'individuo, il quale, ancestralmente legato a questo decorso, non può non venire intimamente coinvolto. L'evoluzione giuridica della prescrizione del reato consiste proprio nella presa di coscienza del funzionamento del passare del tempo rispetto all'individuo; del decorso di *Chronos* si ha contezza solo una volta che esso venga interrotto: soltanto con un arresto imprevisto della vita quotidiana da parte di un accadimento esterno si iniziano a percepire i secondi, le ore, i giorni, etc., poiché è solo allora che ci si chiede che cosa sia quel rilassamento, quello stato di inerzia che diviene abitudine in assenza di soluzione di continuità. Se vi è un arresto, invece, quella intermissione fa capire che prima si stava in un limbo di una ripetitività indefinita: «Ma da che dipende questo rilassamento, questo intorpidimento, quando da troppo tempo la norma non sia stata sospesa? Non tanto dalla stanchezza fisico-

³⁸¹ Sono numerosi gli studiosi che si interessano del connubio tra il diritto penale e la psichiatria; tra questi si vedano W. BROMBERG, *The uses of Psychiatry in the Law, A Clinical View of Forensic Psychiatry*, Quorum Books, Westport, Connecticut – London, England, 1979, pp. 143 ss.; L. CIOMPI, *Zum Problem der psychiatrischen Primärprävention*, in *Psychiatrie der Gegenwart*, Teil I, mit 28 Abbildungen, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1979, pp. 343 ss.

psichica e dal logorio a causa delle esigenze della vita (qui basterebbe il riposo come rimedio ricostituente); ma piuttosto da un fatto psichico, dall'esperienza del tempo, che nell'interrotta uniformità rischia di andar perduta, ed è così affine e legata al sentimento stesso della vita che l'una non può affievolirsi senza che anche l'altro non sia miseramente pregiudicato».³⁸²

³⁸² T. MANN, *La montagna incantata*, Prima edizione Grandi Storie TEA S.p.A., Bergamo, 2005, cit., p. 95.

BIBLIOGRAFIA

1. Dottrina.

G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Edizione Integrale, Quodlibet, 2021

E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la “costituzionalizzazione” del principio di retroattività delle norme processuali favorevoli al reo*, nota alla sentenza della Corte cost. n. 393/2006, in *Cass. pen.*, 2017

J.B. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1974

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Pt. gen.*, 16^a ed., L. CONTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003

M. ASHOLT, *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016

S. BAHLMANN, *Rechts- oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzesauslegung und -anwendung*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) – Band 20, Nomos, Baden-Baden, 1999

M. BARGIS, *La prescrizione del reato e i “tempi” della giustizia penale*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2005

G. BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte generale*, Terza edizione interamente riveduta, aggiornata e accresciuta, Cedam, Casa editrice Dott. A. Milani, Padova, 1949

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Oscar classici, Mondadori, Trento, 2021 ris.

E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Achte und neunte Auflage, Verlag von F.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1925

G. BELLAVISTA, *Pena e processo*, in *Arch. Pen.*, 1953, I

G. Bemann, *Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung*, in *JuS*, 1965

- G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed. riveduta e aggiornata, G. Priulla Editore, Palermo, 1958
- K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts, Erster Band*, in *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, Verlag von Duncker&Humblot, 1885
- R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958
- U. BRÄUEL, *Die Verjährung der Strafverfolgung und der Vollstreckung von Strafen und Massregeln*, in *Materialen zur Strafrechtsreform, Rechtsvergleichende Arbeiten*, vol. II, Bonn, 1954
- W. BROMBERG, *The uses of Psychiatry in the Law, A Clinical View of Forensic Psychiatry*, Quorum Books, Westport, Connecticut – London, England, 1979
- F. CALVELLI, ADORNO, *Die Verlängerung der Verjährungsfrist fuer die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind*, in NJW, 1965
- F. CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, I
- L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *IL, Vocabolario della lingua latina*, 4^a Ed., Loescher Editore, 2019 ris.
- L. CIOMPI, *Zum Problem der psychiatrischen Primärpräventioin*, in *Psychiatrie der Gegenwart*, Teil I, mit 28 Abbildungen, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1979
- C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, I, pt. g., Milano, 1912
- G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Cedam, Padova, 2017
- G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Punibilità e pene in Trattato breve di diritto penale, Parte generale – II*, III Edizione, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2022
- G. CONSO, *Non dimenticarsi delle vittime specie di fronte alla prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998

