

## Capitolo I

# Il fondamento della prescrizione del reato tra funzioni della pena e istanze di tutela della persona

---

**Sommario:** 1. Tempo, prescrizione civile e prescrizione penale. – 2. Uno sguardo retrospettivo: la prescrizione del reato nel pensiero di Cesare Beccaria. – 3. Le tesi sul fondamento (anche) processuale della prescrizione nel pensiero di liberalismo classico e nel codice Zanardelli. – 4. La prescrizione del reato dal codice Zanardelli al codice Rocco. – 5. La prescrizione come causa di estinzione del reato. – 6. Le critiche alla soluzione codicistica e le classificazioni alternative. – 6.1. *I limiti dell'approccio formalistico: cenni e rinvii.* – 7. Alle origini della lettura costituzionalmente orientata della prescrizione del reato. – 7.1. *In particolare: i rapporti con il finalismo rieducativo della pena.* – 8. La correlazione tra prescrizione del reato e funzione rieducativa della pena al vaglio delle sue ragioni. – 8.1. *Verso un superamento del nesso tra prescrizione del reato e prevenzione speciale tout court.* – 9. Una verifica delle ragioni a fondamento della relazione fra prescrizione del reato e prevenzione generale positiva. – 9.1. *Segue: la correlazione tra prescrizione del reato e prevenzione generale negativa.* – 10. I riscontri empirici sul nesso tra prevenzione generale e prontezza della pena. – 10.1. *Dall'osservazione dei dati empirici alle ragioni del diritto.* – 11. Prescrizione del reato e retribuzione: una relazione complessa. – 11.1. *Il tempo estintivo e la proporzione intrinseca della pena.* – 12. La prescrizione del reato sotto la lente della retribuzione incentrata sul c.d. “merito empirico”. – 12.1. *Rilievi critici.* – 13. Conclusioni provvisorie e questioni ancora aperte.

## 1. Tempo, prescrizione civile e prescrizione penale

La prescrizione è istituto giuridico incentrato sull'ineliminabile connessione fra tempo e diritto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sterminata la letteratura sul rapporto tra diritto e tempo. Tra le numerosissime fon-

Che l'aspetto normativo dell'esperienza giuridica implichi un necessario collegamento tra passato e futuro è un dato incontrovertibile. Senza un nesso con la dimensione cronologica, le norme giuridiche non potrebbero operare come regole generali e astratte di condotta, in grado di instaurare una correlazione storico/temporale – e al contempo deontologica – tra accadimenti, conforme al modo di essere della società<sup>2</sup>. Ciò vale naturalmente, anche per il diritto penale ove numerosi sono gli istituti che presentano una struttura cronologica<sup>3</sup>. Basti pensare che il tempo scandisce la realizzazione del fatto concreto, accompagna il passaggio dalla mera commissione alla piena consumazione del reato ed è elemento costitutivo del fatto tipico nei c.d. “reati di durata”.

La dimensione temporale condiziona inoltre l'applicabilità in concreto della legge penale, incide sulle vicende della punibilità<sup>4</sup> ed è indi-

---

ti, fondamentali i contributi di ENGISCH K., *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild das Juristen*, II ed., Heidelberg, 1965 e di HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998. In Italia, fra gli altri, CAPOZZI G., *Temporalità e norme nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 1968; COTTA S., *Diritto e tempo. Linee di un'interpretazione fenomenologica*, in ORECCHIA R., *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, Milano, 1982; D'ORTA M., *Diritto e tempo. L'idea di “progresso” del diritto dall'antichità alla modernità*, Torino, 2012; BRETONE M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 2004; DI SANTO L., *Il diritto nel tempo il tempo del diritto*, Milano, 2018. Sui rapporti tra tempo, linguaggio e diritto si vedano le riflessioni di OST F., *Le temps du droit*, Parigi, 1999.

L'idea che nella sfera del diritto il tempo operi tanto come condizione d'essere del diritto nella storia, quanto come componente costitutiva di talune situazioni giuridiche è sostanzialmente condivisa dai principali studi teorici sul tema. Essa si rintraccia, seppur con accenti diversi, in HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, cit., p. 3, ENGISCH K., *Die Zeit im Recht*, cit., p. 67. In Italia, CAPOZZI G., *Temporalità e norme nella critica della ragione giuridica*, cit., p. 207 e ss. e LEONE M., *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974, pp. 16 e 17.

<sup>2</sup> Il riferimento è qui alla concezione che nell'evidenziare la duplice natura del diritto come fenomeno storico-sociale e come complesso di norme astratte, valorizza il ruolo che il fattore tempo ricopre tanto sul piano della contingenza storico/empirica del diritto, quanto sotto il profilo prescrittivo del diritto stesso, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, (MILITELLO V., PARODI GIUSINO M., SPENA A., cur.), Milano, 2020, p. 5 e ss.; ID., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. I, Milano, 2009, p. 168 e ss.

<sup>3</sup> Sui significati del tempo nella sfera del diritto penale, LEONE M., *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, cit., p. 85 e ss.

<sup>4</sup> Sulle molteplici relazioni tra diritto penale e tempo, LEONE M., *op. ult. cit.*; più di recente, DE SANTIS G., *Gli effetti del tempo nel reato*, Milano, 2006; FALCINELLI D., *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011.

spensabile per il *law enforcement*<sup>5</sup>. Così come il carattere della temporalità accompagna il passaggio dal reato alla successiva punibilità in concreto e dall'irrogazione della pena alla sua esecuzione, o ancora serve a stabilire la posizione del fatto rispetto alla legge vigente, e così via.

Nella maggior parte dei casi, l'elemento temporale svolge dunque una funzione di tipo relazionale/ordinatorio tra accadimenti verificatisi in momenti cronologicamente diversi. Esso rappresenta, cioè, una componente di contesto, un «orizzonte descrittivo»<sup>6</sup> che accompagna ed insieme influenza il dispiegarsi degli avvenimenti giuridici, collegando a certi fatti talune conseguenze giuridiche<sup>7</sup>.

Ciò non accade tuttavia rispetto alla prescrizione. Qui in effetti, il tempo mostra un'inusuale efficacia genetica rispetto al complesso degli effetti presi in considerazione nella sfera giuridica, venendo in rilievo in una dimensione diversa e più pregnante di quella che lo connota in altri ambiti del diritto (anche penale); ossia, come fatto in sé giuridicamente rilevante. Il suo semplice trascorrere determina infatti il verificarsi della conseguenza giuridica; sicché è esso stesso il fenomeno che assume consistenza per il diritto penale<sup>8</sup>.

Tale specifica modalità di operare del tempo nella prescrizione penalistica ne costituisce contrassegno distintivo rispetto alla fisionomia che essa mostra in altri ambiti dell'ordinamento; ed in special modo, in ambito civilistico. Qui infatti, il mero decorso del termine prescrizionale non è in grado, da solo, di disattivare posizioni giuridiche soggettive, ma assume rilievo giuridico soltanto affiancato al mancato esercizio del diritto prescritto da parte del soggetto che ne è titolare<sup>9</sup>. Gli effetti

---

<sup>5</sup> Per tutti, PULITANO D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 e ss. e SPANGHER G., *Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 971.

<sup>6</sup> HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, cit., pp. 3 e ss.; 144 e 145.

<sup>7</sup> Esclude che in diritto penale il tempo possa operare per sé solo, senza l'apporto di ulteriori elementi o fattori LEONE M., *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, cit., p. 26 il quale considera il modo di operare del tempo inteso quale «pura forza» come un agire del tutto svincolato da ogni riferimento alla realtà empirica o giuridica.

<sup>8</sup> In questi termini, PULITANO D., *La giustizia penale e il tempo*, in *Sist. pen.*, 2019, p. 5 e ss. che osserva come la prescrizione sia un istituto che assegna rilievo al puro e semplice dato temporale.

<sup>9</sup> Furono gli esponenti della Scuola liberale classica ad evidenziare per primi la differenza strutturale tra prescrizione civile e prescrizione penale: CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tomo III, Pisa, 1832, p. 242; GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale della legislazioni penali pontificia e*

estintivi del tempo della prescrizione civile si realizzano cioè esclusivamente a fronte di un'inerzia dell'agire<sup>10</sup>. Diversamente, la prescrizione penale opera in base ad un meccanismo presuntivo fondato sul mero decorso del tempo, per il quale non è ammessa prova contraria e nei cui confronti non si richiede il filtro di una previa convalida da parte dell'autorità giudiziaria.

Tanto basta per intuire la distanza che separa le due figure di prescrizione, nei rispettivi ambiti dell'ordinamento. Mentre il tempo della prescrizione civile coincide con quello dell'inattività del titolare del diritto, in ambito penalistico, l'intera vicenda prescrizioneale scaturisce dall'esplicarsi della cruda forza corrosiva dell'elemento cronologico, senza che occorra il concorso di fattori ulteriori e a prescindere dall'attivazione dell'azione penale nei confronti del reo. È il nudo defluire del tempo che spezza la sequenza reato-pena<sup>11</sup> (prescrizione del reato); o che determina l'estinzione della sanzione già irrogata dal giudice (prescrizione della pena)<sup>12</sup>. Anche la prescrizione penale implica un elemento di inattività (o di ritardo nell'esercizio dell'attività giudiziaria). Il reato si prescrive, se entro un certo lasso di tempo non interviene la condanna. Ma l'inerzia che concorre alla maturazione di tale tempo

---

*toscana*, Macerata, 1856, p. 267 e ss.; TOLOMEI, G. *Diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1874, p. 396; PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 395; CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, 1993, p. 507.

Per un approfondito *excursus* sull'evoluzione storica dell'istituto della prescrizione, SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009, p. 17 e ss.

<sup>10</sup> Sul punto, si leggano *ex plurimis*, PUGLIESE G., *La prescrizione nel diritto civile*, II, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924, p. 22 e ss.; TRIMARCHI P., *Prescrizione e decadenza*, in *Ius*, 1956, p. 232; SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966 (rist. 1971), p. 113 e ss.; FERRUCCI R., *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 644 e 645; PANZA G., *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 3 e ss.; GRASSO B., *Prescrizione e decadenza (dir. civ.)*, in *Enc. Treccani – Diritto online*, 2015; ANZANI G., *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 199.

Riguardo alle differenze tra prescrizione civile e prescrizione penale nella letteratura penalistica più recente, GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 11 e ss. e SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., pp. 25 e 26.

<sup>11</sup> Il termine «sequenza» richiama l'efficace immagine a cui ricorre DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, Milano, 1998.

<sup>12</sup> Sul ruolo fondante del tempo nell'istituto della prescrizione della pena, MANTOVANI M., *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, p. 10 e ss.

estintivo – almeno con riguardo alla prescrizione del reato – non equivale ad “assenza totale di azione”, non è, cioè, determinato da un vuoto di iniziativa dato che un *minimum* di attività – esercizio dell’azione penale o avvio del procedimento penale – non osta al suo pieno compimento.

Difforme è poi anche l’angolazione del modo di agire del tempo nei due settori.

L’orologio della prescrizione penale guarda a situazioni del passato, perché delimita la punibilità per un fatto pregresso o estingue la pena inflitta per un reato già giudicato. Nella prescrizione civile invece, l’ancoraggio della verifica dell’effetto estintivo all’inerzia prolungata del titolare del diritto dimostra come l’elemento temporale operi non in senso retrospettivo – quale forza che sgretola un fatto anteriore – bensì in senso dinamico, come forma di consolidamento *a posteriori* di una situazione nuova che contrasta con il diritto precedente.

Il decorso del tempo prescrizione nel settore civilistico serve in sostanza ad adeguare lo stato di diritto a quello di fatto, assicurando la certezza di rapporti giuridici mutati nel corso di una frazione temporale, ritenuta a tal fine sufficiente dal diritto<sup>13</sup>. In ambito penalistico invece, il tempo estingue il passato, senza creare un fatto nuovo.

La divergenza strutturale e di significato fra i due tipi di prescrizione – civile e penale – senza dubbio riflette anche un’eterogeneità delle rispettive *rationes*, nonostante il comune elemento della valorizzazione del potere estintivo o performante del tempo.

Il fondamento della prescrizione civile viene in genere individuato nell’attuazione di un’esigenza di certezza dei rapporti giuridici<sup>14</sup>, nella necessità di sanzionare l’incuria del titolare del diritto<sup>15</sup>, oppure, infine, nell’esigenza di adeguare lo stato di diritto alla situazione di fatto<sup>16</sup>. Pur nella pluralità delle finalità indicate dalla riflessione civilistica, rimane

---

<sup>13</sup> Per tutti, SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 121.

<sup>14</sup> RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, V, Torino, 1907, p. 272; TEDESCHI V., *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, p. 55; ID. «Decadenza (Dir. e proc. civ.)», in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 770 e ss.; AZZARITI F., SCARPELLO G., *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 201 e ss.

<sup>15</sup> G. SCALFI G., *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1952, n. 3; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, vol. I, p. 187.

<sup>16</sup> Per tutti, SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine*, cit., p. 113. Per una panoramica delle diverse posizioni dottrinali, si legga TRAVAGLINO G., *Le stagioni della prescrizione estintiva*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 49 e ss.

costante l'idea che in diritto privato la prescrizione presupponga qualcosa di più del mero defluire del tempo e che i suoi effetti vengano pertanto, in una certa misura, a dipendere dalla libera scelta del singolo soggetto, titolare della situazione giuridica inattivata.

Decisamente diversa è invece la prospettiva penalistica che nella sostanza radica la capacità della prescrizione di circoscrivere la risposta sanzionatoria rispetto al fatto all'interno del raggio d'azione segnato dalle finalità stesse del diritto penale e dalla dinamica del rapporto reato-pena<sup>17</sup>. Che la prescrizione penale abbia una sua peculiare natura, in alcun modo sovrapponibile a quella dell'omologa figura civilistica, è del resto confermato dal dato che storicamente l'istituto penalistico ha acquisito autonoma dignità scientifica, quando si è affrancato dalle categorie civilistiche che inducevano a ritenere la condizione di impunità conseguente al suo operare come uno *status* soggettivo acquisibile dal reo a fronte della rinuncia dello Stato all'esercizio del potere punitivo<sup>18</sup>.

Una volta superata l'idea che la rinuncia alla punizione conseguente al passaggio del tempo consistesse in una forma di *usucapione* dell'impunità<sup>19</sup>, la prescrizione ha dunque trovato una legittimazione interna al sistema penale, seppure sin dal principio ne sia apparso ambiguo il fondamento teorico, come dimostrava la varietà di posizioni espresse sul punto dalla dottrina classica.

Da un lato, si faceva riferimento all'attuazione di un'esigenza di tutela dei diritti fondamentali della persona contro l'abuso di un potere punitivo sottratto alla forza logorante del tempo<sup>20</sup>; dall'altro lato, si ri-

---

<sup>17</sup> Come bene evidenziato da GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, cit., p. 21 e ss.

<sup>18</sup> L'idea che la prescrizione penale non avesse la medesima *ratio* di quella civile e fosse incentrata sul venir meno del danno sociale cagionato dal reato si rintraccia già negli scritti di PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 395; CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, cit., p. 343; GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, cit., p. 275. Sul punto anche MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1957, pp. 683 e 684. Un retaggio dell'impostazione civilistica è tuttavia ancora presente in alcuni degli esponenti della Scuola liberale classica, come NICOLINI N., *Le questioni di diritto*, Napoli, 1870, p. 15 e ss.

Per una panoramica delle diverse posizioni della dottrina classica si rinvia a PECIOLI A., *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019, p. 14 e ss.

<sup>19</sup> Così, NICOLINI N., *Le questioni di diritto*, cit., p. 17 e ss.

<sup>20</sup> Per tutti, BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Torino, 1994, p. 73 e ss.

chiamava la finalità di prevenzione generale della pena, evidenziando come questa sarebbe stata resa ineffettiva dall'applicazione della sanzione penale ad eccessiva distanza di tempo dal momento della commissione del fatto<sup>21</sup>.

Già agli occhi della dottrina più risalente nel tempo dunque, la prescrizione è apparsa come una fattispecie straordinariamente complessa perché orientata a soddisfare una pluralità di istanze eterogenee, talvolta anche fortemente contrastanti. All'impostazione che ne poneva a fondamento un'insopprimibile esigenza di giustizia, volta a proteggere l'individuo dalla scure dello *ius puniendi*, si contrapponeva l'idea che la vicenda estintiva fosse incentrata sulla perdita di interesse dello Stato a punire fatti eccessivamente remoti il cui danno sociale risultasse, cioè, oramai esaurito; o rispetto ai quali apparisse inutile – in quanto inefficace – l'applicazione di una sanzione tardiva<sup>22</sup>.

In posizione intermedia tra tali poli contrapposti, si collocava poi l'opinione di chi riteneva la prescrizione del reato una forma di surrogazione della funzione retributiva della pena che sostitutiva il carico di sofferenza espiatrice proprio della sanzione penale con lo stato di angoscia provocato nel reo dalla prolungata esposizione al rischio del castigo penale<sup>23</sup>.

La molteplicità dei punti di vista che ha caratterizzato l'iniziale riflessione giuridica sulle giustificazioni teoriche della prescrizione dimostra come sin dalle prime battute, sia risultato particolarmente arduo ricondurre tale categoria ad una ragione unitaria. Non stupisce pertanto come l'originaria cifra di ambiguità sia rimasta immutata nel

---

<sup>21</sup> Così, già, CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, cit., p. 505 e ss. e più avanti, FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, vol. V, Torino, 1959, pp. 388-389; DE MARSICO A., *Diritto penale. Parte gen.*, Napoli, 1969, p. 311.

<sup>22</sup> Come bene evidenziato da SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 43 e ss.

<sup>23</sup> Tale impostazione veniva tuttavia accusata di considerare la prescrizione come l'espressione di una presunzione fallace perché empiricamente indimostrabile. Che la perdurante esposizione al rischio della punizione potesse ingenerare nel reo uno stato di angoscia e di sofferenza equivalente a quello cagionato dalla pena appariva non solo un'astrazione filosofica priva di riscontri pratici, ma per di più infondata per il suo ispirarsi ad una visione di tipo retributivo/eticizzante della pena che non teneva in alcun modo conto delle esigenze di difesa sociale, sottostanti al fenomeno prescrizionale. In tal senso, GRASSI C., *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910, p. 19 e ss.; MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, vol. II, Torino, 1921, p. 499 e ss.; MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 684. Così, anche il CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, cit., pp. 505 e 506.

tempo, resistendo anche all'ordine dogmatico fornito dalla codificazione post-unitaria che nel frattempo aveva, se non altro, permesso di superare la parcellizzazione dei modelli di disciplina della legislazione precedente<sup>24</sup>.

Non vi è dubbio infatti che le soluzioni normative adottate, dal codice Zanardelli prima e dal codice Rocco dopo hanno rappresentato un importante momento di sintesi delle variegate posizioni in campo riguardo la corretta qualificazione dogmatica della prescrizione; e tuttavia, esse non sono state sufficienti a porre fine al dibattito sul significato di un istituto che ha continuato ad apparire tanto dogmaticamente controverso, quanto storicamente condizionato dal diverso modo di concepire il rapporto tra l'individuo e il potere punitivo dello Stato<sup>25</sup>.

Fatta eccezione per le teorie di stampo eticizzante sull'emenda morale del reo determinata dal mero trascorrere del tempo, nell'insieme, molti degli argomenti prospettati dalla dottrina del passato hanno attraversato indenni i secoli; e per tale ragione, essi riecheggiano vigorosi anche nella riflessione teorica contemporanea<sup>26</sup>.

## 2. Uno sguardo retrospettivo: la prescrizione del reato nel pensiero di Cesare Beccaria

Non vi è dubbio che il periodo illuminista abbia rappresentato un cruciale momento di svolta per la riflessione teorica penalistica. Ad es-

---

<sup>24</sup> Segnalava come la varietà delle soluzioni normative adottate dai codici preunitari fosse dovuta all'assenza di un solido fondamento razionale, già MASUCCI L., *Gli effetti giuridici del reato*, voce. *Prescrizione*, in *Enc. dir. pen.*, a cura di Pessina, vol. III, Milano, 1906, p. 314 e 315.

Per una descrizione delle soluzioni normative adottate nei codici preunitari, SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 67 e ss.

<sup>25</sup> In fondo, pur se criticabili sotto il profilo dell'esclusivo richiamo alla dimensione processuale della categoria, le tesi più risalenti che ritenevano la prescrizione un forma di estinzione del poter punitivo dello Stato o l'espressione di una rinuncia da parte dello Stato stesso al suo esercizio avevano il pregio di mettere in luce un aspetto certamente cruciale dell'istituto della prescrizione; e cioè, il fatto che la relativa disciplina e la collocazione sistematica prescelta costituissero l'inevitabile riflesso di una precisa visione del rapporto tra il potere sanzionatorio dello Stato e la libertà del cittadino. Su questi profili, STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 344 e 345.

<sup>26</sup> Come osserva anche MONGILLO V., *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in *Giur. it.*, 2020, p. 997.

so si deve sia l'elaborazione di molti dei principi fondamentali che connotano il moderno diritto penale, sia l'idea che lo *ius criminale* debba essere fondato su base garantista. Di matrice illuminista è poi soprattutto una concezione della pena razionalmente orientata ad individuare un punto di equilibrio tra le istanze repressive e di difesa sociale da un lato, e la tutela dei diritti inviolabili della persona, dall'altro lato. Non a caso, il primo importante contributo alla comprensione delle *rationes* sostanziali dell'istituto della prescrizione si deve proprio al pensiero illuminista che per primo ha individuato una linea di collegamento fra il tempo estintivo e le funzioni della pena.

Uno studio sulla prescrizione del reato risulterebbe dunque certamente incompleto se non accennasse al contributo determinante del pensiero illuminista in materia; e ciò non soltanto per l'ovvia ragione che anche in tale ambito, come per altri istituti del diritto penale, l'eredità culturale del "periodo dei lumi" ha profondamente influenzato lo sviluppo della successiva riflessione giuridica, ma soprattutto perché all'illuminismo si deve il merito di aver individuato le ragioni di carattere sostanziale e garantiste poste a fondamento di un istituto che sino ad allora era stato letto in chiave esclusivamente processuale, come del tutto svincolato dal rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo.

Fu Cesare Beccaria ad affermare che la prescrizione servisse a soddisfare un'insopprimibile esigenza di giustizia riguardante tanto il versante processuale, quanto quello sostanziale dello *ius puniendi*<sup>27</sup>. La necessità di stabilire un limite temporale per la punizione del fatto veniva da Beccaria messa in relazione sia con l'esigenza di salvaguardare il diritto dell'individuo a difendersi dalle accuse, sia con ragioni di na-

---

<sup>27</sup> BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 73.

In dottrina sul ruolo fondante che il pensiero di Beccaria ha avuto rispetto alla nascita del garantismo penale, e più in generale sulla sua influenza culturale nei confronti del diritto penale moderno, cfr. in specie MARINUCCI G., *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 2025; CADOPPI A., *Beccaria e la sua influenza sulla scienza e sulla legislazione penale in Italia e all'estero*, in FLORA G (cur.), *I 250 anni "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Pisa, 2015, p. 59 e ss.; FERRAJOLI L., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 138; VINCIGUERRA S., "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria. *Attualità a 250 anni dalla pubblicazione*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2016, p. 192; LARIZZA S., "... e delle pene": la concezione di Cesare Beccaria, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 364 e ss.; DONINI M., *Garantismo penale oggi*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2019, p. 7; MAIELLO V., *Legge e interpretazione nel "sistema" di Dei delitti e delle pene*, in *disCrimen*, 18 novembre 2020, p. 1 e ss.

tura sostanziale connesse gli scopi della pena<sup>28</sup>. All'efficacia estintiva del tempo l'insigne Autore attribuiva pertanto una duplice finalità: in primo luogo, impedire che l'esercizio tardivo dell'azione penale privasse il presunto reo della possibilità di presentare prove a discolpa; ma anche scongiurare l'applicazione di una pena sostanzialmente priva di idoneità deterrente perché relativa fatti lontani nel tempo, oramai ignoti alla memoria sociale<sup>29</sup>.

Non mancava inoltre un collegamento con la funzione special-preventiva della pena, laddove veniva riconosciuta al decorso del tempo una capacità di emenda, basata sulla presunzione che il progressivo distacco dal delitto, accompagnato dal timore della punizione, favorisse la redenzione del reo<sup>30</sup>.

Il riferimento al potere salvifico del fattore temporale, seppure presente, rimaneva nondimeno del tutto marginale. Nel complessivo inquadramento della categoria, a prevalere era piuttosto un approccio ispirato all'idealismo umanitario di stampo illuminista che rivendicava l'esigenza di proteggere i diritti fondamentali dell'uomo contro gli abusi del potere statale; senza al contempo disconoscere l'importanza di un collegamento con gli scopi assegnati al diritto penale nel suo complesso.

Il nucleo di significato della prescrizione veniva in sostanza individuato per un verso, nell'attuazione di un'istanza di garanzia per l'individuo contro l'ingiustizia di un castigo intempestivo, considerato lesivo del diritto di difesa e per altro verso, nella realizzazione di un vincolo di prontezza della risposta sanzionatoria che era ritenuto presupposto indispensabile per l'efficacia deterrente delle pene<sup>31</sup>.

Il fenomeno prescrizionale trovava, cioè, per Beccaria la sua legittimazione nelle fondamenta stesse del diritto penale e costituiva concretizzazione di un'aspirazione di giustizia incentrata sul rapporto di proporzione/prontezza della risposta sanzionatoria rispetto al reato. Non a caso in "*Dei delitti e delle pene*" la determinazione del tempo necessa-

---

<sup>28</sup> BECCARIA C., *Ibidem*.

<sup>29</sup> BECCARIA C., *Ibidem*, ove si legge: «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 divenire migliore».

<sup>30</sup> Sul punto, SILVANI S., *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, p. 434.

<sup>31</sup> Note le tesi di Beccaria sul nesso tra prontezza della pena e prevenzione generale negativa, BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 47-49.

rio a prescrivere viene messa in correlazione con la gravità dei crimini. Mentre si negava la prescrizione per i *delitti atroci*, per i *delitti minori ed oscuri* la durata della stessa veniva rimessa alla scelta del legislatore e si ammetteva potesse variare in base alla “percezione” collettiva della gravità dei torti, in ciascun contesto sociale<sup>32</sup>.

La lettura in senso diacronico delle tesi del passato rischia probabilmente di apparire ridondante rispetto alla complessità e alla pluralità di profili che caratterizzano il volto della prescrizione nell’attuale contesto ordinamentale, senza dubbio molto distante dal modello di Stato nazionale di stampo illuminista in cui tali concezioni avevano visto la luce. Non si può tuttavia trascurare come molti degli argomenti richiamati dalla dottrina illuminista esprimessero già la “sostanza” di un istituto la cui caratura teorica senza dubbio trascende la provvisorietà delle soluzioni normative di volta in volta adottate dal legislatore e si congiunge alle ragioni fondamentali del “*se e del quando punire*”, intrecciandosi, in definitiva, con le questioni teoriche afferenti alla riflessione sulla giustificazione razionale dell’intero sistema penale.

Delimitando la punibilità del reato attraverso un automatismo legislativo che prescinde dall’esistenza di un provvedimento *ad hoc* dell’autorità statale o giudiziaria e che in ciò si distingue dalle altre cause di estinzione del reato e dagli istituti di clemenza, la prescrizione interferisce in effetti con la teoria della pena e del reato e rappresenta, di fatto, uno “snodo cruciale” della connessione tra il reato e la sua punibilità in cui finisce con il condensarsi un certo modo di intendere il diritto penale<sup>33</sup>. L’analisi retrospettiva dei significati che la tradizione giuridica ha storicamente assegnato alla prescrizione – molti dei quali, come detto, hanno resistito indenni nei secoli all’evolversi degli ordinamenti giuridici – dimostra in modo inequivoco come tale istituto costituisca un elemento strutturale irrinunciabile del sistema penale la cui rilevanza strategica prescinde dalla contingenza delle diverse opzioni normative.

Le intuizioni illuministiche circa le ragioni fondative di tale causa di esclusione della pena, pur se inserite nel contesto di una visione per certi versi utopistica dei rapporti tra diritto e cittadino, ne hanno però messo in luce due aspetti essenziali, presenti anche nella moderna fisionomia dell’istituto: in primo luogo, il profilo “garantista o soggettivista”, che individua nel tempo dell’oblio un importante strumento di tutela

---

<sup>32</sup> BECCARIA C., *Ibidem*, p. 73.

<sup>33</sup> Come evidenziato anche da PULITANÒ D., *Una confessione di Agostino. Il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, p. 74.

della libertà dell'individuo contro gli abusi punitivi dello Stato; d'altra parte, la dimensione "pubblicistica o oggettivistica", per la quale la perdita di interesse dello Stato a sanzionare fatti troppo distanti nel tempo dalla commissione del fatto dipenderebbe dalla disfunzionalità di una pena tardiva rispetto agli scopi di prevenzione generale<sup>34</sup>.

Nel versante garantista di stampo soggettivistico, si intravede non solo l'antesignano logico di quel *diritto del singolo all'oblio* che ad opinione di alcuni troverebbe cittadinanza nell'assetto dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti<sup>35</sup>, ma anche un riferimento indiretto al nesso tra prescrizione e diritto di difesa dell'imputato, oggi richiamato soprattutto dalle tesi che attribuiscono a tale causa estintiva una natura processuale. D'altro canto, l'ottica pubblicistica che attribuisce alla prescrizione un rilievo essenzialmente oggettivo invita a considerare come lo spazio operativo attribuito si saldi con un modello di diritto penale razionale di scopo nel quale l'interruzione della contiguità reato-pena si rivela ragionevole, se rapportata a precisi fini di prevenzione generale; un modello in cui in definitiva il fattore temporale determina il passaggio dalla meritevolezza astratta di pena di un "fatto concreto conforme alla fattispecie incriminatrice" al bisogno di non punire "*quel fatto concreto*" remoto nel tempo<sup>36</sup>.

### 3. Le tesi sul fondamento (anche) processuale della prescrizione nel pensiero del liberalismo classico e nel codice Zanardelli

A conferma del volto poliedrico della prescrizione, basti considerare come nel pensiero dei classici – e ancor prima in epoca illuminista –

---

<sup>34</sup> Sulla centralità della distinzione tra concezione oggettivistica e concezione soggettivistica nella riflessione teorica attorno al tema della prescrizione, di recente MARTIRE D., *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 3/ 2021, p. 9 e ss.

<sup>35</sup> Su tali profili si tornerà più avanti al Capitolo II, sezione I, parr. 5, 5.1, 5.2. Al momento, sia sufficiente ricordare come la rilevanza costituzionale del diritto all'oblio inteso come diritto dell'individuo ad essere dimenticato dalla minaccia penale abbia trovato espresso riconoscimento anche nella giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 23/2013, sent. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018).

<sup>36</sup> Il venir meno del bisogno concreto di pena rispetto al singolo fatto di reato astrattamente meritevole di sanzione è per la verità elemento comune a tutte le cause di esclusione e di estinzione della punibilità, come evidenziato da ROMANO M., *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 50 e ss.

non mancarono voci che ne individuaron il fondamento non solo in ragioni afferenti alla sfera del diritto sostanziale ma anche in istanze di carattere processuale.

Così, già alla fine del XVIII sec., Filangieri poneva l'accento sul profilo della salvaguardia del diritto di difesa dell'accusato potenzialmente frustrato da un'azione penale esercitata a notevole distanza di tempo dalla commissione del fatto<sup>37</sup>. Tale riferimento era presente anche nel liberalismo classico che segnalava come la tempestività della risposta sanzionatoria fosse un presupposto indispensabile per impedire che la dispersione delle prove del fatto privasse l'accusato del diritto ad una difesa giusta ed efficace. In particolare, si riteneva che il dissolvimento dei mezzi di prova per effetto del decorso del tempo potesse distorcere il regolare svolgimento dell'azione penale, consentendo al calunniatore di veder avvalorata la sua falsa incolpazione e sottraendo all'accusato la possibilità di provare la propria innocenza<sup>38</sup>.

Nel pensiero liberale tuttavia, la valorizzazione delle esigenze di carattere processuale non sopravanzò mai le giustificazioni di tipo sostanzialistico bensì si aggiunse alle stesse, contribuendo a conferire alla prescrizione una "duplice anima": processuale e sostanziale, al contempo<sup>39</sup>. Ed anzi, proprio il versante "sostanziale" registrò un'importante evoluzione rispetto alle tesi sostenute dall'illuminismo, più propense ad accordare un particolare rilievo ai diritti fondamentali dell'individuo avverso il rigore della pretesa punitiva dello stato.

Pur non escludendo il ruolo di tali ragioni di stampo individualistico, la dottrina ottocentesca pose infatti principalmente l'accento sul profilo della carenza di interesse da parte dello Stato a punire fatti troppo lontani nel tempo, ormai oscuri nella memoria sociale, facendo tendenzialmente prevalere l'aspetto pubblicistico sull'idea dell'esistenza di un diritto del singolo all'oblio<sup>40</sup>.

La molteplicità di istanze presenti nella riflessione giuridica del pe-

---

<sup>37</sup> FILANGIERI G., *La scienza della Legislazione penale*, II ed., Venezia, 1796, rist. Napoli, 2003, p. 121.

<sup>38</sup> In particolare, CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., p. 243; CARRARA F., *Programma del corso di diritto penale*, cit., p. 507; PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, cit., p. 400.

<sup>39</sup> Come di recente evidenziato da PECCIOLI A., *La prescrizione del reato*, cit., p. 18 e ss.

<sup>40</sup> CARRARA F., *op. ult. cit.*, pp. 505-507; CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1882, p. 243; TUOZZI P., *Corso di diritto penale secondo il vigente codice d'Italia*, Napoli, 1899, p. 507; GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 267 e ss.

riodo che precedette l'unità d'Italia caratterizzò anche il dibattito successivo.

Durante la lunga fase di gestazione del codice Zanardelli, il discorso penalistico rimase infatti fortemente condizionato dalla difficoltà di rintracciare un punto di equilibrio tra le due "anime" dell'istituto: la tutela del diritto di difesa del singolo, da un lato, e il venir meno dell'interesse sociale alla pena, dall'altro lato.

Durante i relativi lavori preparatori, la tensione fra tali opposti poli concettuali generò forti contrapposizioni proprio in relazione ai profili di disciplina più direttamente influenzati dal duplice volto della prescrizione; e cioè, la previsione di un eventuale termine di prescrizione anche per i reati più gravi, da una parte, e dall'altra, il tema dell'interruzione del decorso della prescrizione dopo l'avvio dell'azione penale. Se la scelta della durata della prescrizione per i delitti più atroci chiamava in causa istanze di carattere sostanziale connesse al permanere o al dissolversi nel tempo dell'interesse sociale alla punizione, rispetto al problema degli atti del processo cui attribuire capacità interruttiva, assumevano invece rilevanza le ragioni processuali; ed in particolare, la necessità di stabilire un corretto punto di raccordo tra il tempo dell'oblio del reato e i tempi dell'azione penale.

Com'è noto, le soluzioni adottate nel codice Zanardelli andarono nella direzione di stabilire un termine prescrizionale massimo anche per i reati gravissimi<sup>41</sup> e di indicare nella sentenza di condanna di primo grado l'atto interruttivo per eccellenza, una volta compiuto il quale il reato oggetto di accertamento non avrebbe più potuto prescrivere<sup>42</sup>.

Nel testo definitivo, in relazione ad entrambi i profili si preferirono dunque posizioni intermedie. I delitti più gravi furono considerati prescrivibili; ma per essi venne stabilito un termine di prescrizione particolarmente elevato, di modo che anche rispetto a tali tipi di crimini, le esigenze di difesa sociale innescate dalle offese maggiori non sopravanzassero del tutto l'opportunità di rinunciare alla pretesa punitiva eccessivamente tardiva.

---

<sup>41</sup> L'art. 91 n. 1 stabiliva infatti che i reati puniti con la pena dell'ergastolo si prescrivessero in vent'anni. Per tutti, sul punto IMPALLOMENI G.B., *Il Codice penale italiano*, vol. I, parte generale, Firenze, 1890, p. 339.

<sup>42</sup> Nel codice prevalse pertanto la soluzione proposta nel c.d. "progetto Mancini" del 1876 che indicava nella sentenza di condanna di primo grado l'atto interruttivo della prescrizione, *Relazione del Ministro Guardasigilli Mancini sul progetto presentato nel 1876* il cui testo si trova citato in CRIVELLARI G., *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. IV, Torino, 1892, p. 550 e ss.

Quanto invece al tema dell'interruzione, la soluzione di indicare nella pronuncia della sentenza di condanna di primo grado l'atto capace di arrestare definitivamente il decorso della prescrizione apparve uniformarsi all'idea che una volta sopraggiunta la prova dell'addebito penale, fosse ingiusto esporre l'azione penale al rischio di veder cancellato il reato. Si trattò dunque di un evidente sbilanciamento a favore dei tempi dell'azione penale e a discapito delle ragioni "sostanziali" dell'istituto che tuttavia veniva in concreto compensato dalla scelta di attribuire efficacia interruttiva anche ad altri specifici atti del processo e dal fatto di prevedere in relazione ad essi un termine massimo di durata dell'interruzione<sup>43</sup>.

Dal punto di vista della qualificazione formale infine, il codice liberale sembrò far prevalere la tesi della natura processuale, facendo della prescrizione una causa di estinzione dell'azione penale, piuttosto che del reato, sebbene ubicata nel codice penale.

Nondimeno, vi è chi ritiene che la caratura "processuale" del codice liberale fosse un elemento di apparenza, più che di realtà. Ben oltre il mero dato formale infatti, l'inserimento della disciplina della prescrizione tra le norme di diritto penale sostanziale e il fatto che la Relazione di accompagnamento al progetto di codice indicasse tra gli argomenti a fondamento dell'istituto anche ragioni "sostanziali" vengono considerati validi indizi di una malcelata volontà del legislatore di non restringere l'ambito di operatività della prescrizione al solo diritto processuale<sup>44</sup>.

A favore di tale lettura deponeva peraltro il dato che nel pensiero liberale coevo all'emanazione del codice, l'assenza di una chiara distinzione dogmatica tra diritto sostanziale e diritto processuale si rifletteva anche sull'ambiguità di significato della nozione di azione<sup>45</sup>. Nella ri-

---

<sup>43</sup> Tali atti non avrebbero però potuto prolungare la durata del processo per un tempo superiore alla metà dei termini prescrizionali previsti per i singoli reati, come specificato nella *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale per il Regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati da S.E. Il Ministro di Grazia e Giustizia e dei culti Zanardelli nel 22 novembre 1887*, Torino, 1888, p. 238; p. 551.

<sup>44</sup> Si veda la *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale per il Regno d'Italia*, cit., pp. 232, 238, ove veniva espressamente richiamata tanto l'esigenza di garantire una piena attuazione del diritto difesa all'accusato, quanto la perdita di interesse sociale alla repressione di fatti cancellati dalla memoria collettiva.

In generale, sull'irrelevanza della denominazione legale ai fini della configurazione giuridica dell'istituto della prescrizione, MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, cit., p. 128.

<sup>45</sup> Così già MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 680, che indivi-

flessione teorica del tempo infatti, l'espressione "azione penale" veniva indifferentemente impiegata tanto come sinonimo di "procedimento penale" o di "processo", quanto come «potenzialità della legge penale di tradursi in atto»<sup>46</sup>. L'azione penale era cioè considerata una sorta di movimento ineluttabile che trovava impulso nel compimento del reato ed era diretto ad ottenere l'attuazione in concreto della minaccia astratta di pena contenuta nella legge penale. E tuttavia, tale *procedere* non veniva concettualmente distinto dalla stessa legge punitiva, oggetto di applicazione con cui in definitiva si identificava<sup>47</sup>. Era la legge che dirigendosi verso la punizione diveniva *azione*.

#### 4. La prescrizione del reato dal codice Zanardelli al codice Rocco

Le istanze funzionaliste che erano state alla base della concezione liberale della prescrizione e che avevano trovato una sintesi normativa nel modello elaborato dal codice Zanardelli sembrarono svanire nella disciplina del codice Rocco che accentuò l'impronta pubblicistico-statuale, a discapito del versante garantista-individualista.

Il passaggio dalla natura processuale a quella sostanziale attraverso la qualificazione della prescrizione come causa estintiva non più dell'azione penale ma del reato non fu dunque il risultato di una maggiore valorizzazione del fondamento soggettivo dell'istituto e della sua funzione di salvaguardia dell'individuo rispetto agli abusi del potere coercitivo penale. Al contrario, nel nuovo impianto codicistico, l'estinzione del reato cagionata dal decorso del tempo, anche ove intesa nell'accezione di estinzione della mera punibilità<sup>48</sup>, venne in rilievo come espressione

---

duava per l'appunto nella ancora imperfetta distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale la radice delle teorie liberali sulla natura processuale della prescrizione.

<sup>46</sup> L'espressione è di LUCCHINI L., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1920, p. 99.

<sup>47</sup> Per un approfondimento di tali profili si rinvia a ANTONINI E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990, p. 19 e ss. In senso contrario, ritengono che nel codice Zanardelli fosse prevalsa l'opzione della natura procedurale, PISA P., *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., p. 79; GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., p. 64; MILETTI M.N., *Il tempo dell'oblio. Fondamento e natura della prescrizione nella penalistica italiana tra otto e novecento*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2017, pp. 46 e 47.

<sup>48</sup> In tal senso, SANTORO A., *Estinzione del reato e della pena (diritto penale comu-*

di una visione autoritaria dello Stato che considerava l'effetto estintivo una conseguenza del ritrarsi della pubblica autorità dall'esercizio della pretesa punitiva. La forza corrosiva del fattore temporale si rifletteva sul fatto di reato, facendone venir meno la punibilità nella misura in cui comportava un indietreggiare dell'attuazione della potestà punitiva pubblica<sup>49</sup>.

Tale inquadramento dogmatico era con tutta evidenza fortemente condizionato dalla costruzione teorica di Arturo Rocco che considerava lo *ius puniendi* un diritto soggettivo dello Stato-apparato tendenzialmente assoluto e pertanto non soggetto a limitazioni esterne, se non in presenza di situazioni eccezionali, predeterminate dalla legge; tra le quali venivano per l'appunto annoverate le c.d. "cause di estinzione del reato e della pena"<sup>50</sup>.

Dal diritto soggettivo di punire scaturiva una facoltà di volere e di agire dello Stato nei confronti del reo il cui esercizio determinava l'instaurarsi di una pretesa punitiva finalizzata all'applicazione della pena quale conseguenza giuridica dell'azione umana contraria al precetto

---

ne), in *Nov. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, p. 992 e ss.; RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 957.

<sup>49</sup> La *Relazione al testo definitivo del Codice Penale*, Roma, 1930, p. 4472 precisa che l'estinzione del reato dovesse ritenersi una forma di estinzione dell'efficienza giuridica penale del fatto, determinata dalla cessazione della possibilità di realizzare la pretesa punitiva dello Stato. Nelle considerazioni introduttive della Relazione, il guardasigilli chiariva inoltre come il testo del nuovo progetto di codice fosse ispirato ad una concezione del diritto di punire inteso come diritto dello Stato alla conservazione di se stesso che traeva fondamento non dal diritto naturale, né tantomeno da una vaga istanza di difesa sociale contro la persona del reo, bensì dall'apparato stesso dello Stato il quale, proprio attraverso il diritto penale, assicurava la difesa della collettività statale dalla minaccia del crimine (*Relazione al testo definitivo del Codice Penale*, cit., pp. 4446 e 4447).

Sulla teoria dello *ius puniendi* come diritto soggettivo dello Stato, fondamentale il contributo di Arturo Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, *Scritti giuridici vari*, vol. IX, Roma, 1933, pp. 127 e ss.; 132 e ss. Nella dottrina successiva all'entrata in vigore del codice, tra i molti, ALIMENA F., *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, p. 143 e ss.; VANNINI O. *Lineamenti di diritto penale*, Firenze, 1933, p. 14; PENSO G., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1939, p. 258 e ss.; MORO A., *La subiezione della norma penale*, Bari, 1942, p. 164 e ss.; BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1950, p. 565; GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1952, p. 285 e ss.

<sup>50</sup> Le norme che prevedono le cause estintive del reato e della pena, in quanto eccezionali, erano infatti ritenute norme di carattere eccezionale rientranti nel divieto di applicazione analogica, PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, vol. I, Padova, 1944, p. 156 e SANTORO A., *Estinzione del reato e della pena (diritto penale comune)*, cit., p. 995.

penale<sup>51</sup>. In tale prospettiva, il decorso del tempo su cui si incentrava il fenomeno prescrizione interferiva proprio con tale diritto soggettivo, estinguendolo e nel determinare la perenzione della pretesa punitiva, travolgeva anche il reato che ne era oggetto.

Alla base di tale impostazione vi era, con tutta evidenza, una concezione fortemente stato-centrica, nella quale lo spazio riservato alle ragioni garantiste dell'istituto prescrizione veniva a sua volta declinato in chiave esclusivamente pubblicistica. In tanto l'estinzione del reato per decorso del tempo realizzava istanze di tutela dell'individuo, in quanto tali istanze coincidessero perfettamente con quelle dello Stato stesso. La tutela personalistica del reo contro l'eccesso di una punizione tardiva non aveva cioè un rilievo teorico autonomo, né costituiva il riferimento assiologico di una forma di etero-limitazione della pretesa punitiva statale, rappresentando piuttosto un fine strumentale ed ulteriore, necessario alla riaffermazione della forza coercitiva della sovranità. Era lo Stato, in altre parole, che interveniva a legittimare gli effetti corrosivi del tempo sulla possibilità di realizzazione della propria pretesa punitiva, rinunciando all'attuazione della stessa; oppure, – come taluno suggeriva – decadendo dall'esercizio dello *ius puniendi* a causa della propria inerzia<sup>52</sup>.

L'istanza garantista di matrice liberale trovava così immanenza esclusivamente nella dimensione pubblica della dinamica punitiva. Nel farsi carico dell'interesse del singolo a non subire in eterno la minaccia della pena, l'ordinamento preservava l'intera collettività dalla situazione di incertezza dovuta alla “sospensione” a tempo indefinito del rapporto punitivo, dopo la commissione del reato<sup>53</sup>.

Il paradigma teorico proposto costituiva pertanto il naturale sviluppo sul versante dell'estinzione del reato e della pena di una concezione che vedeva nella tutela dell'interesse statale il fine ultimo del diritto penale nel suo complesso. La proiezione delle ragioni individualistiche a fondamento della prescrizione nella più ampia prospettiva dell'interesse

<sup>51</sup> ROCCO A., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, cit., p. 339.

<sup>52</sup> Sulla disputa che riguardò la qualificazione delle cause estintive come rinuncia, piuttosto che come decadenza dal diritto soggettivo di punire, cfr. PENSO G., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 259 e ss.; MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 681 e ss.