Corriere della Sera, 20 settembre 2001, «*Bush lancia l'operazione Giustizia infinita*» (www.corriere.it)

G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1892

G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016

R.G. DE FRANCO, *Potestà punitiva*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, 1968

A. DECKERT, *Strafwürdigkeit und Gesetzgebung dargestellt am Beispiel des Vortäuschens diplomatischer Immunität*, 1. Auflage Cuvillier Verlag, Göttingen, 2009

A. DEL GIUDICE, *In tema di cause estintive del reato e della pena*, in *Giust. pen.*, 1932, IV

G.P. DE MURO, *Ultima ratio, alla ricerca di limiti all'espressione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013

Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento, Tomo II – L-Z, A. GAITO (a cura di), Utet, 2004

A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè Editori, Milano, 1998

M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nella imputazione del reato*, Giuffrè Editore, Milano, 1991

F.M. DOSTOEVSKIJ, *Delitto e castigo*, 1866

Enciclopedia del diritto, XXXV, *Prerogative – Procedimento*, Giuffrè Editore, Varese, 1986, pp. 78 ss.

K. ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild des Juristen*, Verlag: Carl Winter Universitätsverlag, 1950

A. ENGLÄNDER, *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, 8. Auflage, C.F. Müller,

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941

- P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Originalaus., herausgegeben von C.J.A. Mitterlmaier, G.F. Heyer's Verlag, Giessen, 1847
- P. FARINACCI, *Liber I § De Inquisitione, Quaestio X*, in *Praxis et theoriae criminalis, Partis I, Tomus I*, Venezia, 1609, ff. 74 ss.
- E. FASSONE, *La prescrizione del reato: interventi possibili*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. Atti del Convegno di studio E. De Nicola, Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, a cura del centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 2022
- E. FERRI, *Relazione in Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano
- P. FERRUA, *Quel regime transitorio della ex Cirielli. I rischi di disparità restano: ecco perché*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 43
- E. FIANDACA, E. MUSCO *Diritto penale, Parte generale*, Ottava edizione, Zanichelli Editore, Torino, 2019
- E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, II, Vallardi, Milano, 1926
- R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Parte prima, Diritto penale sostanziale*, II, Torino, 1958
- M.G. GALLISAI PILO, voce *Estinzione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. It., app.*, III, 1982
- L. GAROFALO, *Echi di diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pacini Editore, Pisa, 2018
- L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica, Nuovissimi saggi*, Jovene Editore, Napoli, 2019
- G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005
- G. GIOSTRA, *Intervento*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio*

F. GIUNTA, *Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni processuali, prospettive di riforma*, in AA. VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*

F. GIUNTA, *Commento all'art. 6, l. 05-12-2005, n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006

F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere, Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003

C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910

V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2022

F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Edizioni italiane, Roma, 1945

H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rechtswissenschaften, Studium, Koblenz, 2022

M. HEIDEGGER, *Che cos'è la filosofia?*, trad. it. di C., Angelino, Il Melangolo, Genova, 1997

M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit (Essere e tempo)*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927

M. HELFER, *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11/2017.

G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, New York, 1991

A. JANNITTI PIROMALLO, nella sua opera *Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare*, Soc. An. Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928

G. JACOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, De Gruyter, 1991

H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Vierte Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1988

I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga, 1781

I. KANT, *Was ist die Aufklärung?, Risposta alla domanda: "Che cos'è l'Illuminismo"?* (5 dicembre 1783), a cura di N. MERKER, Editori Riuniti, Roma, 1997

H. KAUFMANN, *Strafanspruch, Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968

U. KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2015

J. KOHLER, W. SCHEEL, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, 1, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V, Constitutio criminalis Carolina*, Neudruck der Ausgabe Halle A. D. S. 1900, Scientia Verlag Aalen, 1968; la *Costituzione Carolina* è considerata il primo *Strafgesetzbuch* tedesco.