<sup>53</sup> Si vedano: PENSO G., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., pp. 260 e 261; BATTAGLINI G., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1949, p. 359; FROSALI R.A., *Sist. pen. italiano*, vol. II, Torino, 1958, p. 389; MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 683 e ss.

collettivistico-statuale rifletteva, in fondo, il medesimo rapporto che nell'ambito della teoria del reato sussisteva tra oggetto sostanziale specifico ed oggetto sostanziale generico del reato, da un lato; e tra questi ultimi e l'oggetto formale del reato, dall'altro lato.

Come la tutela dei singoli beni o interessi lesi dal reato (oggetto sostanziale specifico) trovava legittimazione nell'interesse superiore dello Stato alla propria esistenza e conservazione (oggetto sostanziale generico) – da cui scaturiva il diritto soggettivo pubblico di obbedienza ai precetti penali (oggetto formale)<sup>54</sup> –, allo stesso modo, le istanze di protezione del reo che giustificavano la previsione di un effetto estintivo del tempo sulla punibilità acquisivano rilevanza solo in quanto coincidevano con l'interesse dello Stato ad elidere la condizione di incertezza generata dalla minaccia prolungata della “spada” penale.

La capacità del tempo di impedire il sorgere della conseguenza dell'illecito, disattivando, a monte, la stessa instaurazione del rapporto giuridico sanzionatorio tra reo e autorità, era dunque, in definitiva, nulla di più che una mera concessione dello Stato ai cittadini, funzionale ad assicurare la pace sociale messa a rischio dall'insicurezza determinata dalla pendenza *sine die* della pretesa punitiva. Attraverso la protezione del singolo, si garantivano le condizioni per l'esistenza stessa dello Stato-apparato. Ad estinguersi era così in primo luogo il diritto soggettivo dello Stato a innescare il correlativo meccanismo punitivo e con esso, indirettamente ed in secondo luogo, il reato.

Nessuno spazio veniva riconosciuto ad interessi ulteriori e diversi rispetto a quello primario del ripristino della certezza dei rapporti giuridici attraverso la rinuncia alla pena tardiva, così come rimanevano estranee alla *ratio* del fenomeno prescrizione le istanze connesse alla funzione di prevenzione generale e di prevenzione speciale della pena che erano state invece richiamate dalla dottrina liberale di fine Ottocento e che apparivano molto distanti dal contesto culturale e teorico da cui traeva origine il nuovo codice<sup>55</sup>. L'autolimitazione che lo Stato poneva all'esercizio della propria potestà punitiva mediante il tempo estintivo era in sostanza volta a realizzare esclusivamente la finalità di ordine

---

<sup>54</sup> Il riferimento è alle teorie del reato e della pena di ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, vol. I, in ID., *Opere giuridiche*, vol. X, Roma, 1932, p. 552 e ss.

<sup>55</sup> Si leggano, sul punto, PENSO G., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 261; BATTAGLINI G., *Diritto penale*, cit., p. 359; CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, 1996, p. 546; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 749.

pubblico della stabilità giuridica messa a rischio dalla minaccia eterna di pena<sup>56</sup>.

## 5. La prescrizione come causa di estinzione del reato

La scelta del codice Rocco di annoverare la prescrizione tra le cause di estinzione del reato discendeva dunque chiaramente da una concezione teorica di stampo stato-centrico che leggeva in termini essenzialmente autoritari la relazione reato-pena, considerando quest'ultima una conseguenza giuridica la cui dinamica applicativa dipendeva unicamente dal potere dispositivo dello Stato.

Lo stesso ministro Alfredo Rocco nella *Relazione al progetto del codice penale* aveva esplicitato come la scelta di modificare la collocazione dogmatica dell'istituto rispetto alla precedente qualificazione del codice Zanardelli fosse dovuta al fatto che il fondamento delle cause estintive del reato e della pena dovesse ricondursi al venir meno non del mezzo – azione penale – attraverso cui veniva esercitata la pretesa punitiva pubblica, bensì del *diritto soggettivo di punire* di cui l'azione penale costituiva mero strumento di attuazione<sup>57</sup>.

Alle obiezioni che pure erano state formulate contro l'idea che il reato, in quanto fatto storico, potesse estinguersi, Rocco aveva, com'è noto, replicato che ad estinguersi non fosse direttamente il reato quale accadimento storicamente determinato bensì la possibilità di attuare la pretesa punitiva dello Stato rispetto ad esso<sup>58</sup>. Inoltre, rispetto al problema della collocazione sistematica delle cause estintive del reato e della pena in generale – e dunque, anche della prescrizione – nell'ambito del diritto penale sostanziale, anziché processuale, egli precisava come sarebbe stato improprio riferire gli effetti estintivi del decorso tempo all'azione penale, considerato che quest'ultima altro non era che lo strumento per l'esercizio dello *ius puniendi*<sup>59</sup>. A venir meno, in altre parole, non poteva essere il mezzo per la realizzazione della pretesa punitiva dallo Stato ma soltan-

---

<sup>56</sup> Tale profilo è bene evidenziato da PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 661.

<sup>57</sup> *Relazione al testo definitivo del Codice Penale*, cit., p. 4472.

<sup>58</sup> Per una sintesi delle diverse opinioni delineatesi sul tema, al momento della redazione del codice si leggano i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, vol. VI, Roma, 1930, p. 554.

<sup>59</sup> *Relazione al testo definitivo del Codice Penale*, cit., p. 4472.

to la pretesa stessa alla quale lo Stato rinunciava a fronte della superiore esigenza di difesa e di conservazione della comunità statale.

L'idea che la prescrizione non potesse trovare una giustificazione razionale al di fuori della volontà dello Stato di abdicare alla concretizzazione della conseguenza giuridica del reato aveva ispirato anche la scelta di considerare la forza estintiva del tempo sugli effetti di una sentenza irrevocabile come una causa di estinzione della pena irrogata, piuttosto che della condanna. Anche sul fronte della prescrizione della pena, la nuova qualificazione formale aveva dunque tratto fondamento in una concezione sostanzialmente autoritaria del diritto penale<sup>60</sup> in cui era in astratto negata la possibilità che il semplice trascorrere del tempo fosse in grado di sgretolare la forza del giudicato penale<sup>61</sup>.

In un contesto dogmatico tanto fortemente caratterizzato in senso stualista, le interpretazioni proposte dalla dottrina successiva in merito al corretto inquadramento delle "cause di estinzione del reato" furono motivate da due ordini di ragioni; per un verso, esse intesero superare la contraddizione del ricorso alla nozione di "estinzione" con riguardo ad un'entità – il reato – che non poteva annullarsi per effetto del tempo; e per altro verso, si preoccuparono di raccordare tali istituti con una sistematica del reato oramai distante da quella proposta da Arturo Rocco.

## 6. Le critiche alla soluzione codicistica e le classificazioni alternative

È noto come la principale critica formulata nei confronti delle cause estintive del reato abbia innanzitutto guardato l'improprio riferimento

---

<sup>60</sup> Per il rilievo secondo cui la teoria generale del diritto di Rocco esprimesse l'idea di una supremazia assoluta dello Stato sui cittadini, tra i molti, CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998, p. 43.

<sup>61</sup> *Relazione al testo definitivo del Codice Penale* p. 4472. Contrario alla formula "prescrizione della pena", CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, vol. I, Milano, 1943, p. 247 evidenziava come tale definizione fosse incentrata sull'idea, logicamente inammissibile, della dissociazione della pena dal reato. Dopo la sentenza di condanna, ad opinione dell'Autore, ad estinguersi era non la pena da sola considerata, come entità distinta dal reato, ma la pena in quanto risposta del reato e, dunque, in definitiva, la pena quale parte o entità interna al reato stesso. Era pertanto il reato che per effetto del decorso del tempo subiva una modifica sul versante sanzionatorio.

Per un approfondimento sul tema della prescrizione della pena secondo l'impostazione del codice Rocco diffusamente e in senso critico, MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, cit., p. 10 e ss.

della classificazione codicistica ad una nozione priva di fondamento logico, come risulta essere quella di “estinzione del fatto di reato”. Sin dai primi anni della sua adozione nel testo del codice venne infatti osservato che in quanto accadimento concretamente venuto ad esistenza, il reato non possa in alcun modo estinguersi. Una volta commesso, esso costituisce cioè un dato di realtà storicamente determinato, corrispondente alla fattispecie astratta descritta dalla norma penale che nessun altro fatto o atto successivo è in grado di porre nel nulla<sup>62</sup>.

Ciò troverebbe peraltro una chiara conferma nel dato che molti degli effetti del reato permangano, nonostante il sopraggiungere della causa estintiva, mentre dovrebbero essere interamente elisi, se il fenomeno estintivo investisse realmente il reato<sup>63</sup>. L’idea che ad estinguersi sia il reato appare in effetti inconciliabile con una serie di previsioni codicistiche; in particolare, con il fatto che l’estinzione del reato presupposto non si estenda all’altro reato (art. 170 c.p.) e che l’estinzione di taluno dei reati connessi non escluda per altri l’aumento di pena derivante dalla connessione (art. 170 co. 3 c.p.); nonché, con la mancata estensione degli effetti della prescrizione del reato alle obbligazioni civili derivanti dallo stesso (art. 198 c.p.) e con l’irrelevanza dell’intervenuta estinzione rispetto alla dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato (art. 106 c.p.)<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> In tal senso, CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pp. 60 e 61; ID., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, cit., p. 236; ID., *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 208; MORO A., *La subiettivazione della norma penale*, cit., p. 203; RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 954 e ss.; STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 343.

<sup>63</sup> La riflessione teorica in materia è concorde sul punto. Si vedano, CUSMANO E., *Estinzione del reato e della pena (cause di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1991, p. 4 e ss.; GARINO V., *Estinzione del reato e della pena. Cause sopravvenute di non punibilità*, in *Commentario sistematico al codice penale, Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, vol. II, tomo II, diretto da RONCO M., Bologna, 2011, p. 301 e ss.; MARTINI A., *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in DE FRANCESCO G. (cur.), *Le conseguenze sanzionatorie*, Torino 2011, p. 180 e ss.; PERDONÒ G.L., *Le vicende della punibilità*, in CADOPPI A., CANESTRARI F., MANNA A., PAPA M. (cur.), *Trattato di diritto penale parte generale. La punibilità e le conseguenze del reato*, vol. III, Torino, 2014, pp. 260 e 261.

<sup>64</sup> Su tali profili, ampiamente, PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 472, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 866 e ss. il quale segnala come a riprova del permanere di alcuni effetti penali, la sentenza declaratoria dell’estinzione del reato non ha valore di giudicato penale, per quanto attiene alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e alla responsabilità del condannato; *ibidem*, p. 873 e ss.

Il permanere di una parte degli effetti del reato, nonostante il verificarsi delle cause estintive, viene dunque considerato indizio inequivoco dell'esplicarsi di queste ultime esclusivamente sulle conseguenze sanzionatorie di carattere penale che derivano dal reato ma non sul reato stesso<sup>65</sup>.

Si tratta di un argomento sin troppo noto perché lo si debba ulteriormente approfondire. L'argomento del "*factum infectum fieri nequit*" ha costituito in effetti premessa teorica condivisa da parte di tutti gli orientamenti che nel rigettare l'impostazione tradizionale del codice, hanno in seguito variamente denominato il complesso degli effetti giuridici ritenuti oggetto del fenomeno estintivo. Al di là delle differenze terminologiche, le varie posizioni in proposito risultano accomunate dal medesimo rifiuto della possibilità di riferire la nozione di estinzione al fatto di reato, piuttosto che alle sue conseguenze giuridiche<sup>66</sup>.

Nell'eterogeneità delle definizioni proposte, si è spaziato dal riferimento agli effetti penali del fatto intesi ora come rapporti giuridici<sup>67</sup>, ora quali modificazioni delle sfere giuridiche soggettive<sup>68</sup>, fino a richiamare il concetto di estinzione della responsabilità penale<sup>69</sup>.

Vi è stato altresì chi ha ritenuto che ad estinguersi sia la potestà di applicare la pena<sup>70</sup> e chi invece, inaugurando un orientamento destinato

Il tema è stato più di recente ripreso anche da ANTONINI E., *Contributo alla dottrina delle cause estintive del reato e della pena*, cit., p. 83 e ss.; PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, p. 118 e ss.; MOSCARINI P., *Riflessioni in tema di prescrizione penale riformata*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 584.

<sup>65</sup> In tal senso, VASSALLI G., *La confisca dei beni*, Padova, 1951, p. 58 e ss.; ID., *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 807 e ss.; ID., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 374 e ss.

<sup>66</sup> Aspetto ben evidenziato da PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato*, cit., p. 869, nt. 13.

<sup>67</sup> CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, cit., p. 61.

<sup>68</sup> SPAGNOLO G., *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Napoli, 1963, p. 14.

<sup>69</sup> VASSALLI G., *La confisca dei beni*, cit., p. 63.

<sup>70</sup> Il riferimento è alle tesi di PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, cit., p. 685 e ss. il quale considera la punibilità non come un *posterius* rispetto al reato ma come una sua qualità. Nella sua astratta configurazione infatti, il reato si presenta come un fatto cui la legge collega una sanzione penale, ossia, come un *fatto punibile*. Nel momento normativo dunque, reato e pena risultano avvinti da un'inscindibile correlazione di tipo logico che impedisce di considerare la punibilità come un elemento concettualmente disgiungibile dal reato stesso.

Distinto dal momento normativo è però il momento applicativo della pena che viene in rilievo dopo la commissione del reato, quando si tratta di attuare le conseguenze

a durare nel tempo, ha evocato la distinzione tra *punibilità in astratto* e *punibilità in concreto*, a seconda che gli effetti estintivi si realizzino prima o dopo la sentenza di condanna<sup>71</sup>. La *punibilità in astratto* in quanto mera possibilità di applicazione della pena conseguente alla commissione del reato verrebbe meno per effetto delle cause di estinzione del reato. Sulla *punibilità in concreto* intesa come possibilità concreta di applicazione della sanzione dopo la sentenza di condanna, inciderebbero invece le cause di estinzione della pena<sup>72</sup>.

Così, una volta escluso che ad estinguersi possa essere il reato (tanto come fatto naturale, quanto come fatto giuridicamente qualificato) o uno dei suoi elementi costitutivi, si afferma che l'estinzione travolga gli effetti del reato; oppure, che essa agisca sul reato inteso in senso processuale, quale «ipotesi oggetto di verifica nelle forme e nei modi previsti dal processo penale, che sia stato commesso un illecito penale»<sup>73</sup>.

È evidente come a prescindere dai differenti modelli proposti, tali approcci finiscano con il restringere il fenomeno estintivo entro gli angusti spazi di schemi astratti di esplicazione, elaborati a partire dalla premessa teorica di considerare la pena come formalmente e logicamente coesistente al reato. Si tratta, cioè, di orientamenti che non tengono in alcun conto né il complesso di ragioni sostanziali che stanno a fondamento delle cause di estinzione del reato, né le finalità verso cui ciascuna di esse pare orientarsi<sup>74</sup>. La *ratio* che le legittima viene in sostanza ritenuta un

---

giuridiche di un reato già sorto. A tale momento anderebbero più correttamente ascritte le cause di estinzione del reato, le quali non incidono sul reato venuto ad esistenza in quanto fatto punibile ma più semplicemente impediscono l'applicazione effettiva della pena, venendo in rilievo quali condizioni ostative alla potestà di applicare la pena nei confronti di chi si sia reso autore di un reato (*ibidem*, p. 691 e ss.).

<sup>71</sup> BATTAGLINI G., *Diritto penale*, cit., p. 340; RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 959 e ss.; STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 345 e ss.

<sup>72</sup> Su tale distinzione, tra i molti, VASSALLI G., *Appunti sulla estinzione del reato*, vol. I, *La nozione di punibilità*, Roma, 1939, p. 250 e 251; ID. *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 620 e ss.; SANTORO A., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 992 e ss.; RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 959 e ss.; RUGGIERO G., *Punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1122 e ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 749 e ss.; PATERNITI F., *Contributo allo studio della punibilità*, cit., p. 121 e ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 799. In senso critico invece, PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato*, cit., p. 870 e ss.

<sup>73</sup> Questa la posizione di chi considera le cause estintive del reato come cause di improcedibilità sopravvenuta PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale, generale*, cit., p. 846.

<sup>74</sup> Nell'ambito di studi di più ampio respiro sul tema della punibilità in generale, evi-

aspetto del tutto secondario, relegabile alla sfera della politica criminale e per questo privo di rilievo dogmatico e di dignità scientifica<sup>75</sup>.

Tra gli orientamenti di taglio formalistico si colloca anche l'elaborazione teorica di Antonio Pagliaro.

L'illustre Autore muove, com'è noto, dalla premessa che le c.d. "cause di estinzione del reato" non riguardino né il reato, né tantomeno i suoi effetti giuridici<sup>76</sup>. La nozione di estinzione degli effetti penali contrasterebbe in primo luogo con la scelta definitoria operata dal legislatore di riferire espressamente la nozione di estinzione al reato e non alle sue conseguenze giuridiche. In secondo luogo, se rispetto al reato varrebbe l'ovvia constatazione che non sia possibile cancellare un accadimento storicamente venuto ad esistenza, con riguardo agli effetti penali, l'attribuzione alle cause estintive di una capacità erosiva nei loro confronti risulterebbe incompatibile con la distinzione tracciata dal codice fra cause di estinzione del reato da un lato, e cause di estinzione della pena, dall'altro lato. Soltanto queste ultime – e non anche le prime –, intervenendo dopo la sentenza irrevocabile di condanna, realizzano infatti un'estinzione degli effetti penali del reato, i quali, per l'appunto, non possono che insorgere a seguito dell'accertamento del fatto.

Il tentativo di aggirare l'improprietà terminologica del codice collegando l'effetto estintivo agli effetti penali, piuttosto che al reato non resisterebbe dunque all'obiezione per la quale il venir meno di questi ultimi presupporrebbe non soltanto che un reato sia stato commesso ma che sia stato anche accertato in giudizio; così non è però rispetto alle cause di estinzione del reato che agiscono a prescindere dalla sentenza di condanna.

---

denziano l'impronta formalistica di tali impostazioni DONINI M., *Illecito e colpevolezza*, Milano, 1991, p. 132; ID., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1040 e ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 395 e ss.; DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, cit., p. 12 e ss. In senso conforme, sebbene individui nella punibilità un elemento della struttura reato, anche COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014, p. 5 e ss.

<sup>75</sup> In particolare, segnala la sostanziale irrilevanza delle ragioni di politica-criminale poste a fondamento di tali istituti PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale* (MILITELLO V., PARODI GIUSINO M., SPENA A., cur.), Milano, 2020, p. 851 il quale proprio con riguardo alla prescrizione, precisa come la natura processuale dell'istituto non sarebbe in alcun modo smentita dalla prospettiva di ritenere che esso trovi giustificazione nella perdita di interesse alla punizione del reato da parte dello Stato. V. pure già, ID., *Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato*, cit., p. 877.

<sup>76</sup> PAGLIARO A., *op. ult. cit.*, p. 870 e ss.

Altrettanto ingenua apparirebbe la prospettiva di riferire le cause di estinzione del reato, alla *punibilità astratta* o *in astratto* e le cause di estinzione della pena, alla *punibilità concreta* o *in concreto*. Tale distinzione sarebbe invero artificiosa e dogmaticamente errata poiché, ove intesa come possibilità di applicare la pena, la punibilità è sempre astratta; al contempo, se considerata nella prospettiva del reo cui va applicata la pena, essa mostra sempre un contenuto concreto. La punibilità, in altre parole, risulta unica ed esprime il dover essere della pena dopo il reato. A mutare è solo la situazione processuale presa in considerazione.

Né sembrerebbe corretta l'analogia con la figura civilistica della decadenza, intesa come causa di estinzione di un effetto giuridico ipotetico, considerato che non vi è unanimità di vedute né circa la vera natura giuridica di tale istituto civilistico, né rispetto alla nozione di effetto giuridico ipotetico. Si discute infatti se sia logicamente possibile immaginare che un effetto giuridico non ancora prodottosi possa già essere oggetto di un fenomeno estintivo.

La prescrizione, al pari delle altre cause estintive del reato, estinguerrebbe gli effetti penali, ove essi sorgessero. Nondimeno – osserva Pagliaro –, affermare ciò significa riconoscere che tali figure giuridiche operino, indifferentemente, sia ove la responsabilità penale per il reato sia sorta, sia laddove essa manchi del tutto; e cioè, in definitiva, che il loro regime prescindano del tutto dagli effetti giuridici del reato stesso<sup>77</sup>.

Dimostrate le aporie concettuali e strutturali contro cui si infrangono le tesi sull'estinzione degli effetti penali, l'illustre Maestro giunge alla conclusione di dover considerare le cause estintive del reato alla stregua di condizioni di improcedibilità sopravvenuta<sup>78</sup>.

La correttezza di tale opzione ermeneutica sarebbe corroborata per un verso, dalla circostanza che la dichiarazione di estinzione del reato è contenuta in una sentenza di non doversi procedere e non in una pronuncia di merito; e, per altro verso, dal dato che per effetto della causa estintiva, non viene meno l'obbligo al risarcimento del danno non patrimoniale il quale resta accertabile anche in sede extrapenale (ove la declaratoria di estinzione non ha infatti autorità di cosa giudicata). E poiché, nella costruzione teorica dell'Autore, il danno non patrimoniale derivante dal reato non solo va annoverato tra gli effetti penali dello stesso ma è anche l'unico effetto penale che si può accertare al di fuori

<sup>77</sup> PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato*, cit., p. 872.

<sup>78</sup> PAGLIARO A., *ibidem*, p. 876 e ss.

del processo penale, il suo essere immune all'efficacia delle cause estintive del reato confermerebbe che queste ultime operano esclusivamente sul piano del processo, essendo di natura prettamente processuale gli effetti giuridici da esse dispiegati<sup>79</sup>.

Quanto alla nota obiezione incentrata sull'argomento che la disciplina dell'art. 129 co. 2 c.p.p. impone al giudice di prosciogliere nel merito, nonostante l'intervento della causa estintiva, quando dagli atti risulti evidente che il fatto non sussista, che l'imputato non lo abbia commesso o che il fatto commesso non costituisca reato, essa viene respinta, evidenziando come il dovere di non procedere sia comunque condizionato ad una sommaria indagine sul merito, senza la quale l'azione penale non potrebbe neanche avviarsi<sup>80</sup>.

### 6.1. I limiti dell'approccio formalistico: cenni e rinvii

Rinviando ai capitoli successivi una più approfondita riflessione sulle questioni qui brevemente richiamate, occorre comunque sin da ora osservare come le tesi descritte al paragrafo precedente presentino tutte il difetto di soffermarsi esclusivamente sugli aspetti di carattere formale, tralasciando di considerare i significati politico-criminali e le implicazioni funzionali del fenomeno estintivo<sup>81</sup>.

Esse muovono dall'idea che tra il reato e la pena via sia una connessione logica inscindibile, per la quale a fronte di un reato, sarebbe indefettibile la successiva applicazione della sanzione<sup>82</sup>. I casi previsti dalla legge in cui quest'ultima verrebbe a mancare costituirebbero pertanto ipotesi del tutto eccezionali, rispetto alla "normalità" del realizzarsi della conseguenza sanzionatoria. Una volta ricondotte alla dialettica regola-eccezione, le fattispecie estintive non possono che rivelare in negativo come fatti ostativi rispetto all'attuazione della risposta sanzionatoria, secondo uno schema di contrapposizione manichea in cui le ragioni sostanziali per le quali l'ordinamento attribuisce ad esse tale capacità in-

<sup>79</sup> PAGLIARO A., *ibidem*, p. 878.

<sup>80</sup> PAGLIARO A., *op. ult. cit.*, p. 882 e ss.

<sup>81</sup> Si v. Cap. I, par. 13; Cap. IV, par. 7.

<sup>82</sup> Il riferimento è la nozione di *nullum crimen sine poena* che esprimerebbe l'inderogabilità della correlazione tra precetto penale e sanzione sia nel momento normativo, sia nella fase applicativa della norma penale incriminatrice, PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, cit., p. 681 e ss. Il brocardo latino – che ben sintetizza la teoria della necessaria equazione tra reato e pena – è stato in origine utilizzato soprattutto come parametro identificativo della natura penale delle norme giuridiche.

terruttiva del *continuum* tra l'illecito penale e la correlativa sanzione restano marginali, o persino, irrilevanti.

Ad esiti radicalmente diversi può, com'è ovvio, condurre un'indagine che invece inquadri in termini meno rigidi il nesso fra reato e sanzione e che risulti maggiormente orientata a considerare i profili teleologici delle cause di estinzione del reato. In un'ottica del genere infatti, gli istituti della non punibilità cessano di apparire come punti di frattura della correlazione tra l'illecito penale e la risposta sanzionatoria e possono invece essere visti quali momenti intermedi di una dinamica punitiva *in fieri* il cui esito finale è tutt'altro che scontato.

Più che come una sequenza invariabile, il passaggio dal reato verso la sanzione dovrebbe infatti essere concepito come un movimento fluido e graduale le cui singole fasi risultano influenzate e rese più complesse da un insieme di condizioni e di fattori eterogenei che su di esse insistono. Tra questi, vi sono, senza dubbio, anche le c.d. "cause estintive del reato" le quali concorrono a definire il fenomeno punitivo, facendo prevalere istanze e finalità contrapposte a quelle che legittimano l'applicazione della pena.

Ciò è particolarmente vero rispetto alla prescrizione del reato che soltanto in apparenza è un istituto a regime retrospettivo, essendo piuttosto una figura giuridica ad impianto strutturalmente dinamico. Nel passato si colloca esclusivamente il punto di partenza da cui prende avvio l'intervallo temporale obliante; e cioè, il fatto avente almeno le sembianze di un illecito penale. L'intera vicenda prescrizione si proietta però verso il futuro poiché comporta il progressivo venire ad esistenza di una situazione di non punibilità rispetto a quel fatto originario. Alla scadenza del termine finale pertanto, non sarà stata elisa o cancellata una punizione in atto, né si sarà consumata la possibilità di punire ma sarà venuta a configurazione una fattispecie nuova, avente ad oggetto un illecito penale contrassegnato dalla qualità di non essere punibile che, per questo, produrrà effetti giuridici diversi da quelli sanzionatori. Per esempio, rileverà quale reato presupposto, circostanza aggravante o elemento costitutivo di un reato complesso (art. 170 c.p.).

In una prospettiva che consideri l'andamento dinamico della vicenda punitiva dunque, la prescrizione può essere vista come una forza che orienta il graduale divenire di una reazione al reato che non è più la pena, ma la non-pena. Naturalmente, nel riconoscere il riduzionismo di una concezione che consideri il tempo dell'oblio come un'ipotesi di sospensione retroattiva dell'efficacia punitiva della legge penale non si intende affatto negare l'utilità – sul piano delle classificazioni formali e

*de lege lata* – del collegamento delle cause estintive del reato alla nozione di punibilità. Piuttosto, si vuole segnalare come il concetto di punibilità esprima una qualità del fatto a formazione progressiva la cui esistenza presuppone, tra l'altro, il non verificarsi dell'opposta situazione di *non punibilità*. Ma ciò che ancora non è, non può estinguersi. Sicché, la punibilità, intesa come dover essere della pena, come punizione in potenza o *in fieri* è nozione logicamente incompatibile con l'idea di estinzione<sup>83</sup>.

Con riguardo alla prescrizione del reato, si può dunque affermare che essa non estingua alcunché, né il reato, né gli effetti penali, né tantomeno la punibilità la quale non è ancora, se non all'esito di un giudizio complesso e gradualistico al cui interno la prescrizione appare come il punto di un bivio che conduce in direzione opposta rispetto alla pena.

## 7. Alle origini della lettura costituzionalmente orientata della prescrizione del reato

Come segnalato, nei contributi della dottrina penalistica in materia di cause di estinzione del reato pubblicati nel ventennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione permaneva un approccio di analisi di tipo essenzialmente normativista. La scienza penale non soltanto era rimasta saldamente ancorata al metodo tecnico-giuridico ma ne aveva persino estremizzato il formalismo, restringendo ulteriormente la possibilità di una lettura critica del dato positivo<sup>84</sup>. Il predominio dell'idea

---

<sup>83</sup> Sulla vaghezza gnoseologica del termine "punibilità", tra i molti, VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, cit., p. 615; ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 60; PIOLETTI G., *Punibilità (cause di esclusione)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, p. 525; GIUNTA F., MICHELLETTI D., *Tempori cedere*, cit., pp. 52 e 53; PADOVANI T., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II; Torino, 2011, p. 905; PAGLIARO A., *Profili dogmatici*, cit., pp. 870 e 871.

<sup>84</sup> Sul punto, SEMINARA S., *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in BERTOLINO M., FORTI G., EUSEBI L. (cur.), *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, Napoli, 2011, pp. 610-616 osserva come nel secondo dopoguerra si sia assistito al dilagare di un "giurismo puro" che assegnava alla possibilità di una visione critica del diritto un ruolo ancor più marginale di quello riconosciute da Rocco.

Analogamente, nell'ambito di una più ampia riflessione sull'evoluzione del rapporto tra dogmatica e politica-criminale a cavallo dei secoli XX e XXI, segnala come i maggiori vantaggi dell'impostazione tecnico-giuridica abbiano implicato al contempo i

che fosse necessario mantenere una netta separazione tra dogmatica penale e politica criminale e che tutto ciò che afferisse all'ambito dei valori e degli scopi risultasse estraneo alla scienza giuridica e relegabile alla sfera della mera discrezionalità o del puro arbitrio aveva condizionato in maniera pregnante anche lo studio delle vicende estintive, rimasto infatti saldamente ancorato ad un'impostazione formalistica e avalutativa; poco, o per nulla, aperta a considerare le istanze valoriali sottese agli istituti presi in considerazione<sup>85</sup>. All'abbandono della vetusta visione delle cause di estinzione del reato come forme di rinuncia del potere sovrano alla punizione non aveva cioè fatto seguito un'elaborazione teorica realmente orientata a considerarne gli scopi di politica criminale e a segnalarne i vincoli di conformità ai limiti garantistici del diritto penale<sup>86</sup>.

Nel complesso, la riflessione sulla categoria delle cause estintive del

---

suoi limiti più gravi, considerato che il massimo rispetto per le esigenze della legalità penale da essa propugnato si è trasformato in una cieca obbedienza alla volontà generale della legge penale, MILITELLO V., *Dogmatica e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 411 e ss.

<sup>85</sup> Sotto il profilo del metodo, erano dunque ancora fortissime le influenze della tradizione tecnico-giuridica, nonostante la riflessione penalistica si fosse già liberata dalle ascendenze autoritarie dell'era fascista, sul versante della giustificazione *ideale* degli istituti del diritto penale, come segnalato, tra gli altri, da DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, cit., p. 43. Sulle reciproche implicazioni tra oggetto e metodo nel tecnicismo giuridico di Rocco, DONINI M., *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127.

<sup>86</sup> Benché oramai affrancatisi dall'idea che la non punibilità per estinzione del reato potesse essere letta come una sorta di "liberalità" offerta dallo Stato agli individui, vincolati ad esso da un rapporto di sudditanza e di obbedienza, mantenevano ancora un'impostazione di tipo essenzialmente idealistico-deduttivo i contributi di: MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 680 e ss.; VASSALLI G., *La potestà punitiva*, cit., p. 374 e ss.; ID., *Cause di non punibilità*, cit., p. 620 e ss.; RAGNO G., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 954 e ss.; SPAGNOLO G., *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, cit., p. 41 e ss.; PECORARO ALBANI A., *L'estinzione delle situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1967, p. 426 e ss.

Alla fine degli anni Ottanta pertanto, vi era ancora chi tendeva ad impostare la riflessione sulle cause estintive del reato esclusivamente in termini di mero rapporto tra norme, considerando la non punibilità del fatto per morte del reo, amnistia, oblazione, prescrizione etc. come il risultato dell'incontro della norma generale contenente la fattispecie incriminatrice con la fattispecie speciale prevista da una norma cui si collegava l'effetto estintivo. Il riferimento è al contributo di RUGGIERO G., *Punibilità*, cit., p. 1144 e ss.

reato si era appiattita sul problema del loro corretto inquadramento dogmatico ed aveva risentito di un'impostazione teorica che confinando le ipotesi di non punibilità nell'ambito delle eccezioni rispetto al binomio assiomatico reato-pena, tendeva a liquidare come irrilevanti e sostanzialmente ascrivibili alla sfera della mera discrezionalità politica le istanze che ne giustificavano l'esistenza nell'ordinamento penale<sup>87</sup>. Le vicende estintive apparivano null'altro che meri "accidenti" impeditivi della punizione, prodotti da eventi naturali di incontestabile significato – per esempio, la morte del *presunto* reo o il trascorrere del tempo –; o originati da atti di clemenza, frutto di scelte di carattere politico, quali le amnistie; fatti straordinari rispetto alla centralità dell'istanza punitiva e per questo sfuggenti a qualunque vincolo di razionalità scientifica.

Il prevalere in tale stagione della scienza penalistica italiana di un approccio di studio di tipo logico-formale emergeva altresì nell'abitudine di concentrare l'oggetto dell'analisi su questioni di ordine generale che riguardavano l'insieme delle ipotesi estintive e che potevano rivelarsi utili ai fini sistematico-classificatori, piuttosto che sulle peculiarità delle singole figure. Tale punto di vista aveva così caratterizzato anche lo studio della prescrizione del reato che, non a caso, era rimasta a lungo un tema di indagine di secondario rilievo, preso in considerazione soltanto in maniera incidentale, a margine di trattazioni su categorie di più ampio respiro, come quelle delle non punibilità o dell'estinzione del reato e della pena o nell'ambito di studi di taglio enciclopedico-descrittivo.

Nondimeno, com'è noto, una rinnovata attenzione verso le categorie della non punibilità, sino ad allora sostanzialmente neglette, ha cominciato ad affiorare grazie agli *inputs* provenienti dall'affermarsi di una concezione costituzionalmente orientata del diritto penale<sup>88</sup>. L'emersione in ambito costituzionale di una serie di principi in grado di orientare e di vincolare le scelte di criminalizzazione del legislatore tanto sotto il profilo del fondamento e degli scopi, quanto dal punto di vista della corretta selezione dei mezzi per realizzarli ha consentito di rileggere in una chiave critica tutti gli istituti penalistici.

---

<sup>87</sup> Tale aspetto è stato ben evidenziato da STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 407, 416.

<sup>88</sup> Il riferimento è all'opera di BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 7 e ss. Per una dettagliata ricognizione degli sviluppi di tale impostazione teorica e dei risultati da essa raggiunti, DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, cit., p. 37 e ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo come metodo radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, p. 51 e ss.

Come per le fattispecie incriminatrici, così anche con riguardo al fenomeno della non punibilità, il vincolo di conformità a Costituzione veniva ora considerato un parametro inderogabile di riferimento sia per la legittimazione delle soluzioni normative, sia per il successivo vaglio di razionalità/ragionevolezza delle stesse. Mentre sul versante delle scelte di criminalizzazione, i principi costituzionali erano visti come criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela penale e delle correlative offese, essendo persino ipotizzabile la rinvenibilità di veri e propri obblighi costituzionali di tutela penale<sup>89</sup>, nel diverso ambito del-

---

<sup>89</sup> L'approccio costituzionalistico al diritto penale suggerito da Franco Bricola non era – com'è noto – di tipo meramente esegetico-ricostruttivo ma sfociava nella prospettazione di un modello o programma di fondazione del diritto su base costituzionale. Il testo costituzionale veniva considerato la fonte tanto di limiti di tipo negativo, quanto di vincoli a contenuto positivo, concernenti la selezione dei beni giuridici da tutelare e degli strumenti della loro tutela. Si riteneva, cioè, che nella Carta costituzionale fosse rinvenibile la tavola dei valori meritevoli di protezione penale e il loro ordine gerarchico. Soltanto i beni di rilevanza costituzionale avrebbero potuto comportare la compressione della libertà personale determinata dalla sanzione penale, mentre la tutela penale dei beni giuridici di nuova emersione sarebbe risultata legittima, laddove tali beni avessero mostrato una rilevanza costituzionale indiretta e a condizione che la loro tutela tramite lo strumento penale fosse apparsa presupposto necessario per la protezione dei beni di esplicita e primaria rilevanza costituzionale, BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, p. 14 e ss.

È indiscutibile l'importanza del contributo che tale impostazione teorica ha fornito allo sviluppo di una dogmatica incentrata su principi fondamentali di garanzia, capaci di vincolare in senso forte il diritto penale, in quanto di natura o di rilevanza costituzionale, piuttosto che di derivazione meramente culturale/filosofica. Si veda sul punto, DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*. cit., p. 30 e ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo come metodo radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, cit., p. 56 e ss. Nondimeno, tra gli stimoli offerti da questo programma di fondazione o di rifondazione del diritto penale in chiave costituzionale il profilo che ha finito con l'avere minor fortuna nella successiva riflessione teorica è stato proprio il tentativo di considerare la Costituzione come la fonte di un catalogo chiuso, o parzialmente chiuso di beni giuridici meritevoli di protezione penale. Tale prospettiva è parsa poco convincente sia perché priva di una base positiva, per l'assenza nel testo costituzionale di disposizioni contenenti espliciti obblighi di incriminazione o di un'elencazione degli interessi penalmente rilevanti, sia perché essa imbrigliava le scelte di politica criminale del legislatore entro gli angusti confini di un rigido perimetro di valori costituzionali, definiti in un testo normativo comunque risalente al 1947 e pertanto inadeguato a cogliere il significato di beni e valori non ancora esistenti al momento della sua adozione. D'altro canto, l'apertura alla presa in carico anche di beni di *indiretta* rilevanza costituzionale avrebbe privato la prospettiva in commento di qualunque capacità selettiva del penalmente rilevante giacché per ciascun bene giuridico emergente sarebbe stato possibile individuare un collegamento, seppure indiretto o implicito, con i beni di esplicita o primaria rilevanza costituzionale; in tal senso, MARINUCCI G., DOLCINI E., *Costitu-*

la non punibilità, essi consentivano di individuare le corrette istanze da porre legittimamente a fondamento di ciascuna ipotesi legislativa di non punibilità. Si affermava cioè l'assoluta necessità di verificare che le fattispecie della non punibilità normativamente previste risultassero armoniche tanto rispetto alle finalità costituzionalmente rilevanti della pena, quanto in rapporto alle esigenze di protezione dei beni giuridici tutelati dalle norme penali incriminatrici e non concorressero piuttosto a delineare altrettante di situazioni di privilegio e di sperequazione, costituzionalmente irragionevoli<sup>90</sup>.

Dalla riconosciuta centralità della Costituzione nel definire il fondamento e i limiti del diritto penale prendeva in tal modo avvio un recupero in chiave costituzionale delle ragioni di scopo che già l'illuminismo aveva posto a fondamento delle cause estintive; in seguito offuscate dal predominio di un orizzonte teorico dominato dal tecnicismo-giuridico<sup>91</sup>. Andava progressivamente tramontando l'idea che la prescrizione del reato fosse una mera eccezione alla regola della pena, ascrivibile all'arbitrio del legislatore e come tale, sottratta alla possibilità di un controllo critico. Nel nuovo corso inaugurato da un approccio teso a considerare i significati di legittimazione del diritto penale di matrice costituzionale, si faceva piuttosto strada una diversa prospettiva che riteneva necessario vagliare alla stregua dei vincoli di scopo e dei limiti posti al legislatore penale dall'ordinamento costituzionale anche i fenomeni estintivi del reato e della pena<sup>92</sup>.

Si deve pertanto alla scuola penalistica che si era fatta portatrice di tale nuova visione del diritto penale il merito di aver contribuito a conferire dignità scientifica agli istituti della non punibilità – prescrizione compresa – e di averne suggerito un inquadramento incentrato sul nesso con le funzioni costituzionali della pena. Non a caso infatti, uno dei migliori frutti di quell'orientamento teorico è stato proprio l'aver indivi-

---

zione e tutela di beni giuridici, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 349; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 108 e ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 260-262.

<sup>90</sup> Così, BRICOLA F., *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25 Cost.*, in *Commentario Scialoia e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 283.

<sup>91</sup> Un primo tentativo, in tal senso, con specifico riguardo all'insieme delle cause di non punibilità è stato compiuto da STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626 e ss.

<sup>92</sup> Così, STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., p. 663 e ss. ma anche PULITANÒ D., *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *disCrimen*, 17 luglio 2018, p. 5.

duato nell'art. 27 co. 1 e 3 Cost. il fondamento costituzionale della prescrizione del reato, intuendo l'intrinseca razionalità che "il tempo dell'oblio" è in grado di esprimere, in ragione del suo costituire espressione di una visione personalistica della pena, incentrata, per l'appunto, in senso costituzionale, sulla garanzia della rieducazione e del recupero sociale del reo.

### 7.1. In particolare: i rapporti con il finalismo rieducativo della pena

L'ancoraggio della prescrizione alla concezione costituzionale della pena ha implicato una valorizzazione dei nessi di strumentalità di tale istituto rispetto alla funzione di prevenzione speciale.

Nell'ottica del diritto penale costituzionalmente orientato infatti, il decorso del tempo acquisisce un significato giuridico rispetto alle dinamiche della punibilità in quanto si presume capace di modificare la personalità del reo in modo tanto profondo da rendere costui una persona radicalmente diversa da quelle che era al momento del compimento del fatto<sup>93</sup>.

Fra il passato, contrassegnato dal reato, ed il presente in cui dovrebbe trovare attuazione la risposta sanzionatoria tardiva si registrerebbe pertanto una tale discrepanza di significati in rapporto all'autore del fatto che l'applicazione della pena risulterebbe disfunzionale rispetto alla sua funzione rieducativa. La reazione sanzionatoria ad eccessiva distanza di tempo dal reato troverebbe in effetti come destinatario un soggetto che non è più lo stesso rispetto a quello che ha in origine commesso l'illecito. Sicché, in definitiva, la prescrizione del reato altro non farebbe che convalidare l'intervenuto cambiamento morale del reo, impedendo che esso subisca una punizione tanto inutile, a fini rieducativi<sup>94</sup>, quanto ingiusta<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> L'argomento si ritrova in STORTONI L., *op. ult. cit.*, pp. 661 e 662; MANES V., *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 561 e ss. ed è ripreso dai due importanti contributi, rispettivamente, in materia di prescrizione della pena, MANTOVANI M., *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, cit., p. 27 e ss. e di prescrizione del reato, PECCIOLI A., *La prescrizione del reato*, cit., p. 26 e ss.

<sup>94</sup> La relazione tra prescrizione e finalità rieducativa della pena è messa in luce non soltanto dai sostenitori di una lettura costituzionalmente orientata del sistema penale – per tutti, STORTONI L., *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 358; ID., *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro. it.*, 1998, vol. CXXI, n. 7/8, p.

Il riconosciuto nesso di strumentalità funzionale tra prescrizione del reato e finalità rieducativa della pena rappresenta tuttavia soltanto la base di partenza di una più articolata riflessione sulla legittimazione in

---

321 – ma anche da coloro che attribuiscono a tale istituto una pluralità di funzioni tra le quali figurerebbe, per l'appunto, anche quella di evitare l'applicazione di una pena non più adeguata alla mutata personalità del reo. Su tale aspetto, oltre agli Autori indicati alla pagina precedente, anche VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit., p. 26; PIERGALLINI C., *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2378; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, p. 802; ROMANO B., *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi di diritto o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, p. 84; TASSINARI D., *La prescrizione del reato fra incertezze epistemologiche e prospettive di riforma*, in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (cur.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 295; AMBROSETTI E.M., *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, in CAVALIERE A., LONGOBARDO C., MASARONE V., SCHIAFFO F., SESSA A. (cur.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, Napoli, 2017, p. 416; DINACCI E., *Prescrizione del reato e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, p. 156 e ss.; BARTOLI R., *Prescrizione. Soltanto un equilibrio ci può salvare*, in *Sist. pen.*, 2019, p. 8; ID., *Il nuovo volto della prescrizione dalle concezioni stataliste alle concezioni garantiste*, in *Sist. pen.*, 2020, p. 75; CAVALIERE A., *Le norme spazzaprescrizione nella legge n. 3/2019*, in *Leg. pen.*, 12 febbraio 2020, p. 10. Nella letteratura tedesca, LAMMASCH H., *Gutachten über die Frage: soll zur Verjährung der Strafverfolgung der bloÙe Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit seit Verübung der Straftat genügen oder soll diese Verjährung auch noch an andere Bedingungen geknüpft werden?*, in AA.VV., *Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages*, vol. II, Berlin, 1897, spec. p. 308; LORENZ M., *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, München, Berlin, 1955, p. 56; JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 911 e 912. In ambito spagnolo, MORILLAS CUEVA L., *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1980, p. 22; GARCÍA PÉREZ O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, p. 288.

<sup>95</sup> La pena tardiva sarebbe avvertita come ingiusta perché avrebbe il “sapore di un'indebita sovraccentuazione”, PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 21. Sul fatto che la percezione della pena come “giusta” costituisca presupposto necessario affinché essa possa servire al recupero del reo fondamentali i contributi di LÜDERSSEN K., *Abschaffen des Strafsens?*, Frankfurt, 1995, p. 99 e ss. e nella letteratura italiana, di PAGLIARO A., *Prevenzione generale e prevenzione specifica (o speciale)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, p. 895; ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, cit., pp. 1069-1070. Più di recente, anche TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 30 e ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2021, p. 28 e ss.; COCCO G., *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Sist. pen.*, 8 maggio 2020, p. 4.

Per un approfondimento del rapporto fra giustizia della pena e proporzione sanzionatoria si legga invece l'ampio studio di VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 83 e ss.

chiave special-preventiva del tempo estintivo che non può non confrontarsi con gli sviluppi della riflessione teorica e della giurisprudenza costituzionale in materia, né ignorare le plurime sfaccettature di significato assunte dal finalismo rieducativo della pena ed il suo ruolo rispetto ai vari stadi della vicenda punitiva. In effetti, la constatazione della sussistenza di un interesse costituzionale a fondamento della prescrizione rischia di apparire una mera petizione di principio, se ridotta ad un'esegesi minimale dell'art. 27 co. 1 e 3 Cost. L'asserito collegamento tra l'estinzione cronologica della punibilità e il volto costituzionale della pena va piuttosto apprezzato alla luce dei contenuti ascrivibili alla finalità rieducativa della pena, così come delineati dalla inesaurita riflessione teorica e dal contributo della Corte costituzionale.