V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Athenaeum, Roma, 1914

A. R. LATAGLIATA, in *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano Editore, 1967

Leipziger Kommentar, StGB, 12. Auflage, Band 3, §§ 56 – 79b, Laufhotte, Rissing-van Saan, Tiedemann

F. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Sechszwanzigste, völlig neubearbeitete Auflage (49.-51.) von E. SCHMIDT, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932

R. LOENING, *Die Verjährung*, Otto Liebmann, Berlin, 1907

A. LO GIUDICE, Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto, in *La decisione sul reato estinto, Riflessione su norma, giudizio, giudicato. Ringraziando Franco Cordero*, S. RUGGERI (a cura di), tavola rotonda, 22 maggio 2020

- M. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, Beck, München/Berlin, 1955
- D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2006
- V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1922
- T. MANN, *La montagna incantata*, Prima edizione Grandi Storie TEA S.p.A., Bergamo, 2005
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, III, Torino, 1961
- C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016
- G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 4
- G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2001
- O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1999
- H. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Fünfte, völlig umgearbeitete Auflage, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), 1895
- E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, I Ed. Berlin, 1931
- D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006
- D. MICHELETTI, *Prescrizione del reato e della pena*, in S. PATTI (a cura di), *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. XI, Milano, 2007

- W. MITSCH, § 78, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, 2020, Rn. 5
- W. MITSCH, §§ 78 ss., in W. JOECKS, K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II ed., Monaco, 2012
- A. MOLARI, *Appunti in tema di prescrizione del reato e della pena*, in *Annali della facoltà giuridica, nuova serie – volume primo*, Morano Editore, 1966
- A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. It...*, XIII, Torino, 1966
- Münchener Kommentar, StGB, § 78 Verjährungsfrist* Dallmeyer, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg 53, 2022
- B. NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012
- Q. ORAZIO F., *Epistole e Ars poetica*, U. DOTTI (a cura di), Feltrinelli, 2015
- OSSERVAZIONI sul Libro Primo del Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano*, in *RELAZIONE* della Commissione Speciale composta degli Avvocati Amerigo Lecci, presidente – Aldo Borri – On. Guido Guidi Buffarini – G. Raffaello Cerrai – Prof. Alfredo Pozzolini, relatore ed estensore: e dei Dottori Nicola Jaeger e Giulio Checcucci, segretari. PISA: ARTI GRAFICHE MARIOTTI-PACINI 1928 A- VI
- A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 1967
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Pt. gen.*, Giuffrè Editore, Milano, 1980
- A. PAGLIARO, *Prescrizione del reato e “nuova” estinzione del processo*, in *Cass. pen.*, 2010
- A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, G. Priulla Editore, Palermo, 1960
- S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995
- R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, vol. I, parte generale*, Torino, 1962

- M. PAWLOSKI, *Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, in *NJW*, 1969
- A. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, Napoli, 1967
- G. PENSO, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nuovo Dig. It., Vol. X*, 1939
- B. PETROCELLI, *Pena e processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, I
- B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960
- P. PISA, *Cause di estinzione del reato e della pena*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013
- P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- M. PISANI, *Diritti dell'uomo e processo penale al XII Congresso dell'A.I.D.P.*, in *Riv. dir. proc.*, 1980
- G.D. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena (diritto penale comune)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952
- PLATONE, *Fedone*, G. REALE (a cura di), Bompiani, 2000
- PLATONE, *Repubblica*, F. SARTORI (a cura di), Laterza, 2007
- PLATONE, *Teeteto*, F. TRABATTONI (a cura di) con traduzione di A. Capra, Piccola Biblioteca Einaudi. Classici, 2018, 155 c-e
- K.R. POPPER, *Logik der Forschung*, Springer Verlag, Wien, trad. ingl con nuove note e aggiunte *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London 1959, trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970
- D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, n. 2, pp. 507-532

Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 26 ottobre 1930, n. 251 (straordinario), 1727. – *Relazione e Regio decreto*, 19 ottobre 1930, n. 1398

Relazione del Guardasigilli, on. Rocco sul Libro I del Progetto, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Parte I, Roma, 1929

K.F. VON RICHTHOFEN, *Friesische Rechtsquellen*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Scientia, Aalen, 1960

T. RITTLER, in *Strafbarkeitsbedingungen*, in *Festgabe für Frank*, II, Tübingen, 1930

L. ROCCI, *Vocabolario*, E. MAZZOTTI (a cura di), Società Editrice Dante Alighieri, 2016 ris.

A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1913

K. RÖDER, *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda*, *Critica alle opinioni di Carrara e di Ellero*, in *Riv. pen.*, II fascicolo, 4, 1875

A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Rivista trim., dir. e proc. civ.*, 1964

M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. dir. it. proc. pen.*, 1992

S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1943

M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Zanichelli Editore, Torino, 2010

C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1., Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Auflage, Beck Verlag, München, 1994