Ebbene, l'idea che la previsione di termini prescrizionali tragga la propria ragion d'essere nella necessità di evitare che l'inflizione della pena, alla loro scadenza, risulti priva di qualunque idoneità risocializzante in quanto destinata a colpire una persona oramai profondamente mutata, parrebbe svelare l'idoneità del passaggio del tempo a spezzare la corrispondenza tra autore del reato e soggetto punito. Il venir meno della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost. a causa del fattore cronologico sarebbe cioè la naturale conseguenza del fatto che quest'ultimo affievolisce, sino ad annullarlo del tutto, il presupposto indefettibile del finalismo risocializzante; ossia, il nesso di appartenenza soggettiva del fatto di reato al suo autore che deve necessariamente riflettersi in termini garantisti anche nel rapporto tra il reo e la pena. Il principio di personalità della responsabilità penale – che richiede la necessità di una corrispondenza tra autore del fatto e soggetto penalmente responsabile – comprende e implica, altresì, l'identità tra autore del reato e soggetto punito. La personalità della responsabilità sostanza dunque la personalità della pena.

Una risposta sanzionatoria eccessivamente tardiva contrasterebbe, in definitiva, non solo con il finalismo rieducativo della pena ma anche, più radicalmente, con il principio di personalità della responsabilità penale, espresso al co. 1 dell'art. 27 Cost.; vale a dire, con la stessa impronta "umanistica" del diritto penale da cui discendono il divieto costituzionale per il legislatore di punire fatti che non siano riferibili all'uomo in quanto "persona"<sup>96</sup> e il vincolo inderogabile di conformità del

---

<sup>96</sup> Testualmente, PAGLIARO A., *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, p. 1599, ora in *Il diritto penale fra norma e società*, cit., p. 719.

trattamento sanzionatorio ai principi di umanità, personalità e solidarietà, ad ogni livello della disciplina<sup>97</sup>.

La Costituzione stabilisce in effetti una correlazione sistematica imprescindibile tra gli scopi risocializzanti della pena e il significato costituzionale del principio di personalità della responsabilità penale<sup>98</sup>. I fini

---

Sterminata oramai la letteratura sulla portata dell'art. 27 co. 1 Cost. Si vedano, ex plurimis: VASSALLI G., *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obiettiva per fatto proprio*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1005 e ss.; ID., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 1 e ss.; BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 51 e ss.; PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 88 e ss.; DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 e ss.; ID., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crim.*, 2005, p. 69 e ss.; ID., *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 33 e ss.; PALAZZO F., *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (cur.), *Influenza dei valori costituzionali sui sistemi*, 1985, tomo I, p. 531 e ss.; FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385 e ss.; ID., *Art. 27 comma 3°*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222 e ss.; EUSEBI L., *La pena in "crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p. 15 e ss.; DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 252 e ss.; DONINI M., RAMPONI L., *Il principio di colpevolezza*, in INSOLETTA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, p. 283 e ss.; PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO C., PADOVANI T., PAGLIARO A., *Parte generale*, Milano, 2007, p. 136 e ss.; BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 119 e ss.; PELISSERO M., *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., p. 339 e ss.

<sup>97</sup> Individuano un nesso tra finalismo rieducativo delle pene e principio di solidarietà (art. 2 Cost.), TUMMINELLO L., *Il volto del reo*, cit., p. 80 e ss. e VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., p. 79 e ss. Sulla solidarietà come canone ermeneutico per la finalità rieducativa della pena anche, ESPOSITO A., *La solidarietà, orizzonte di senso per la responsabilità penale*, in DODARO G., MANCUSO E.M. (cur.), *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Milano, 2018, p. 19 e ss.

<sup>98</sup> Nell'importante pronuncia n. 364/1988, la Corte costituzionale si è espressa in termini molto chiari riguardo la connessione teleologica tra funzione rieducativa della pena e principio di personalità della responsabilità penale, affermando come la pretesa rieducativa non possa adeguatamente realizzarsi ove la sanzione non si rivolga ad un soggetto *personalmente* rimproverabile per il fatto commesso. L'orientamento della Corte sul punto è oramai costante. Basti citare tra le numerose pronunce: Corte cost., sent. 8-15 aprile 1987, n. 128; Corte cost., sent. 26-30 luglio 1993, n. 358; Corte cost., sent. 26 giugno 1993, n. 313; Corte cost., sent. 24 luglio 2007, n. 322; Corte cost., sent. 30 aprile 2008, n. 129 ove la finalità rieducativa viene indicata come un requisito "onto-

rieducativi implicano la colpevolezza in quanto nessuna rieducazione sarebbe mai possibile senza la rimproverabilità morale del soggetto per il fatto commesso<sup>99</sup>. Il principio di personalità della responsabilità penale irradia così anche il momento punitivo, conferendo alla pena un volto personalistico-soggettivista che vieta la strumentalizzazione dell'individuo a scopi di difesa sociale e di prevenzione generale e impone di calibrare la risposta sanzionatoria tanto sulla persona dell'autore, quanto in rapporto alla relazione reciproca che intercorre tra il reo stesso e il fatto di reato, considerato nella sua interezza<sup>100</sup>.

La stessa Corte costituzionale, dopo aver a lungo optato per una concezione polifunzionale della pena che ne relegava la finalità rieducativa alla sola fase esecutiva, è – com'è noto – approdata ad un orientamento che in linea con posizioni dottrinali dominanti, riconosce l'assoluta centralità del paradigma risocializzante, in ogni momento della vicenda punitiva: dall'astratta previsione normativa alla fase della concreta inflizione, commisurazione ed esecuzione della pena<sup>101</sup>. La pre-

---

logico" della pena. Nella notissima sent. 3 luglio 1990, n. 313, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981 e ss. in materia di patteggiamento, la Corte ha inoltre esplicitato l'intima connessione fra finalità rieducativa della pena e principio di proporzionalità. Sul punto, RUGGIERO GIANLUCA, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, p. 177 e ss.

Per una panoramica completa della giurisprudenza costituzionale sul tema della funzione della pena, PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 1 e ss.

<sup>99</sup> Lo rammenta BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., p. 37.

<sup>100</sup> La dimensione personalistica della pena costituisce in effetti il nucleo centrale della commisurazione della stessa. È nel momento applicativo infatti che la risposta sanzionatoria viene "ritagliata" su misura, in relazione al grado di colpevolezza dell'autore e alle sue condizioni personali, DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 226; ID., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil law e common lawjers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 30 e ss.; EUSEBI L., *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in PAVARINI M. (cur.), *Silète penologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 69 e ss.

<sup>101</sup> Un'importante conferma della centralità del finalismo risocializzante è di recente provenuta dalle pronunce costituzionali in materia di ergastolo ostativo ove la Corte ha ribadito a chiare lettere la non sacrificabilità di tale funzione a vantaggio di altre, pur legittime, funzioni della pena, v. Corte cost., sent. n. 149/2018; sent. n. 253/2019, sent. n. 97/2021. Fra i numerosi contributi sul tema, DE MINICIS, F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 1269-1275; PUGIOTTO, A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, p. 17 e ss.; DOLCINI E., *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo e di rieducazione del condannato*, in *Dir. pen. cont.*, 18

venzione speciale intesa in senso costituzionale, quale forma di risocializzazione e di rieducazione laica ai valori costituzionali ha pertanto assunto una posizione centrale nella teoria della pena costituzionalmente orientata<sup>102</sup>.

Tanto nella riflessione teorica, quanto nella giurisprudenza costituzionale si è cioè affermata l'idea che l'istanza rieducativa costituisca una *funzione primaria* della sanzione penale, tendenzialmente in grado di prevalere sulle altre finalità – di deterrenza e difesa sociale –, rispetto ad ogni fase della risposta punitiva: dalla comminatoria edittale sino all'applicazione e all'esecuzione<sup>103</sup>.

Qualunque finalismo della pena che si diriga verso scopi diversi da quello di un riadattamento sociale del reo ai valori laici protetti dalla Costituzione suonerebbe come uno sbilanciamento indebito, come un'illegittima deviazione della prassi o della norma dal volto costituzionale della sanzione penale.

Sulla scorta dell'idea che la costruzione teorica del significato costituzionale della pena abbia una valenza prescrittiva e conformativa dell'intero sistema penale, destinata a guidare ogni scelta del legislatore dal versante delle incriminazioni a quello della rinuncia alla pena, la dottrina che si è cimentata con una lettura costituzionalmente orientata delle cause estintive della punibilità ha ritenuto in definitiva di dover individuare la *ratio* della prescrizione nell'interesse costituzionale positivo alla tutela della libertà della persona che verrebbe irragionevolmente compressa da una sanzione penale tardiva, priva di qualunque con-

---

luglio 2018, p. 145 e ss.; ID., *Ergastolo ostativo, liberazione condizionale, diritto alla speranza*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (cur.), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Atti del Seminario, Ferrara 27 settembre 2019, *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 2020, p. 124 e ss.; RUOTOLO, M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019; COTTU E., *L'ergastolo ostativo nel prisma del sottosistema penale premiale*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (cur.), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., pp. 75-82; DODARO, G. *L'onere della collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 259 e ss.; GALLIANI D., MAGI R., *Regime ostativo e permesso premio. La Consulta decide, ora tocca ai giudici*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 29 gennaio 2020. Sia consentito rinviare anche al nostro *La "moralità" dell'ergastolo ostativo per i fatti di mafia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2021, p. 192 e ss.

<sup>102</sup> Sulla nozione costituzionalmente orientata della finalità rieducativa, DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 19 e ss.

<sup>103</sup> Note sul punto le tesi di DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, cit., p. 18 e ss. ai cui contributi si rinvia per un approfondimento dei principali snodi argomentativi in materia.

creta idoneità risocializzante. In tale prospettiva, il volto umanistico della pena costituirebbe un valore costituzionale positivo, tutelato dalla prescrizione del reato che ne assicurerebbe la prevalenza sull'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice<sup>104</sup>.

Tale lettura presenta tuttavia alcuni punti deboli.

In primo luogo, essa mostra un difetto di impostazione in quanto postula che il finalismo rieducativo della pena rilevi non solo come principio costituzionale orientativo delle scelte legislative in materia sanzionatoria ma anche, più nel profondo, come vincolo di tipo positivo che obbliga il legislatore a prevedere il ritrarsi della punizione, quando sia decorso un congruo lasso di tempo dalla commissione del fatto di reato. All'obbligo positivo di incriminazione dei fatti offensivi di beni costituzionalmente rilevanti si contrapporrebbe in sostanza un equivalente obbligo costituzionale di non-punibilità del reato per passaggio del tempo.

Tuttavia, come pecca di rigidità l'idea che la Costituzione fornisca il catalogo di beni meritevoli di protezione penale, altrettanto eccessiva appare la prospettiva di far discendere dall'art. 27 co. 1 e 3 Cost. un obbligo per il legislatore di prevedere forme di non punibilità incentrate sulla valorizzazione del logorio del tempo. In tal modo infatti, ci si spinge ben oltre l'esegesi costituzionalmente orientata, giungendo ad immaginare che il finalismo rieducativo costituisca tanto il fondamento stesso del punire, quanto la fonte di un dovere per il legislatore di stabilire la prescrittibilità dei reati. La prescrizione sarebbe cioè materia *implicitamente costituzionale*, o, più precisamente, figura giuridica costituzionalmente necessaria.

Nondimeno, un vincolo di tale natura a carico del legislatore dovrebbe ricavarsi in modo esplicito dal testo costituzionale. Ma così non è, dato che né nell'art. 27 Cost., né in altre disposizioni costituzionali è possibile rintracciare un espresso riferimento al fatto che lo statuto costituzionale della pena presupponga come ineludibile il ricorso a fattispecie di carattere prescrizioneale.

A tale aspetto si affiancano poi altri profili di debolezza della tesi in commento. Essa muove da una considerazione di tipo empirico che in sé non può giudicarsi errata; e cioè, dall'idea che il tempo abbia la ca-

---

<sup>104</sup> In tal senso si esprime STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., pp. 662 e 663 che osserva come l'interesse costituzionale tutelato dalla prescrizione del reato prevalga sull'offesa penalmente rilevante anche laddove quest'ultima leda il bene della vita; sicché, astrattamente, il tempo estintivo dovrebbe riguardare persino i reati più gravi contro la vita e contro l'incolumità personale.

pacità di scalfire e persino talvolta di annichilire il nesso di appartenenza morale del fatto al suo autore.

Tuttavia, non è affatto scontato che il diritto penale si faccia effettivamente carico di tale dato esperienziale. Al contrario, sembra che sotto molti aspetti esso non ne tenga affatto conto. Così, mentre il fattore temporale è chiamato a giocare un ruolo decisivo tanto nella fase di esecuzione della pena in quanto la prospettiva della risocializzazione si realizza attraverso un percorso pluriennale di recupero del condannato, quanto rispetto alla comminatoria e alla commisurazione della pena detentiva, essendo quest'ultima una sanzione di durata, lo stesso non può dirsi rispetto al giudizio di colpevolezza il quale invece prescinde del tutto dalla considerazione dell'idoneità dell'elemento cronologico a cancellare il legame personalistico tra il reo e il fatto di reato. La distanza temporale dalla commissione del reato non è un requisito strutturale della colpevolezza, imposto dal principio di personalità della responsabilità penale. Il tempo trascorso dalla commissione del reato non rende cioè di per sé l'autore *meno colpevole*, né impedisce di riferire il fatto alla persona che lo ha commesso. Nell'ottica del diritto penale, in altre parole, il supposto potere taumaturgico del tempo non viene trattato alla stregua di una causa di esclusione o di attenuazione della colpevolezza, a formazione progressiva.

Considerazioni analoghe valgono anche rispetto al nesso tra prescrizione del reato e finalità rieducativa della pena. Tale legame si incentra sulla presunzione che il passaggio del tempo rappresenti per il diritto penale un succedaneo della pena, in grado di attuarne pienamente la funzione di recupero sociale. Nondimeno, la validità di tale assunto dipende per un verso, dalla stabilità empirica della generalizzazione presupposta e per altro verso, dalla capacità della stessa di rispecchiare il modello di rieducazione tracciato dalla Costituzione.

Entrambi i profili paiono vacillare.

Rispetto a taluni soggetti, può in effetti accadere in concreto che il tempo non riesca ad esplicare alcuna efficacia rieducativa. D'altra parte, secondo il disegno tracciato dalla Costituzione, il fine della rieducazione presuppone la massima individualizzazione possibile del trattamento riservato ai singoli, mentre – come si avrà modo di spiagare al paragrafo successivo – la prescrizione sostituisce a tale trattamento un meccanismo presuntivo automatico e indifferenziato che prescinde non solo dalla verifica in concreto delle *chances* di risocializzazione del singolo ma persino dall'accertamento del singolo fatto di reato.

## 8. La correlazione tra prescrizione del reato e funzione rieducativa della pena al vaglio delle sue ragioni

Il tentativo di ancorare la prescrizione alla finalità rieducativa della pena si inserisce nel contesto di un approccio ermeneutico che nella prospettiva di elaborare una visione su base costituzionale non soltanto dei singoli istituti penalistici ma dell'intero sistema penale ha inteso inquadrare entro una "cornice costituzionale" anche le categorie della non punibilità, estendendo loro la copertura dei fondamentali principi penalistici, riconosciuti dalla Costituzione<sup>105</sup>. Tra questi, il finalismo rieducativo della pena viene in particolare in rilievo non solo come *limite garantistico* contro soluzioni normative gravemente lesive delle libertà dell'individuo ma anche come punto di origine delle ragioni assiologiche che legittimano la rinuncia alla pena tardiva da parte dell'ordinamento.

Tale impostazione metodologica, per quanto abbia avuto il merito di affrancare gli istituti della non punibilità dal terreno sterile di un'analisi di taglio esclusivamente formalistico, ha tuttavia trascurato un profilo essenziale del regime estintivo del reato per decorso del tempo che parrebbe metterne in discussione il legame concettuale con la rieducazione del reo. Il riferimento è al fatto che nella prescrizione il venir meno della punibilità non è subordinato ad una valutazione *a posteriori* delle condizioni personali del reo, alla cui stregua prognosticare le effettive *chances* di risocializzazione dello stesso bensì opera in maniera automatica e generalizzata, inibendo *ab origine* il passaggio dall'astratta comminatoria edittale alla fase dell'applicazione e dell'esecuzione in concreto della risposta penale rispetto all'autore.

In effetti, a ben vedere, l'idea che la pena tardiva risulti inutile a fini della prevenzione speciale risocializzante si basa su una presunzione di avvenuta rieducazione del soggetto per effetto del tempo che – come taluno ha correttamente osservato – non risulta né empiricamente fondata, né corroborata da precisi riscontri scientifici<sup>106</sup>. Nessun dato di realtà lascia infatti pensare che la generalizzazione circa la sussistenza di una correlazione diretta tra distanza temporale dal fatto e progressivo distacco *personale* del reo dal *significato* del fatto stesso non possa ve-

---

<sup>105</sup> Per i riferimenti bibliografici sul punto, si rinvia alle nt. 92, 93 e 94.

<sup>106</sup> In tale senso, PISA P., *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., p. 80; MANTOVANI M., *La prescrizione della pena*, cit., p. 28; GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., pp. 33 e 34.

nire in concreto smentita dalle effettive condizioni personali del singolo autore.

Un accertamento *ex post* potrebbe in effetti rivelare che in alcuni casi, non sia affatto intervenuto un ravvedimento, o anche, che il processo individuale di recupero risulti ancora incompleto, tanto da far, per esempio, apparire legittima a fini rieducativi l'applicazione di un "residuo" di pena.

L'idea che il tempo possa fungere da sostituto della pena adombra in sostanza una visione eccessivamente idealizzata e di fatto irrealistica della natura umana. Soltanto un'ingenua fiducia nel potere salvifico del fattore cronologico può in effetti far pensare che i cambiamenti da questo prodotti sul reo siano sempre positivi e che di conseguenza una congrua distanza temporale dal fatto di reato possa ogni volta costituire condizione da sola sufficiente a garantire la completa risocializzazione<sup>107</sup>.

Rispetto a un tale modo di ragionare rimane infatti, con tutta evidenza, non superabile l'obiezione sopra richiamata che nei confronti di taluni individui, il tempo possa trascorrere in modo neutro, senza che ne vengano scalfite condizioni o inclinazioni personali; oppure, che esso risulti talvolta in grado di innescare effetti persino opposti alla rieducazione, amplificando, per esempio, le tendenze al recidivismo o addirittura rafforzando l'avversione del reo verso i valori protetti dal diritto penale.

Oltre ad apparire epistemologicamente fragile, «la presunzione di risocializzazione per decorso del tempo»<sup>108</sup> si scontra poi con il regime di imprescrittibilità previsto per i reati più gravi per i quali il legislatore sembra invece ispirarsi ad un'opposta presunzione di *non rieducabilità* dei rispettivi autori che in qualche modo sconfessa la visione della punizione tardiva come fatto ontologicamente desocializzante.

D'altronde, l'idea che il tempo sia capace di rieducare tutti i rei parrebbe non riflettere appieno neppure il vero significato costituzionale del finalismo risocializzante della pena. Nell'accezione liberale e laica accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale infatti, l'i-

---

<sup>107</sup> Considera invece ragionevole rispetto al parametro finalismo rieducativo della pena la presunzione *in bonam partem* su cui si incentra la rinuncia alla pena tardiva, CAVALIERE A., *Prescrizione del reato, principi costituzionali, patologie e recenti riforme*, in BONDI A., FIANDACA G., FLETCHER G.P., MARRA G., STILE A.M., ROXIN C., VOLK K. (cur.), *Scritti in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, p. 222.

<sup>108</sup> Testualmente, GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., p. 35.

stanza rieducativa della pena richiede sempre un trattamento individualizzato di recupero sociale, attraverso il quale il reo può giungere ad acquisire la capacità di vivere e di compiere scelte conformi ai valori protetti dalla legge penale<sup>109</sup>.

L'art. 27 co. 3 Cost. orienta cioè il legislatore verso la previsione di trattamenti sanzionatori che all'afflizione affianchino anche il disegno di un vero e proprio *percorso* di cambiamento per il condannato. Il processo risocializzante viene in sostanza concepito come una evoluzione in divenire, in grado di condurre per mano il reo verso l'esito prefissato di un pieno recupero.

Gradualismo e individualizzazione costituiscono dunque i contrasegni positivi del profilo special-preventivo della pena. Ed è per questo che nonostante la funzione rieducativa permei l'intera dinamica punitiva, è soprattutto nel momento dell'inflizione concreta e dell'esecuzione che essa tende a prevalere sulle altre funzioni della pena, mentre gioca un ruolo sensibilmente minore con riguardo al diverso momento dell'astratta comminatoria edittale<sup>110</sup>. In tale fase infatti, un eventuale scollamento delle soluzioni legislative dalla nozione costituzionale di rieducazione può rilevare esclusivamente in termini di eccessiva sproporzione (*sic est*, di intrinseca sproporzione) tra la gravità del reato e i li-

---

<sup>109</sup> Centrali sul tema i contributi di DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 157 e ss.; ID., *Pene edittali principio di proporzione e finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1960 e ss.; EUSEBI L., *La pena in "crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., p. 89 e ss.; ID., «Gestire» il fatto di reato. *Prospettive di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 234 e ss.; FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 37 e ss.; MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1444 e ss.

<sup>110</sup> Il rilievo non deve però essere inteso come adesione alla tesi che in termini manichei circoscrive la rilevanza di ciascuna delle funzioni della pena rispettivamente in ognuno dei differenti momenti della dinamica punitiva; sicché, nella fase della minaccia di pena, opererebbe la prevenzione generale, la retribuzione ancorata alla proporzione riguarderebbe invece la fase della comminatoria giudiziale ed infine la prevenzione speciale rileverebbe esclusivamente nel momento esecutivo, ROXIN C., *Sinn und Grenzen*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, p. 2 e ss. In ambito italiano, sostanzialmente concorde con tale orientamento, TRAPANI M., *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1702 e ss. Non vi è dubbio infatti che la polifunzionalità della pena investa ogni momento del processo sanzionatorio, seppure a seconda delle fasi, possa accordarsi maggiore prevalenza ad una funzione, piuttosto che ad un'altra.

velli edittali di pena stabiliti; oppure, come “ontologica” inadeguatezza del tipo di pena prevista rispetto alla funzione risocializzante<sup>111</sup>.

Durante l’esecuzione invece, la pena fissa comminata dal giudice della cognizione assume un volto più flessibile e viene a modellarsi sulle caratteristiche e le condizioni del singolo individuo, assumendo un contenuto “trattamentale” maggiormente orientabile alla risocializzazione.

La funzione di prevenzione speciale in chiave risocializzante presuppone quindi l’esistenza di un “reo” in carne ed ossa; di un soggetto specifico che sia stato individuato come destinatario (anche potenziale) della prognosi/presunzione di avvenuta risocializzazione. Ebbene, ciò non accade nella prescrizione del reato che opera invece secondo un regime giuridico fisso e oggettivo, del tutto distonico rispetto all’esigenza imposta dallo statuto costituzionale della pena di calibrare sul singolo individuo la reazione statale al reato. Alla scadenza dei termini estintivi, la possibilità di punire viene meno *tout court*, anche in caso di reato presunto o di reato il cui autore sia rimasto ignoto<sup>112</sup>; e senza che occorra un previo accertamento in concreto del fatto che il reo abbia così tanto sofferto a causa dell’incertezza generata dalla paura della punizione, da poter essere ritenuto “risocializzato”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Per alcuni sarebbe questo il caso dell’ergastolo, giudicato strutturalmente incompatibile con la funzione rieducativa della pena. Per tutti, DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, cit., p. 18.

<sup>112</sup> Prima ancora che da un esame della personalità del reo (come correttamente segnala, PECCIOLI A., *La prescrizione del reato. Un istituto dall’incorreggibile polimorfismo*, cit., p. 28), la prescrizione prescinde dunque dall’effettivo accertamento della responsabilità penale. In tal senso, BEMMANN G., *Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung*, in *Juristische Schulung*, 1965, p. 337; nell’ambito della dottrina di lingua spagnola, RAGUES I VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, p. 27; GÓMEZ MARTÍN V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Buenos Aires, 2017, pp. 26 e 27.

<sup>113</sup> La correlazione tra passaggio del tempo e risocializzazione del reo potrebbe forse meglio calzare all’istituto della prescrizione della pena ove la presunzione di rieducazione invece ha come protagonista un “reo in carne ed ossa” (non più presunto innocente), per un fatto in concreto accertato.

Nondimeno, anche la prescrizione della pena agisce in astratto e a prescindere da una valutazione *a posteriori* della personalità del reo e delle sue *chances* rieducative. Gli effetti *in bonam partem* da essa prodotti riguardano infatti, indifferentemente, il reo reintegrato, come il condannato che non abbia dato alcun segnale di effettivo di recupero o che abbia manifestato la chiara volontà di non accettare il programma di recupero offertogli dallo Stato, sottraendosi volontariamente all’esecuzione della pena (art. 172 co. 4 c.p.). In tal senso, molto opportunamente, MANTOVANI M., *La prescrizione della*

Né pare che un tale ordine di considerazioni possa venire smentito dall'impronta soggettivistica delineata dal previsto allungamento del tempo estintivo in caso di interruzione del corso della prescrizione, nei confronti dei recidivi e dei delinquenti abituali e professionali. A ben vedere infatti, né l'estensione dei termini di prescrizione stabilita per la recidiva qualificata dall'art. 157 co. 2 c.p., né la differenziazione *in peius* del tetto massimo del termine di prescrizione in presenza di atti interruttivi di cui all'art. 161 co. 2 c.p. per i recidivi e i delinquenti abituali e professionali si prestano ad essere letti come segnali di una maggiore apertura del regime della prescrizione verso l'implementazione delle istanze di prevenzione speciale c.d. "positiva", nella sua accezione costituzionale. Al contrario, in quanto meccanismi automatici, essi di fatto introducono irragionevoli disparità trattamentali tra condannati, incentrate sulla valorizzazione di *status soggettivi* di tipo presuntivo, assiologicamente molto distanti dal paradigma di massima concretizzazione e individualizzazione della risposta punitiva rispetto alle condizioni personali del reo che invece un corretto modo di intendere la funzione rieducativa della pena presuppone<sup>114</sup>.

Inoltre, il fondamento razionale del ritrarsi della pena per effetto del

---

*pena*, cit., p. 28. *Contra*, CENTONZE A., *Il decorso del tempo e i suoi effetti sulla prescrizione della pena: aspetti problematici in tema di prescrizione della pena*. in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016, p. 2 il quale segnala come la preclusione dell'effetto prescrittivo prevista per i recidivi, i delinquenti professionali, abituali e per tendenza e per i condannati che durante il tempo previsto per l'estinzione della pena riportino una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole (art. 172 co. 7 c.p.) confermerebbe l'orientarsi della prescrizione della pena verso esigenze di prevenzione speciale.

<sup>114</sup> Introdotta con la legge c.d. "ex-Cirielli" (L. 5 dicembre 2005, n. 251), tale disciplina differenziata è stata, com'è noto, oggetto di numerose critiche in dottrina MARI NUCCI G., *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 976 e ss.; ID., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i recidivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 171 e ss.; CARDILE F., ZANOTTI M., *Le diverse declinazioni della rinnovata disciplina della prescrizione*, in INSOLERA G. (cur.), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 58 e 59; GIUNTA F., *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, in GIUNTA F. (cur.), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, p. 1 e ss.; MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, in GIUNTA F. (cur.), *Le innovazioni al sistema penale*, cit., p. 229 e ss. In particolare, si è evidenziato come la scelta di differenziare la durata massima della prescrizione in presenza di atti interruttivi per modelli soggettivi di autore si ponga in palese contrasto con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., p. 507 e ss. Di recente, BASILE F., *La prescrizione che verrà. Osservazioni sull'art. 1, co. 10-15, del d.d.l. n. 2067(c.d. riforma del sistema penale)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, p. 138.

tempo non pare possa farsi derivare neppure dal principio di personalità dell'illecito, considerato nella sua autonoma portata; vale a dire, come canone dotato di un rilievo teorico distinto dal finalismo rieducativo della sanzione. Ancora una volta, è il funzionamento su basi oggettive della prescrizione che impedisce di considerarla strumento di attuazione del suddetto principio. La cesura fra reato e pena da essa determinata risulta infatti indifferente rispetto alla valutazione del rapporto di appartenenza soggettiva tra fatto e autore e talvolta, persino la preclude; come nel caso in cui il termine estintivo maturi interamente, prima della sentenza di condanna e senza che l'imputato vi abbia rinunciato.

Certamente esiste un rapporto di tensione fra la punizione intempestiva e il principio di personalità della pena, quale preconditione o presupposto per l'attuazione del finalismo rieducativo. Poiché il tempo muta le persone, la sanzione applicata a notevole distanza dal fatto colpisce un soggetto comunque "diverso" (non importa se in meglio o in peggio) rispetto a quello che ha commesso il fatto, spezzando, in definitiva, la necessaria identità o corrispondenza tra la figura dell'autore della condotta e il destinatario della sanzione penale. In questo senso, ed entro tali limiti, la prescrizione del reato può dunque considerarsi in linea con il volto costituzionale della pena orientata al recupero del reo. Ciò tuttavia non significa che essa abbracci il finalismo rieducativo come propria *ratio* costitutiva. La natura astratta, oggettiva ed uniforme dei tempi estintivi dimostra infatti che il meccanismo operativo della prescrizione si fa carico del problema della divergenza tra la figura del reo e la figura del soggetto effettivamente punito, soltanto in via, per così dire, secondaria, indiretta o trasversale. Prima della sentenza definitiva di condanna, è al reato e alla sua punibilità che si rivolge l'effetto del tempo. La "persona" del colpevole e la sopraggiunta asimmetria *ratione temporis* con la "persona" del punito vengono invece in rilievo solo dopo la pronuncia irrevocabile di addebito della responsabilità penale; e della convalida di tale asimmetria si fa carico il diverso istituto della prescrizione della pena.

### **8.1. Verso un superamento del nesso tra prescrizione del reato e prevenzione speciale tout court**

L'argomento dell'inadeguatezza della pena tardiva rispetto alle istanze di risocializzazione della risposta penale – su cui si fonderebbe il nesso tra prescrizione del reato e funzione special-preventiva della pena – si rivela alquanto fumoso non solo per l'assenza di riscontri em-

pirici che ne comprovino la validità epistemica ma anche per l'indeterminatezza del concetto stesso di "tardività" della reazione penale.

Perché tale postulato funzioni, occorre infatti che risulti chiaro tanto il senso dell'espressione "tempestività della reazione sanzionatoria", quanto sino a che punto, rispetto agli scopi del diritto penale, il requisito della prontezza della pena influisca sulle dinamiche della prevenzione-speciale.

Non vi è dubbio che la tempestività della sanzione non costituisca una grandezza fissa bensì una qualità modulabile a seconda delle diverse funzioni della pena. Sul versante della prevenzione generale, si considera in genere *pronta* la reazione sanzionatoria che sia avvertita come tale da parte della collettività; sicché, la scelta del limite temporale massimo oltre il quale la punizione può considerarsi tardiva dipenderebbe anche dalla *percezione sociale* delle dinamiche punitive. Nella definizione del tempo prescrizione, il legislatore sarebbe pertanto tenuto ad individuare un punto di equilibrio fra tale profilo di contesto e il vincolo di proporzione<sup>115</sup>.

Quanto alla prevenzione speciale invece, la correlazione con il requisito della prontezza della pena diviene più sfumato. Con riguardo al versante "negativo" della stessa (o mediante incapacitazione), si può certo presumere che quanto più la reazione sanzionatoria sia vicina al fatto, tanto più aumenti la sua capacità di bloccare sul nascere la futura carriera criminale del reo e di contenere il rischio di una recidiva futura<sup>116</sup>. Tuttavia, la pena conserva la sua efficacia neutralizzante o incapacitante anche se applicata a distanza di tempo dal fatto. Né sembra che il tempo ne scalfisca l'efficacia in termini di deterrenza speciale. Una pena applicata molto tempo dopo la commissione del reato può in effetti intimorire al pari di una pena che giunga immediatamente; ad esempio, perché convalida l'implacabilità della conseguenza sanzionatoria.

Altrettanto fumoso appare poi il legame tra il tempo della risposta penale e la prevenzione speciale c.d. "positiva" o mediante risocializzazione-rieducazione, per le ragioni, sopra enunciate, relative alla sostanziale infungibilità tra la distanza temporale dal fatto e la pena<sup>117</sup>. Se

---

<sup>115</sup> Lucidissime sul punto le osservazioni di PAGLIARO A., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 219, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 964 e ss.

<sup>116</sup> PAGLIARO A., *Ibidem*, p. 966.

<sup>117</sup> In senso contrario, tra gli altri, MANES V., *Sulla riforma della prescrizione*, cit.,

davvero si desse per buona la prospettiva che il passaggio del tempo sia in grado da solo di realizzare in tutti i casi l'istanza risocializzante propria della sanzione penale, ci si potrebbe spingere ben oltre la legittimazione di meccanismi temporali di remissione sanzionatoria sino al paradosso di avvalorare prospettive di stampo integralmente abolizionista che affidino al mero trascorrere naturale del tempo, piuttosto che alla pena, il compito tanto di risolvere i conflitti generati dal crimine, quanto di ottenere l'emenda morale del reo<sup>118</sup>. Il tempo senza dubbio spezza la simmetria tra soggetto autore del fatto e soggetto punito. Nondimeno, per quanto ascrivibile in parte anche alla teleologia della prescrizione del reato, tale profilo sembra piuttosto riguardare soprattutto il diverso istituto della prescrizione della pena, il quale, com'è noto, accede ad un reato accertato in via definitiva e si rivolge ad un *vero* colpevole; non anche ad un soggetto presunto tale.

## 9. Una verifica delle ragioni a fondamento della relazione fra prescrizione del reato e prevenzione generale positiva

Secondo un'opinione largamente condivisa in dottrina, l'intima connessione tra l'estinzione del reato per decorso del tempo e le ragioni del punire si delineerebbe in modo molto chiaro sul versante della prevenzione generale, piuttosto che su quello della prevenzione speciale.

L'estinzione della punibilità per decorso del tempo trarrebbe la propria ragion d'essere nella progressiva attenuazione delle istanze di prevenzione generale determinata dal mutare del significato sociale del reato, per effetto dell'azione del tempo. Quest'ultima affievolirebbe la memoria collettiva del fatto di reato e ne farebbe al contempo scemare,

---

p. 557 e ss.; CECCHETTI M., PAJANO S., *Il problema della prescrizione penale alla prova del costituzionalismo per "principi"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 429 i quali evidenziano come una pena applicata con prontezza si rivolge ad un soggetto che va ritenuto "non troppo dissimile" da colui che ha commesso il reato.

<sup>118</sup> Tra i sostenitori delle tesi abolizioniste che assegnano proprio tale significato al fattore temporale per tutti, HULSMAN L., *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 71; HULSMAN L., BERNAT DE CELIS I.J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Parigi, 1982, *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, trad. it. di Guagliardo V., Paderno Dugnano, Milano, 2001, p. 25 e ss.; SCHEERER S., *Towards Abolitionism*, in *Contemporary Crises*, 1986, p. 5; MATHIESEN T., *Perché il carcere?*, 1987, trad. it. di Pasini E., Terzi M.G., Torino, 1996, p. 56; MORRIS R., *Penal Abolition: The Practical Choice*, Toronto, 1995; RUGGIERO V., *Penal abolitionism*, Oxford, 2010, *passim*.

sino a neutralizzarlo, il correlativo allarme sociale<sup>119</sup>. Il fattore cronologico agirebbe in altre parole sui bisogni sociali di punizione, mitigandoli.

Se osservata in una chiave general-preventiva, la prescrizione del reato appare dunque un elemento strutturale della dinamica punitiva, destinato ad intervenire ancor prima che la considerazione delle vicende personali del presunto reo acquisisca rilevanza per la determinazione della misura e delle modalità di esecuzione della pena. Il ritrarsi della *spada* della sanzione alla scadenza del termine di prescrizione è infatti indipendente dal mutare delle condizioni personali del soggetto destinatario (possibile) della stessa o dal suo ravvedimento maturato dopo la commissione del reato. Si tratta piuttosto di una conseguenza del solco tracciato dalla distanza temporale intercorsa dal momento del fatto di reato, rispetto alla percezione sociale del suo disvalore<sup>120</sup>.

In tal senso, il tempo dell'oblio rappresenta un parametro oggettivo cui l'ordinamento rapporta la valutazione di opportunità circa l'attualizzazione *ex post* della funzione di controllo sociale propria dello strumento penale<sup>121</sup>. In tanto si giustifica il progressivo dissolversi della

---

<sup>119</sup> Uniforme sul punto la letteratura in materia: MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 84; PISA P., *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., pp. 80 e 81; PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 661 e ss.; GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempi cedere*, cit., p. 35 e ss.; SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 56 e ss.; ROMANO M., *sub art. 157*, in ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., (cur.), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 61; GIUNTA F., *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, cit., p. 187; PIERGALLINI C., *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, cit., p. 2377 e ss.; PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 21; ID., *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, cit., p. 5; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 609; BARTOLI R., *Il nuovo volto della prescrizione dalle concezioni stataliste alle concezioni garantiste*, cit., p. 74 e ss.; ID., *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 ottobre 2020, p. 2; PECCIOLI A., *La prescrizione del reato*, cit., p. 24 e ss.; MANES V., *Sulla riforma della prescrizione*, cit., p. 560; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 839; DINACCI E., *Prescrizione del reato e principi costituzionali*, cit., p. 151 e ss.; CECCHETTI M., PAJNO S., *Il problema della prescrizione penale alla prova del costituzionalismo per "principi"*, cit., p. 427; MONGILLO V., *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 998.

<sup>120</sup> SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 59.

<sup>121</sup> Sul diritto penale come strumento di controllo sociale, si leggano MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, pp. 80 e 81; PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 437 e ss.; GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 426 e ss.

necessità della pena, in quanto venga gradualmente ad esaurirsi il danno sociale prodotto dal reato e, con esso, anche la ragione del ricorso alla pena, quale mezzo per la stabilizzazione e per il mantenimento delle condizioni di pacifica convivenza civile<sup>122</sup>.

La vicenda prescizionale ratificherebbe in sostanza l'avvenuto ripristino del senso di sicurezza collettivo, in precedenza infranto dal reato. Essa opererebbe, cioè, come una forma di convalida dell'avvenuta "riconciliazione" della società con il fatto, prodotta dal potere sanante del tempo. E ciò ne farebbe un irrinunciabile strumento di attuazione della funzione di prevenzione generale c.d. "positiva o allargata" del diritto penale<sup>123</sup>.

Una volta che sia venuta meno l'istanza di ricomposizione della fiducia collettiva indebolita dal reato, si dissolve altresì la necessità di ribadire attraverso l'applicazione della pena l'importanza dei valori lesi dall'illecito. Più che un'anomalia del sistema penale rispetto al paradigma dell'infettibilità della risposta sanzionatoria al reato, il tempo estintivo costituirebbe allora un punto di incontro tra la reazione normativa dell'ordinamento al reato e le "reali" istanze sociali e politiche che stanno a fondamento della minaccia penale<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> La prescrizione costituirebbe uno dei fattori che condizionano la percezione della legittimità del sistema penale da cui dipende l'effettività di un diritto penale orientato alla prevenzione generale. Sui fattori di contesto che contribuiscono a rafforzare l'efficacia general-preventiva del sistema sanzionatorio, per tutti, ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO M., STELLA F. (cur.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 34 e ss.

<sup>123</sup> Il modello di una prevenzione generale di tipo integrativo o "positivo" è stato, com'è noto, elaborato nell'ambito delle teorie c.d. "funzionaliste" della pena che attribuiscono al diritto penale una funzione primaria di controllo sociale; per tutti, ROXIN K., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, p. 306 e ss. Non mancano tuttavia versioni estremizzanti come quella di JAKOBS G., *Schuld and Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976, p. 8 e ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin, New York, 1991, p. 13 e ss.; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. spagn. a cura di Cancio Meliá M., Feijóo Sánchez B., Madrid, 2000, p. 15 e ss., che finiscono con l'attribuire al consenso sociale nei confronti del sistema penale un rilievo assorbente rispetto ad altri parametri, al punto da concepire la sanzione penale come un mero strumento di attuazione dei bisogni sociali di pena.

<sup>124</sup> Sulla prevenzione generale come fondamento razionale e giustificazione politica del diritto penale, già FEUERBACH J.P.A., *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, 1798, Trad. it., *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini con-*

Nell'ambito delle tesi di matrice general-preventiva tuttavia, mentre da un lato, si tende a dare per certa l'inadeguatezza di una reazione penale tardiva a svolgere una funzione di orientamento culturale, dall'altro lato, si ravvisa l'oggettiva difficoltà di fondare su basi concettuali sicure il supposto nesso fra prescrizione e prevenzione generale c.d. "negativa"<sup>125</sup>. Tale correlazione verrebbe infatti ad incentrarsi sull'idea che cancellando la memoria del male arrecato dal reato, il tempo inceppi il meccanismo comunicativo e psicologico che sta alla base della capacità intimidativa della pena<sup>126</sup>. Il male attuato in risposta al reato (la pena) verrebbe cioè percepito dai destinatari delle norme come un messaggio errato, a fronte di un altro male (il reato), ormai dimenticato.

Nondimeno, sul punto, si osserva come, analogamente a quanto accade a proposito della supposta forza risocializzante del tempo, occorre evitare di incorrere nell'errore di costruire il fondamento teorico della prescrizione su generalizzazioni prive di una reale base empirica. La presunzione per la quale il tempo è ritenuto in grado di neutralizzare la capacità deterrente della sanzione penale dovrebbe pertanto risultare corredata da opportuni riscontri, in grado di dimostrarne la validità epistemologica<sup>127</sup>. Altrimenti, vi è il rischio che il dato di realtà assunto come vero si riduca ad un mero postulato di principio, privo di efficacia

---

*tro il sovrano*, Milano, 1972, p. 107 e ss. Con riguardo all'idea che il diritto penale moderno sia orientato verso la prevenzione dei reati, piuttosto che verso un modello di tipo retribuzionistico che ricambia "il male con il male", si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni di RAWLS J., *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, p. 3 e ss.; HASSEMER W., *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER W., LÜDERSSEN K., NAUCKE W. (eds.), *Hauptprobleme der Generalprävention* Frankfurt a. M., Metzner, 1979, p. 29 e ss.; ID., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in ROMANO M., STELLA F. (cur.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 131; ID., *Warum strafe sein muss*, Berlin, Ullstein Verlag, 2009, trad. it., *Perché punire è necessario?* Bologna, 2012, p. 115 e ss.; PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1189, ora in *Diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 928 e ss.; ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in ROMANO M., STELLA F. (cur.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 156 e ss.; MONACO L., *Prospettive dell'idea dello «scopo» in diritto penale*, Napoli, 1985, p. 71 e ss.; DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1184 e ss.

<sup>125</sup> In tal senso, SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., pp. 60 e 61; GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., pp. 38-39.

<sup>126</sup> PADOVANI T., *Diritto penale*, X ed., Milano, 2019, p. 368.

<sup>127</sup> In tal senso, GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., p. 40.

esplicativa e suscettibile di venire smentito da asserzioni teoriche di contenuto uguale e contrario.

Per esempio, ragionando in astratto, nulla impedirebbe di considerare altrettanto valida un'ipotesi opposta che invece reputasse l'applicazione della sanzione penale, anche a notevole distanza di tempo dal reato comunque utile a riattualizzare le istanze di tutela dei beni protetti e a rafforzare l'efficacia deterrente della minaccia astratta, in tal modo preservata al potere erosivo degli anni<sup>128</sup>. Da questo punto di vista, piuttosto che un limite garantistico contro gli eccessi punitivi dell'ordinamento, la prescrizione verrebbe vista come un momento di cedimento della "tenuta" general-preventiva del sistema penale.

Per tali ragioni, è in primo luogo opportuno verificare se le ricerche empiriche di taglio extra-giuridico abbiano offerto spunti significativi a conferma dell'idea che il tempo dell'oblio affievolisca le istanze di prevenzione generale, rendendo la pena tardiva del tutto disfunzionale a fini di deterrenza; o se invece, in mancanza di tali basi esplicative, il ragionamento necessariamente presuntivo che giustifica la non punibilità per decorso del tempo non costituisca piuttosto una convenzione ampiamente consolidata nell'ambito degli ordinamenti giuridici che per tradizione annoverano la prescrizione tra gli istituti del diritto penale sostanziale.

### 9.1. *Segue: la correlazione tra prescrizione del reato e prevenzione generale negativa*

Nell'ambito della riflessione teorica in materia di prescrizione, mentre – come detto – si tende a dare per certa la correlazione logica tra l'estinzione del reato per decorso del tempo e la prevenzione generale c.d. "allargata", forti perplessità vengono invece espresse con riguardo al presunto legame di tale istituto con le esigenze della prevenzione generale negativa, sulla scorta dell'idea che non si disponga di dati precisi in grado di supportare la previsione che una pena tardiva non sia idonea a funzionare adeguatamente come contro-stimolo rispetto al reato<sup>129</sup>.

Nondimeno, tali posizioni sembrano incorrere in un difetto di impostazione. Per la parte in cui considerano stabile il primo tipo di correla-

---

<sup>128</sup> In tal senso, GILI PASCUAL A., *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona, 2001, p. 78; RAGUÉS I VALLÈS R., *Il passaggio del tempo e la responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, p. 213.

<sup>129</sup> Soprattutto, GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., p. 41 e ss.

zione – tra prescrizione del reato e prevenzione generale positiva –, esse cadono infatti nel medesimo errore logico che imputano alle concezioni opposte. Mentre, da un lato, escludono, per assenza di dati criminologici di copertura, che la prescrizione possa costituire il correlato simmetrico in negativo del parametro della prontezza di pena, dall'altro lato, ne affermano il nesso con la funzione di orientamento culturale<sup>130</sup>, senza tuttavia indicarne il reale fondamento empirico. La contraddizione appare evidente: anche il rapporto funzionale tra rinuncia cronologica alla pena da una parte, e capacità del tempo di attenuare le esigenze di difesa sociale e di promozione dei valori protetti dal diritto penale, dall'altra parte, viene individuato sulla base di mere congetture teoriche.

L'invocato vincolo di verificabilità empirica dovrebbe piuttosto concernere entrambi i versanti della suddetta relazione fra prescrizione e prevenzione generale. Sicché, il rilievo formulato finisce con il provare troppo.

Esso segnala un più generale problema di carattere metodologico, che può in effetti riguardare non solo la questione del fondamento della prescrizione, ma – com'è ovvio – l'intera riflessione teorica sulle funzioni della pena e persino altri ambiti del diritto penale rispetto ai quali l'esigenza di stabilire un dialogo con le scienze empiriche appare talvolta persino più stringente<sup>131</sup>. Non certo recente, né esaurito è in effetti il dibattito sul complesso rapporto tra scienza penale e scienze empiriche e sulle difficoltà connesse all'implementazione di un approccio di analisi integrata tra i diversi settori del sapere, che si riveli davvero in grado di fornire adeguati riscontri, circa la corrispondenza a realtà delle impostazioni teoriche elaborate dai giuristi<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., pp. 38-39, 41-44.