J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, 1762

- R. SACCO, P. ROSSI, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1. Auflage aus dem Italienischen übersetzt von Jacob Joussen und 3. erweiterte und überarbeitete Auflage von Alexandra Seifert, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017
- F. SALINGER, § 78, in U. KINDHAUSER, U. NEAMANN, H.U. PAEFFGEN (a cura di), *NomosKommentar StGB*, III ed., Baden-Baden, 2012
- SAN PAOLO, *I Lettera Corinzi*, 2, p. 15, in *La Bibbia*, CEI, Edizione riveduta e ampliata, Paoline, San Paolo, Milano, 2012
- A. SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena (Diritto penale comune)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, 1960
- W. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Zweite, völlig neue Auflage der Grundlagen des Strafrechts, De Gruyter, Berlin, 1949
- A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, in AA. VV., Padova, 2006
- F. VON SCHIRACH, *Der Fall Collini (Il caso Collini)*, Piper, Roma, 2011
- S. SILVANI, *Il giudizio del tempo, Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2009
- S. SILVANI, *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, Il Mulino, Bologna, 2003
- F. VON SPEE, *Cautio criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, deutsche Ausgabe von J.F. RITTER, 1939, Verlag Herm. Böhlaus Nachf./Weimar
- G. STEA, *L'ultima prescrizione, Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2020
- L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990
- L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Giuffrè, Milano, 1985
- Thomas von Aquino und die Grundfragen des Strafrechts. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen*

Fakultät der Hansischen Universität, vorgelegt von HENNER HEUWOLD, Gerichtsreferendar in Hamburg, 1937, Bernard Sporn Verlag Zeulenroda.

A. TRABACCHI, sub *artt. 157-161*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, vol. I, 2^a ed., Ipsoa, Milano, 2006

L. VANTAGGIATO, *Pellegrinaggi giudiziari, Dalla Fiandra a San Nicola di Bari, a Santiago di Compostela e ad altri santuari (secoli XIV-XV)*, Edizioni compostellane, 2010

G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, 1985

P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 1804, § VII

F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2012

U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Editori Laterza, Bari, 2020

U. VINCENTI, *Lo studente che sfidò il papa, Inquisizione e supplizio di Pomponio Algerio*, Editori Laterza, Bari, 2020

P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985

K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus*, in *ZStW*

K. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellen Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, spec. p. 226.

H. WELZEL, *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I Ed. Bonn, 1954

H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 3. Auflage, Berlin 1954, Walter de Gruyter & Co.

H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, ora in H. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, 1975

E. ZOLLA, *Uscite dal mondo*, G. MARCHIANÒ (a cura di), Marsilio Editore, 2012

F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica protorepubblicana*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, A. PALMA (a cura di), III, Napoli, 2010

G. ZUFFI, *Tractatus de criminalis processus. Legitimatione. Liber tres*, Roma, 1665, ff. 135-138

K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Vol. I, Principi fondamentali-ristampa integrata con addenda, Giuffrè Editore, Milano, 1998

2. Giurisprudenza costituzionale.

Corte cost., sent. 31 maggio 1990, n. 275

Corte cost., sent. 20 luglio 1999, n. 337

Corte cost., ord. 20 luglio 2000, n. 317

Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 23

Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24

Corte cost. 31 maggio 2018, n. 115

Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278

Corte. cost., 6 luglio 2021, n. 140

Corte cost., 12 dicembre 2020, n. 278

Corte cost., 6 luglio 2021, n. 140

3. Giurisprudenza di legittimità

Cass. pen., Sezz. Un., 11 luglio 2001, *Brembati*, in *Cass. pen.*, 2002n. 33543

Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11040, con nota di G. STEA, *Prescrizione e tenuità del fatto: tempo, reato e favor rei*, in *Giur. Pen.*, Web, 4, 2016

Cass. pen., Sez. III Sez., 30 marzo 2016, n. 30383

Cass. pen., Sez. III Sent., 17 maggio 2017, n. 57108

Cass. pen., Sez. III, 12 ottobre 2017, n. 18884

Cass. pen., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 39679

Cass. pen., Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 6415

Cass. pen., Sez. V, 20 novembre 2007, n. 10431

Cass. pen., Sez. III, 30 gennaio 1969, n. 28

4. Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs (Corte Suprema Federale Tedesca)

BGHst 52, 124, sent. N. 1/07 del 17 gennaio 2008, in HHRS, 2008, N. 145