<sup>131</sup> Basti pensare al tema del rapporto tra imputabilità e neuroscienze (sul quale si segnala la recente riflessione di GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Torino, 2016), alla questione del nesso causale o, ancora, al tema della pericolosità sociale. Sui rapporti tra diritto penale e saperi sperimentali si rinvia alle importanti riflessioni di DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 307 e ss. e di FIANDACA G., *Il giudice di fronte le controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *D&Questioni pubbliche*, 2005, n. 5, p. 9 e ss.

<sup>132</sup> Fondamentali sul tema le riflessioni di MONACO L., *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1982, p. 474 e ss. che evidenzia come la difficoltà di individuare un quadro di riferimento unitario entro cui collocare una stabile interrelazione tra diritto penale e scienze empiriche (criminologia) sia dovuta tanto all'eterogeneità di linguaggi, metodi e scopi fra i diversi ambiti del sapere, quanto alla sostanziale insufficienza del bagaglio di conoscenze empiriche realmente trasferibili al campo della riflessione giuridica.

Il nodo di una possibile fondazione su base empirica delle categorie penalistiche rimane dunque in gran parte irrisolto, nonostante lo *spirito* della cultura penalistica si sia oramai affrancato da una visione *puramente normativista* del diritto penale, tendente a concepire il fenomeno giuridico come sistema di prescrizioni deontiche insuscettibile di validazione sul piano empirico-naturalistico<sup>133</sup> e si orienti piuttosto verso un modello intermedio che indica nell'ancoraggio ai dati della realtà fattuale una delle componenti essenziali dell'esperienza giuridica<sup>134</sup>. Ancora poco significativi appaiono in effetti i risultati conseguiti sul fronte dello scambio tra il diritto e le *altre scienze*<sup>135</sup> che risulta in con-

---

<sup>133</sup> Fuor d'opera in questa sede una ricognizione completa delle diverse accezioni e declinazioni delle teorie ascrivibili al c.d. "normativismo"; per tutti, si rammentino SCARPELLI U., *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in SCARPELLI U. (cur.), *La teoria generale del diritto: problemi e tendenze attuali*, Torino, 1983, p. 281 e ss.; BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1997, *passim*; ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009, *passim*. Per una riflessione sui rapporti tra positivismo giuridico ed empirismo con riferimento ai teorici del diritto italiani, PATTARO E., *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in SCARPELLI U. (cur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 451 e ss. Più in generale, sulla prospettiva che esista una netta separazione concettuale tra il sapere giuridico e le altre scienze, siano essere naturali o sociali, si rinvia alle considerazioni di CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1970; VILLA V., *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano, 1984; ID., *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *D e questioni pubbliche*, 2005, p. 32 e ss.

<sup>134</sup> Ribadisce l'imprescindibilità dell'intreccio tra dimensione normativa e contenuti empirici PULITANÒ D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 800 e ss.; ID., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, p. 247 e ss. che a tal proposito evidenzia come il vincolo di razionalità del diritto vada nella sostanza inteso come un "vincolo di realtà richiesto da esigenze normative" che presuppone l'affidabilità del sapere delle scienze empiriche. Alla base di tale modo di concepire il rapporto tra diritto e realtà fattuale vi è l'idea – suggerita dall'indirizzo filosofico *neorealista* – che dal punto di vista epistemologico non possa darsi una nozione di verità del tutto slegata dai dati di realtà, si veda: FERRARIS M., *Non ci sono gatti, ma solo interpretazioni*, in DERRIDA J., VATTIMO G. (cur.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, p. 129 e ss.; ID., *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Ethics & Politics*, 2, 2007, p. 257 e ss.; ID., *Che cos'è il nuovo realismo?*, in *Journal of Educational Cultural and Psychological Studies (ECPS Journal)* 9/2014, p. 30 e ss.

<sup>135</sup> Fra gli innumerevoli contributi in materia, cfr. PULITANÒ D., *op. ult. cit.*, p. 793 e ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 286 e ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico fra diritto penale e politica*, in *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 3 e ss.; ID., *La scienza penale integrata tra utopia e limiti garantistici*, in MOCICA S., CAVALIERE A. (cur.), *Il modello integrato di scienza penale difronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, p. 7; ID., *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo*

creto ostacolato sul versante delle scienze c.d. “dure”, dalla difficoltà di trasferirne acriticamente i dati nel campo del diritto<sup>136</sup> e rispetto alle scienze extra-giuridiche sociali, dalla scarsa oggettività dei risultati da esse prodotti<sup>137</sup>.

Tali problemi assumono poi proporzioni ben maggiori sul versante della teoria della pena ove ai limiti epistemologici ascrivibili ad un’idea di punizione retributiva<sup>138</sup> si affiancano i noti rilievi critici circa la mancanza di dati scientifici in grado di comprovare l’efficacia dissuasiva della minaccia di pena<sup>139</sup>.

Qualunque modello teorico esplicativo delle condizioni che influenzano la possibilità per il sistema penale di funzionare come contropinta motivazionale rispetto alla commissione di reati è di fatto costretto a misurarsi con la difficoltà epistemologica di provare in concreto la relazione causa-effetto tra minaccia della pena e deterrenza. Non a caso, i tentativi sinora compiuti per spiegare empiricamente e secondo il paradigma della *condicio sine qua non* le connessioni tra fattori normativi e variazioni del tasso di incidenza della criminalità o della recidiva hanno prodotto risultati parziali ed incompleti<sup>140</sup>. La molteplicità degli ele-

---

*studio della questione criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2017, p. 10 e ss.; FIANDACA G., *Il giudice difronte le controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, cit., p. 8 e ss.; ID., *Rocco: è possibile una de-specializzazione del diritto penale?*, in *Criminalia*, 2010, p. 198 e ss.; ID., *Nodi problematici del diritto penale di scopo. Tra ieri e oggi*, in BONDI A., FIANDACA G., FLETCHER G.P., MARRA G., STILE A.M., ROXIN C., VOLK K. (cur.), *Scritti in onore di Lucio Monaco*, cit., p. 488 e ss.

<sup>136</sup> Una realistica descrizione della difficile interazione tra diritto penale e scienze dure si ritrova in DI GIOVINE O., *I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2018, pp. 9-19.

<sup>137</sup> Lo ricorda molto bene FIANDACA G., *Nodi problematici del diritto penale di scopo. Tra ieri e oggi*, cit., pp. 488-490.

<sup>138</sup> Per una descrizione dei quali si rinvia al paragrafo successivo.

<sup>139</sup> Per una descrizione dei risultati delle ricerche empiriche effettuate in Germania in materia di prevenzione generale si rinvia a DE FRANCESCO V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in CASTALDO A., DE FRANCESCO V., DEL TUFO V., MANACORDA S., MONACO L. (cur.), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, p. 29 e ss. Di recente, sul punto, FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Roma 2017, pp. 18 e 19.

<sup>140</sup> Condividiamo sul punto le osservazioni di MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 162 e ss. il quale avverte della necessità di non accogliere in maniera acritica i risultati degli studi empirici sull’efficacia della pena. Di recente, sebbene nella prospettiva di un rilancio del retribuzionismo, ROBINSON P.H., *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, trad. spagnola a cura di Cancio Meliá M., Ortiz de Urbina Gimeno I., Madrid, 2012, pp. 54 e 55; 99 e ss.

menti extralegali e di contesto che condizionano l'efficacia preventiva della pena, unitamente alla sostanziale impossibilità di misurare l'incidenza relativa effettiva che ciascuno di essi, singolarmente, esplica sulle scelte degli individui, riducono considerevolmente la valenza euristica delle ipotesi scientifiche elaborate<sup>141</sup>.

Ciò appare ancor più evidente nel campo della prevenzione generale.

La capacità dell'ordinamento penale di fungere da strumento dissuasivo e di promozione culturale è infatti il risultato di un complesso di fattori empirici e di tipo normativo tra i quali un ruolo non di secondo piano è svolto dalla percezione che gli individui e la collettività nel suo complesso maturano dei requisiti del sistema penale. Il modo in cui la sanzione viene avvertita nella sfera emotiva dall'insieme dei consociati può in astratto incidere sulle deliberazioni dei singoli individui molto di più di quanto non lo facciano le caratteristiche oggettive dello stesso ordinamento penale<sup>142</sup>. Ma, ovviamente, il coefficiente di irrazionalità

---

Segnala come manchino ricerche in grado di fornire anticipazioni quantificabili sugli effetti che una certa riforma del sistema sanzionatorio può produrre sul tasso di criminalità, ANDENAES J., *General Prevention – Illusion or Reality?*, in *Journal of Criminal Law of Criminology*, 1952, p. 197; ID., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, p. 359 e ss.; ID., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, cit., p. 45.

<sup>141</sup> Sulla necessità che le ricerche empiriche in materia di *deterrence* vengano ampliate sino al punto da prendere in considerazione la più ampia gamma della pluralità di fattori che possono in concreto influenzare l'efficacia preventiva delle sanzioni penali, fra i molti, cfr. PATERNOSTER R., *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, p. 818 e ss.; WILLIAMS K.R., HAWKINS R., *Perceptual Research on General Deterrence*, in *Law & Society Review*, 1986, p. 545 e ss.; MATHIESEN T., *Prison on Trial: A Critical Assessment*, Winchester, 2006, p. 58 e ss. Va peraltro evidenziato come non in tutti i contributi citati la constatazione dell'incompletezza dei dati empirici venga considerata una prova dell'inefficacia delle sanzioni penali sul versante della prevenzione generale negativa.

Per una approfondita analisi dei rapporti tra studi empirici sull'effettività della pena e teorie penalistiche si rimanda ai fondamentali contributi di PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 430 e ss. e all'ampia bibliografia *ivi* richiamata; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, p. 10 e ss.

<sup>142</sup> Il riferimento è qui agli studi di psicologia sociale sulla c.d. "*deterrenza percettiva*" secondo i quali i meccanismi della deterrenza in ambito penale sarebbero determinati dalla percezione che la collettività e gli individui sviluppano delle caratteristiche oggettive della punizione, PATERNOSTER R., SALTZAMN L.E., WALDO G.P., CHIRICOS T.G., *Perceived Risk and Deterrence: Methodological Artifacts in Deterrence Research*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 73, 3, 1982, p. 1238 e ss.; ID., *Estimating Perceptual Stability and Deterrent Effects: The Role of Perceived Legal Punishment in the Inhibition of Criminal Involvement*, in *The Journal of Criminal*

che connota le scelte umane rispetto al reato è difficilmente misurabile. Il che complica enormemente la possibilità di rintracciare le correlazioni fenomeniche che condizionano l'effettività del diritto penale.

La difficoltà di accedere ad un'affidabile validazione controfattuale circa i presupposti e gli effetti postulati che connota le costruzioni teoriche dei giuristi sulle funzioni della pena diverrebbe poi ancor più incombente sul versante della prevenzione generale positiva; qui, la valutazione su larga scala della capacità della minaccia astratta della pena di riaffermare la coscienza morale collettiva circa la validità dei valori protetti dalle norme penali sembrerebbe ancor più indimostrabile<sup>143</sup>.

Eppure, com'è noto, la consapevolezza dell'impossibilità di fondare su stabili basi empirico-fattuali o naturalistiche la giustificazione razionale della pena non ha scalfito l'affidamento degli ordinamenti giuridici moderni nella capacità del diritto penale di contribuire alla prevenzione dei reati<sup>144</sup>. Sarebbe del resto ingenuo immaginare di poter ridurre la

---

*Law and Criminology*, 74, 1, 1983, p. 270 e ss.; PATERNOSTER R., *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, cit., p. 818 e ss.; PATERNOSTER R., BACHMAN R., *Perceptual Deterrence Theory*, in CULLEN F.T., WILCOX P., *The Oxford Handbook of Criminological Theory*, Oxford, 2013, p. 649; APEL R., *Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence*, in *Journal of quantitative Criminology*, 2013, p. 69 e ss.

Altri studi criminologici muovendo dalla premessa della necessità di abbandonare il modello ideale del delinquente quale "decisore razionale" importato dalle scienze economiche, giungono a prospettare che il processo motivazionale verso il reato sia determinato quasi interamente da elementi irrazionali e che in esso la minaccia della pena giochi un ruolo tendenzialmente irrilevante BROMBERG W., *Crime and the Mind: An Outline of Psychiatric Criminology*, New York, 1965; SÉGUIN J.R., PIHL R.O., HARDEN P.W., TREMBLAY R.E., BOULERICE B., *Cognitive and neuropsychological characteristics of physically aggressive boys*, in *Journal of Abnormal Psychology*, 1995, pp. 614-624; DAMASIO A.R., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1995, p. 17 e ss.; ID., *Emozione e coscienza*, Milano, 2000, p. 70 e ss.; LOCKE J.L., *The devoicing of society: why we don't talk to each other anymore*, New York, 1998, p. 48 e ss.; NAGIN D.S., POGARSKY G., *Time and Punishment: Delayed Consequences and Criminal Behavior*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2004, p. 295 e ss.

<sup>143</sup> Ancora una volta, FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 19 e ss.; GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi e disincanti scienziati*, in *Pol. dir.*, 2000, pp. 274-277. In termini diametralmente opposti, PAGLIARO A., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, cit., pp. 963-964 osserva invece come le analisi empiriche condotte abbiano nel complesso dimostrato l'efficacia preventiva del diritto penale, nonostante la complessità e la variabilità dei fattori in gioco renda oggettivamente difficile misurare con esattezza il grado di efficacia preventiva di un sistema sanzionatorio o di singole riforme in materia sanzionatoria.

<sup>144</sup> Condivisibili sul punto le osservazioni di GIUNTA F., *op. ult. cit.*, p. 278 e ss. il

questione dell'effettività della pena ad una mera sommatoria tra cause ed effetti.

Va dunque sin d'ora evidenziato come per ammettere la sussistenza di un nesso fra prescrizione del reato e prevenzione generale non occorre attendere la "piena prova" sul piano empirico circa il fatto che tale correlazione consista in un rapporto di causa/effetto tra il profilo della tempestività della reazione penale e il risultato preventivo. Con ciò non si intende affatto sottovalutare l'importanza di eventuali verifiche *ex post* sulla reale efficacia delle sanzioni penali. Ove disponibili, riscontri di questo tipo indubbiamente possono contribuire a rafforzare la razionalità delle teorie sulle funzioni della pena. Non sembra però corretto affermare il contrario; e cioè, che l'assenza di una convalida *a posteriori* del grado di incidenza effettiva in termini preventivi di ciascuno dei requisiti della pena che si presume influenzino i meccanismi della deterrenza e della prevenzione generale allargata – severità, certezza e prontezza – costituisca argomento sufficiente a invalidare l'assunto di partenza secondo il quale l'insieme di tali requisiti si ritiene in grado di condizionare l'efficacia general-preventiva del diritto penale.

La validità della generalizzazione circa il fatto che la prontezza della reazione penale, unitamente alla certezza e alla severità, agevoli la prevenzione generale può in effetti dipendere oltre che da una controprova empirica di correttezza, ottenuta *a posteriori*, anche dall'assenza di una *prova contraria* che sia in grado di smentirla, dimostrandone la totale fallacia. In tal caso, quando cioè non si disponga di dati sufficienti in grado di corroborare la correttezza della previsione di partenza, il fatto che quest'ultima si basi sul *sensu comune* del diritto dovrebbe considerarsi ragione apprezzabile per legittimarne la fondatezza.

Trasferendo sul terreno del fondamento razionale della prescrizione il medesimo ordine di idee, si può così affermare che pur non sottovalutando l'importanza del contributo delle analisi empiriche nel campo del diritto penale e specialmente rispetto alle dinamiche della punibilità, l'opzione che ritiene inesistente, in quanto scientificamente non provato, il nesso tra prescrizione del reato e prevenzione generale appare errata, oltre che troppo radicale negli esiti.

Tale modo di ragionare asseconda in effetti l'idea che dal punto di vista della riflessione giuridica, la legittimazione di qualunque fattispe-

---

quale segnala come il fondamento razionale della pena consista nella sua "conferma storica", nel fatto, cioè, che essa sia una categoria giuridica radicata nella storia e nella cultura di tutti gli ordinamenti occidentali.

cie di non punibilità dipenda esclusivamente dalla possibilità di confermarne *a posteriori* l'efficacia empirica<sup>145</sup>. E tuttavia, per quanto – come segnalato – rimanga auspicabile la prospettiva di sottoporre gli istituti del diritto penale ad un costante vaglio critico di effettiva adeguatezza rispetto agli scopi prefissati, sarebbe un errore di metodo volere incentrare la giustificazione razionale delle categorie penalistiche esclusivamente su dati fattuali e numerici. La *ratio* delle varie soluzioni normative e teoriche dipende infatti anche, e forse in prevalenza, dal significato che esse rivestono rispetto al contesto storico, sociale e ordinamentale in cui sono calate<sup>146</sup>.

Per tale ragione, la strada migliore da percorrere nello studio delle questioni giuridiche rimane quella – a suo tempo indicata da Karl Engisch – di stabilire una proficua interazione tra la sfera giuridica e le scienze empiriche, nell'ottica di una rivendicata e mai dispersa autonomia della scienza giuridica che tuttavia non escluda *a priori* l'importanza del contributo di conoscenza proveniente da altre branche del sapere, se disponibile<sup>147</sup>.

Applicando un tale modo di osservare i problemi giuridici anche al tema qui preso in considerazione della *ratio* general-preventiva della prescrizione del reato, ne discende la possibilità di un'analisi a doppio campo: per un verso, si può tentare di verificare se vi siano studi di taglio extra-giuridico in grado di fornire un valido supporto conoscitivo alla presunzione logica circa il potere del tempo dell'oblio di dissolvere l'attitudine general-preventiva della pena; per altro verso, occorre veri-

---

<sup>145</sup> A tal proposito, da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Torino, 2008, pp. 316 e 317; ID., *Il paradigma garantista*, Napoli, 2016, p. 28 distingue tra *dottrine normative* e *teorie descrittive* della pena. Le tesi penalistiche sul fondamento e funzioni della pena sarebbero dottrine normative, elaborate in relazione ad una certa visione dei valori e degli scopi ascrivibili al diritto penale. Le spiegazioni criminologiche o sociologiche costituirebbero invece *autentiche teorie sulla pena*, falsificabili e verificabili sulla scorta di dati empirici. Negli stessi termini, riconoscono la natura essenzialmente speculativa della riflessione sull'effettività della pena, GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., p. 431; DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1185.

<sup>146</sup> Per tutti, PAGLIARO A., *Prospettive di riforma*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 415, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 902; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2019, pp. 755 e 756.

<sup>147</sup> Il riferimento è ovviamente a ENGHISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, cit., p. 22 e ss.

ficare la “tenuta” della tesi giustificazionista prospettata dal punto di vista delle ragioni del diritto, e dunque oltre – e non contro – le eventuali corrispondenze empiriche rintracciate.

## 10. I riscontri empirici sul nesso tra prevenzione generale e prontezza della pena

È sin troppo noto come alcune importanti ricerche empiriche condotte negli Stati Uniti a partire dagli anni Settanta abbiano dimostrato che in linea generale, l'efficacia intimidativa del diritto penale dipende in concreto più dalla certezza e dalla prontezza della risposta sanzionatoria, che non dalla severità delle pene<sup>148</sup>.

Tali studi hanno tuttavia misurato soltanto l'incidenza *relativa* del fattore temporale sull'efficacia deterrente della pena, nell'ambito della complessiva interazione con gli altri elementi che condizionano o che possono condizionare la capacità dissuasiva del sistema penale. Ciò ha

---

<sup>148</sup> Numerosissimi i contributi in materia. Per tutti: BAILEY W.C., SMITH R.W., *Punishment: Its severity and certainty*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1972, p. 530 e ss.; GIBBS J.B., *Crime, Punishment and Deterrence*, New York, 1975, p. 7 e ss.; ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, cit., p. 338; ZIMRING F.E., HAWKINS G.J., *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, Chicago, 1973, p. 77 e ss.; GEERKEN M., GOVE W.R., *Deterrence, overload and incapacitation: An empirical evaluation*, in *Social Forces*, 1977, p. 424 e ss. Tra i contributi più recenti sul tema: WILLIAMS K.R., HAWKINS R., *Perceptual Research on General Deterrence. A Critical Review*, cit., p. 555 e ss.; PATERNOSTER R., *The Deterrent Effect of the Perceived Certainty and Severity of Punishment: A Review of the Evidence and Issues*, in *Justice Quarterly*, 1987, p. 173 e ss.; ID., *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, cit., p. 818 e ss.; VON HIRSCH A., BOTTOMS A., BURNEY E., WIKSTRÖM P.O., *Criminal Deterrence and Sentencing Severity: An Analysis of Recent Research*, Oxford, 1999, p. 52; MAXWELL S.R., GRAY M.K., *Deterrence: Testing the effects of perceived sanction certainty on probation violations*, in *Sociological Inquiry*, 2000, p. 117 e ss.; DOOB A.N., WEBSTER C.M., *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, in *Crime and Justice*, 2003, p. 143 e ss.; PRATT T.C., CULLEN F.T., BLEVINS K.R., DAIGLE L.H., MADENSEN T.D., *The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis*, in CULLEN F.T., WRUGHT J.P., BLEVINS K.R. (edit.), *Taking Stock: The Status of Criminological Theory*, New Brunswick, New Jersey, 2006, p. 379 e ss.; PATERNOSTER R., *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, cit., p. 811 e ss.

Per un'analisi dei possibili riflessi di tali studi sulla teoria della pena, PAGLIARO A., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 447, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 953 e ss.

reso senz'altro più fragile la solidità scientifica dei risultati ottenuti data la difficoltà di effettuare una ponderazione sufficientemente precisa del “peso” che la sola variabile “tempo” riveste rispetto al livello di efficacia intimidativa della pena.

In assenza di precisi riscontri empirici circa il fatto che una rapida risposta della giustizia penale al reato sia davvero in grado di influenzare, se isolatamente considerata, i futuri comportamenti criminali tanto dei singoli, quanto a livello aggregato, la correlazione di tipo diretto incentrata sullo schema causa-effetto tra la celerità della risposta penale e l'incremento dei tassi di deterrenza non è stata provata con sufficiente affidabilità; essendo stata piuttosto dimostrata in certi casi e soltanto a determinate condizioni<sup>149</sup>.

A migliori risultati sembrerebbero invece essere approdati gli esperimenti di laboratorio eseguiti nell'ambito di studi di taglio psicologico i quali avrebbero dimostrato che la punizione si rivela più efficace, se tempestiva e che anche lievi ritardi nell'esecuzione della pena possono irrimediabilmente comprometterne l'idoneità deterrente<sup>150</sup>. Da sviluppi più recenti di tali ricerche è inoltre emerso come il rapporto tra efficacia deterrente e tempi della sanzione risulti in generale fortemente condizionato anche da fattori esterni alla dinamica punitiva, tra i quali giocano un ruolo senz'altro importante tanto le capacità cognitive dei destinatari della sanzione, quanto i meccanismi comunicativi prescelti dall'autorità per impartire il comando e il correlativo castigo<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Per una ricognizione dello stato dell'arte sul tema, v. PRATT T.C., TURANOVIC J.J., *Celerity and Deterrence*, in NAGIN D.S., CULLEN F.T., JONSON C.L. (edit.), *Deterrence, Choice and Crime*, New York, 2018, p. 188 e ss.

<sup>150</sup> Come segnalato da BANKS R.K., VOGEL-SPROTT M., *Effect of Delayed Punishment on an Immediately Rewarded Response in Humans* in *Journal of Experimental Psychology*, 1965, pp. 357-359; TRENHOLME I.A., BARON A., *Immediate and Delayed Punishment of Human Behavior by Loss of Reinforcement*, in *Learning and Motivation*, 1975, pp. 62-79; CLARK R.D., *Celerity and Specific Deterrence: A Look at the Evidence*, in *Canadian Journal of Criminology*, 1988, p. 110 e ss.; ABRAMOWITZ A.J., O'LEARY S.G., *Effectiveness of Delayed Punishment in an Applied Setting*, in *Behavior Therapy*, 1990, p. 231 e ss.

<sup>151</sup> Sul punto, fra gli altri, VAN HOUTEN R., ROLIDER A., *Recreating the Scene: An Effective Way to Provide Delayed Punishment for Inappropriate Motor Behavior*, in *Journal of Applied Behavior Analysis*, 1988, p. 187 e ss.; HOWE E.S., BRANDAU C.J., *Additive Effects of Certainty, Severity and Celerity of Punishment on Judgments of Crime Deterrence Scale Value*, in *Journal of Applied Social Psychology*, 1988, pp. 796-812; HOWE E.S., LOFTUS T.C., *Integration of Certainty, Severity and Celerity Information in Judged Deterrence Value: Further Evidence and Methodological Equivalence*, in *Journal of Applied Social Psychology*, 1996, pp. 226-242.

In particolare, soltanto una punizione applicata quasi istantaneamente rispetto al momento del misfatto assicurerebbe la massima efficacia deterrente, poiché il livello di reattività degli individui aumenta proporzionalmente, quanto più la concreta attuazione della pena minacciata sia vicina al comportamento disapprovato. I tempi della risposta psichica sarebbero in sostanza tanto stringenti da risultare persino incompatibili con quelli fisiologici di qualunque modello di giustizia penale. Anche un ritardo di pochi minuti ridurrebbe infatti drasticamente l'efficacia deterrente della pena minacciata<sup>152</sup>.

Tenuto conto che in nessun caso la sanzione giuridica può immediatamente seguire la realizzazione dell'illecito, essendo ovviamente indispensabile che tra la sua applicazione e il momento della commissione dell'illecito intercorra un ragionevole intervallo di tempo, necessario, se non altro, allo svolgimento delle indagini e del processo, il fattore cronologico sembra destinato a ricoprire un ruolo del tutto marginale – e talvolta, persino irrilevante – nelle dinamiche psicologiche connesse alla reazione punitiva e nella prevenzione dei fenomeni criminali, su scala collettiva.

Altri tentativi di misurazione della capacità deterrente del fattore “tempo” si devono infine ad analisi di matrice economica che hanno evidenziato come l'attuazione immediata della sanzione dopo la commissione del reato condizioni in maniera preponderante le scelte degli individui contro l'illecito, al punto da risultare fattore prevalente nelle deliberazioni di azione rispetto alla pressione dissuasiva esercitata del requisito della severità e della certezza delle pene<sup>153</sup>. Nondimeno, poiché la massima efficacia deterrente verrebbe assicurata da una punizione che seguisse istantaneamente la commissione del fatto ma la cui attuazione, ove realisticamente possibile, obbligherebbe l'apparato statale ad approntare risorse e modelli organizzativi particolarmente costosi, la strada indicata da tali ricerche per una massimizzazione degli effetti de-

---

<sup>152</sup> In tal senso, VAN HOUTEN R., ROLIDER A., *Recreating the Scene: An Effective Way to Provide Delayed Punishment for Inappropriate Motor Behavior*, cit., p. 190 e ss.

<sup>153</sup> Si vedano: BUCKENMAIER J., DIMANT E., POSTEN A.C., SCHMIDT U., *On Punishment Institutions and Effective Deterrence of Illicit Behavior*, Kiel Working Paper, 2017, p. 5 e ss. Tali studi si collocano nel solco di un approccio di analisi di tipo economico del sistema penale. Una prima applicazione di modelli economici all'osservazione dei meccanismi di deterrenza si ritrova in BECKER G.S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169 e ss. Per una rassegna della letteratura in materia v. CHALFIN V.A., MCCRARY J., *Criminal Deterrence: A Review of the Literature*, in *Journal of Economics Literature*, 2017, p. 5 e ss.

terrenti secondo un corretto bilanciamento costi-benefici consisterebbe nell'individuare il c.d. *ritardo ottimale*, ossia, il *quantum* di dilazione temporale adeguato a mantenere comunque sufficientemente elevati gli effetti dissuasivi voluti, al minor costo possibile<sup>154</sup>.

Dal quadro qui brevemente tratteggiato sullo stato dell'arte delle conoscenze empiriche in materia di *deterrence* non emerge una piena prova circa l'effettivo grado di incidenza della prontezza della pena sulla deterrenza. Le scienze extrapenali hanno rinvenuto esclusivamente *indizi* concreti dell'esistenza di una *qualche* correlazione tra la tempestività della pena e la sua capacità dissuasiva. In particolare, sia le ricerche di taglio economico che gli esperimenti di psicologia sociale hanno dimostrato come il livello ottimale di deterrenza si ottenga attraverso una risposta punitiva immediatamente successiva al compimento del fatto. Quanto più ci si allontana dal reato, tanto più tende a ridursi l'idoneità intimidativa della pena.

La precisazione – comune ad entrambi i tipi di studi – che soltanto attraverso una punizione istantanea sia possibile ottenere la massima efficacia deterrente parrebbe ridurre considerevolmente le condizioni per un proficuo travaso di tali esiti in ambito giuridico<sup>155</sup>. È indubbiamente vero che risultati ottenuti convalidano, almeno in linea generale, l'idea che ad una maggiore tempestività della sanzione corrisponda un più alto livello di rendimento deterrente, nondimeno, i tempi medi fisiologicamente necessari in qualunque ordinamento per attivare la risposta punitiva rimangono del tutto incompatibili con lo *standard* di efficacia ottimale indicato. Sarebbe cioè oggettivamente impossibile adattare un sistema normativo ai ritmi di reazione utili a massimizzare i benefici in termini di prevenzione generale negativa. Tale semplice constatazione, portata alle estreme conseguenze, potrebbe persino avvalorare prospettive più radicali che in ragione della strutturale inadeguatezza dell'ordinamento penale a garantire i risultati prefissati, spingano verso un dra-

---

<sup>154</sup> In tale direzione vanno gli studi di BUCKENMAIER J., DIMANT E., POSTEN A.C., SCHMIDT U., *On Punishment Institutions and Effective Deterrence of Illicit Behavior*, cit., p. 17 e ss. che per esempio osservano come tra gli elementi che concorrono a definire la correlazione tra prontezza della pena e deterrenza vadano inseriti anche i tempi necessari per la "risoluzione dello stato di incertezza" generato dal pendere della spada di Damocle della punizione.

<sup>155</sup> Come osservato da PAGLIARO A., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, cit., p. 964 sarebbe assurdo impostare i meccanismi di deterrenza della pena secondo lo schema del riflesso quasi automatico.

stico contenimento della minaccia penale, o addirittura, verso l'implementazione di modelli di stampo abolizionista.

Non va inoltre sottovalutata l'importanza di un ulteriore aspetto che contraddistingue le ricerche richiamate; ossia, il problema della loro frammentarietà. In linea di massima, gli studi empirici hanno fotografato aspetti specifici della prevenzione generale senza però riuscire a verificare gli effetti dovuti alla concomitante interazione della molteplicità di fattori – anche extra-normativi – che condizionano i meccanismi della prevenzione penale, né sembra siano riusciti a ricostruire in maniera chiara le dinamiche della relazione tra tempestività delle sanzioni penali e deterrenza, nonostante gli sforzi compiuti in questa direzione dagli studi di tipo econometrico e di psicologia sociale. Nonostante l'obiettività dello *standard* scientifico, la multifattorialità del fenomeno ne ha reso molto difficile una completa ricostruzione di taglio *sincronico*.

D'altronde, le conoscenze finora acquisite – per quanto affidabili –, presentano il limite di risultare condizionate sia dalle metodologie di analisi prescelte, sia dalla difficoltà di ottenere “dati raffinati” che tengano conto anche della c.d. “cifra oscura”<sup>156</sup>. Sul versante del nesso tra prontezza della pena e prevenzione generale poi, la maggiore incidenza che esercitano in tale ambito i fattori extragiuridici, rispetto alla semplice minaccia astratta della pena rischia di indebolire ulteriormente l'oggettività scientifica dei risultati conseguiti. A ciò si aggiunge infine il dato che la gran parte delle ricerche si è in genere concentrata su specifiche aree geografiche e su singoli sistemi normativi; sicché, è parso difficile esportarne i risultati anche in altri ordinamenti giuridici ed in contesti sociali molto diversi da quelli oggetto di analisi<sup>157</sup>.

Se gli studi di stampo criminologico non sono stati in grado di misurare l'incidenza reale del fattore temporale sulla capacità intimidativa della minaccia penale ma ne hanno unicamente osservato l'idoneità relativa, nel contesto dell'interazione con altri elementi del sistema – quali la certezza e la severità della punizione, l'organizzazione dell'apparato giuri-

---

<sup>156</sup> Descrive gli errori in cui possono facilmente incorrere gli studi di taglio econometrico sulla *deterrence* PAGLIARO A., *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 353, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 1012.

<sup>157</sup> Tale limite è stato efficacemente segnalato da ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, cit., p. 344 e ss. e poi di recente ripreso dai fautori delle teorie di stampo retributivo come argomento chiave per respingere la concezione preventiva della pena; per tutti, si veda TONRY M., *Learning from the Limitations of Deterrence Research*, in *Crime and Justice*, 2008, p. 301 e ss.

sdizionale, le caratteristiche del processo, il ruolo delle forze di polizia –, non migliori sono stati i risultati conseguiti sul versante delle ricerche di psicologia sociale. Qui i limiti gnoseologici del metodo impiegato, basato sulla simulazione in laboratorio di fenomeni reali, hanno lasciato residuare una cifra non trascurabile di parzialità e di incompletezza.

Nel settore delle scienze sociali infatti, il ricorso alla riproduzione artificiale di situazioni-tipo accresce senza dubbio la probabilità di ottenere esiti falsati dall'egemonia del punto di vista dell'osservatore dato che la selezione e il controllo dall'esterno dei fattori di contesto dell'esperimento sui comportamenti e le interazioni tra individui rischia di tagliare fuori dal campo di analisi altre importanti variabili, o contingenze fortuite; con la conseguenza che le interazioni esaminate possono di fatto risultare *a priori* co-determinate dall'osservatore che costruisce *ad hoc* un contesto affine ma pur sempre distante da quello reale<sup>158</sup>.

Altrettanto noto è, d'altra parte, il principale punto debole dell'approccio metodologico di taglio economico allo studio del diritto. Pure nella varietà di sfumature e accezioni, esso procede in genere alla formulazione di generalizzazioni predittive sui comportamenti umani, elaborate a partire dalla figura *idealtipica* di un uomo razionale le cui scelte di azione si presumono sempre precedute da una corretta ponderazione del rapporto fra costi e benefici e dunque inesorabilmente orientate verso il conseguimento della massima utilità<sup>159</sup>.

Sovente però, com'è ovvio, la realtà delle dinamiche comportamentali degli individui si rivela molto distante dal modello astratto di un soggetto egoista e razionale che viene mosso esclusivamente dal calcolo utilitaristico ed è pertanto capace di agire, massimizzando in ogni momento la somma delle utilità marginali. I comportamenti umani risultano invece connotati da una non indifferente cifra di irrazionalità e sono costantemente esposti ad errori di tipo sistemico.

Alla luce di quanto detto, appare chiaro come occorra guardare con cauto entusiasmo al patrimonio di conoscenze offerto dai saperi empirici sul versante della prova della relazione fra tempo della reazione penale e deterrenza. Per quanto da questi ultimi siano provenute importanti indicazioni in tal senso, i riscontri rimangono ancora molto parziali.

---

<sup>158</sup> Sui limiti euristici della c.d. "tirannia del laboratorio" nell'ambito delle scienze umane, per tutti, ZIMRING F.E., HAWKINS G.J., *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, cit., p. 52 e ss.

<sup>159</sup> Per una descrizione generale dei numerosi profili critici degli studi empirici in materia di prevenzione generale si rinvia al contributo di DE FRANCESCO V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, cit., p. 53 e ss.

Nessuno studio, per esempio, è stato in grado di dare risposte valide in senso assoluto alla domanda circa l'*an* e il *quantum* di incidenza in concreto della prontezza della pena sull'efficacia intimidativa del sistema penale. Hanno tentato di farlo – peraltro con scarso successo – sia gli esperimenti simulati di psicologia sociale che tuttavia presentano il limite sopra segnalato di analizzare interazioni comportamentali in contesti artificiali; sia le teorie di matrice economica ispirate al modello dell'“*homo economicus*”<sup>160</sup>.

Nondimeno, tanto gli uni, quanto le altre, malgrado i rispettivi deficit euristici e l'incompletezza dei dati ricavati, hanno in definitiva confermato l'esistenza di una *qualche* correlazione fra celerità della sanzione e prevenzione generale. E ciò costituisce certamente una buona base di partenza per un'eventuale convalida della tesi che individua nella prevenzione generale negativa uno dei fondamenti della prescrizione del reato.

Del resto, più in generale, la corretta chiave di lettura per un proficuo impiego in ambito penale delle risultanze degli studi extragiuridici non può che essere quella di considerare tali elementi come contributi di conoscenza destinati ad arricchire, non a sostituire, le basi delle formulazioni teoriche elaborate in campo giuridico. Proprio il delicatissimo, quanto privilegiato settore di compenetrazione tra sapere giuridico e sapere empirico, quale è l'ambito delle teorie sulle funzioni della pena ha dimostrato come l'esiguità e la precarietà dei dati ottenuti dalle scienze extragiuridiche non impedisca che si possa avviare un processo di integrazione fra normativismo ed empiria destinato a rafforzare, piuttosto che a confutare, la giustificazione in chiave preventiva del diritto penale.

### 10.1. Dall'osservazione dei dati empirici alle ragioni del diritto

Da quanto detto, è emerso come non sia errato affermare che le ricerche condotte in campo extra-giuridico abbiano fornito una seppur

---

<sup>160</sup> Propone una riflessione critica intorno ai difetti di tale modello, pur non trascurando le possibilità per un suo futuro rilancio, CARUSO S., *Homo economicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012. Stimolanti in materia anche le osservazioni di GARLDAND D., *La cultura del controllo. Crimine e disordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., a cura di Adolfo Ceretti, Milano, 2004, pp. 306-311 il quale rammenta come il successo dell'approccio economico allo studio delle dinamiche della punizione sia dovuto più che all'articolazione della sua struttura concettuale, alla facilità con cui esso si presta ad essere applicato a qualunque fenomeno sociale.

flebile ed incompleta dimostrazione dell'esistenza di un *linkage* tra decorso del tempo e progressivo affievolimento della capacità deterrente della sanzione<sup>161</sup>.

Nel valutare le possibili ricadute di tale acquisizione sul piano del diritto, occorre tuttavia non trascurare il fatto che i saperi extragiuridici non sembra siano riusciti a dimostrare pienamente la sussistenza di un vero e proprio nesso di *derivazione condizionalistica* tra tempestività della sanzione ed effetti deterrenti. Sebbene l'ipotesi che i tempi della reazione penale influenzino l'efficacia deterrente abbia, entro certi limiti, trovato una conferma, tuttavia, non si è ancora pervenuti ad una misurazione o quantificazione esatta di tale incidenza che è resa difficile dalla pluralità di fattori extragiuridici e di contesto con essa interagenti in simultanea e soggetti ad un costante mutamento.

Ci si deve pertanto chiedere se l'assenza di prove valide circa il suddetto rapporto di *condicio sine qua non* possa ostare alla configurabilità e alla conseguente legittimazione di istituti giuridici che – come la prescrizione del reato – invece logicamente presuppongono un legame causale di tipo diretto tra i due fattori menzionati; oppure, se la conferma empirica della presenza soltanto di un rapporto di *mera interferenza* fra celerità della reazione punitiva e effetti di intimidazione possa considerarsi ragione sufficiente ad avvalorare la razionalità di scopo del regime penale del tempo estintivo.

Ebbene, si può davvero tentare di rispondere a tali complessi interrogativi soltanto dopo aver segnalato una premessa di metodo.

Nella materia qui specificamente trattata dovrebbe valere ciò che vale in generale per ogni costruito normativo: e cioè, il fatto che la legittimazione delle categorie del diritto penale non dipenda esclusivamente dalla possibilità di una convalida *a posteriori* e sul piano empirico della loro concreta efficacia rispetto ai fini perseguiti. Compito del diritto è infatti stabilire modelli di condotta o prescrizioni deontiche la cui validità sia sorretta non tanto – o non necessariamente – dalla verificabilità sperimentale della loro idoneità strumentale riguardo ai risultati immaginati, quanto da un vaglio di adeguatezza *in astratto* dei mezzi impie-

---

<sup>161</sup> Emblematiche, in tal senso, le conclusioni di PATERNOSTER R., *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence*, cit., p. 823: «Whatever sanctions the criminal justice system may have available for offender would-be offenders, their effectiveness in deterring crime is naturally diminished by their lack of temporal proximity to the offending decision. This lends further humility in expecting that the law and legal institutions can play the most important role in securing compliance to important social norms».

gati rispetto agli scopi e ai valori prescelti<sup>162</sup>. Come la difficoltà di dimostrare l'effettività del sistema penale sul piano della funzione della pena non costituisce ragione da sola sufficiente a legittimare istanze rinunciatarie o prospettive abolizioniste<sup>163</sup>, allo stesso modo, nell'orizzonte delle ragioni del diritto, la scelta dell'ordinamento di rinunciare alla sanzione, quando intempestiva, può ritenersi valida, anche se corroborata da riscontri empirici non del tutto esaurienti, a condizione che il limite temporale massimo stabilito dall'ordinamento per la maturazione della prescrizione risulti frutto di un corretto bilanciamento con gli altri elementi che influenzano l'idoneità preventiva della pena; vale a dire, con la certezza e la severità. È l'equilibrio fra le tre diverse componenti della pena che permette infatti di avvicinarsi il più possibile ad una reazione sanzionatoria in grado di essere percepita come «giusta» dalla collettività e pertanto, maggiormente adeguata a conseguire effetti preventivi<sup>164</sup>. Più una pena certa o sufficientemente severa è lontana nel tempo, più se ne riduce la percezione in termini di «costo» da parte dei destinatari. Analogamente, il ritardo nella reazione punitiva va di pari passo con un affievolimento della memoria del fatto che è una condizione necessaria affinché la pena possa venire effettivamente percepita come una minaccia credibile.

---

<sup>162</sup> Facciamo nostre a tal proposito le parole di HASSEMER W., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 145 il quale, sebbene nell'ambito di una riflessione teorica che propone l'integrazione tra scienza giuridica e scienze empiriche, ha tuttavia ricordato come «il rapporto del sistema penale con l'empiria è precario. La storia del diritto penale sembra provare che le conoscenze empiriche non rappresentano un presupposto necessario o idoneo per l'intervento del diritto penale ... (omissis)».

<sup>163</sup> In tale senso, DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 442 e 443, 447 e 448, 452.

Malgrado la possibilità di una verifica empirica di idoneità rispetto agli scopi perseguiti sia connaturale ad una concezione preventiva della pena, è tuttavia indubbio che il vincolo del vaglio di effettività nell'ambito della prevenzione generale risulti meno stringente di quello che riguarda la prevenzione speciale ove il condizionamento morale esercitato dalla minaccia della pena verso il singolo e la capacità della pena stessa di attuare il fine risocializzante si presumono invece di più immediato riscontro.

<sup>164</sup> Largamente condivisibili sul punto gli insegnamenti di Antonio Pagliaro circa il fatto che la risposta penale in grado di realizzare il massimo effetto preventivo è da attendere in corrispondenza della sanzione che sia avvertita come «giusta» dai destinatari delle norme penali; v. *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, cit., p. 957; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 25, ora in *Il diritto penale fra norma e società (scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 947; ID., *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, cit., p. 1017.

Malgrado manchino dati oggettivi in grado di misurare oggettivamente il grado di incidenza della prontezza sanzionatoria sulla deterrenza, è tuttavia ragionevole affermare che il tempo della risposta penale rappresenti comunque una variabile che interferisce sulla capacità intimidativa del sistema penale. Sicché, nell'auspicio che un futuro progresso delle scienze empiriche su tale punto riesca a fornire dati certi circa la soglia temporale della reazione penale che sia in grado di massimizzare gli effetti preventivi senza scalfirne la «giustizia», il diritto penale non può restare indifferente al dato che la tempestività rappresenti uno dei fattori che – in concomitanza con altri – influisce sulle dinamiche della prevenzione generale negativa.

Più incerto appare invece il nesso tra la prontezza della reazione penale e la funzione di orientamento culturale. Le scienze empiriche non hanno infatti fornito in proposito dati precisi, non essendosi in fondo mai occupate del problema dell'efficacia delle sanzioni penali, sul versante della prevenzione generale allargata<sup>165</sup>.

Tale carenza di riscontri in campo extragiuridico non va tuttavia evidenziata con troppa enfasi. Essa non riguarda invero il solo profilo delle tempistiche della sanzione ma concerne più in generale, l'insieme dei fattori che condizionano l'effettività delle pene, sul fronte della prevenzione generale allargata. Sono, cioè, le stessi basi epistemologiche della prevenzione generale positiva ad apparire nel complesso meno empiricamente stabili di quelle che sorreggono la prevenzione generale negativa.

Non vi è dubbio infatti che la capacità del diritto penale di operare come strumento di promozione e di rafforzamento dei valori protetti sia una grandezza difficilmente misurabile. Molteplici e di per sé impercettibili, o comunque difficilmente conoscibili possono rivelarsi le componenti empiriche che in concreto interferiscono con tale funzione. In assenza di dati vincolanti allora, la controllabilità delle scelte legislative non può che essere compiuta su un terreno diverso da quello della verificabilità empirica; e cioè, sul piano della ragionevolezza normativa. Quest'ultima opera in ambito giuridico come correttivo rispetto alla mancanza di conoscenze fattuali-naturalistiche in quanto consente di elaborare generalizzazioni di tipo normativo laddove manchino o siano insufficienti i riscontri provenienti dai saperi extragiuridici.

---

<sup>165</sup> Come segnalato da PAGLIARO A., *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, cit., p. 1009, sinora è stata sottoposta al vaglio della verifica empirica *ex post* soltanto la funzione di prevenzione generale negativa delle sanzioni penali.

D'altronde, l'intero sistema del diritto penale si incentra sull'idea che i precetti penali siano in grado di esercitare una forma di coazione psicologica nei confronti dei singoli destinatari, influenzandone e guidandone i comportamenti. L'efficacia motivante delle norme penali rispetto alle scelte di azione dei singoli individui costituisce, cioè, il presupposto legittimante l'esistenza stessa del diritto penale nella società. Entrambi i versanti della prevenzione generale – negativa e positiva – si fondano sulla premessa che le disposizioni penali siano in grado di operare come regole di condotta; ossia, di comunicare messaggi di valore destinati ad incidere sulle decisioni finali degli individui.

In un'ottica di tipo normativista dunque, la prova della sussistenza di un rapporto di interferenza tra tempi della reazione penale e deterrenza può risultare sufficiente anche a spiegare il fondamento razionale della prescrizione del reato, in un'ottica di prevenzione generale positiva, nella misura in cui agli occhi dei consociati, la rinuncia alla pena tardiva da parte dell'ordinamento sia avvertita come «giusta». Non vi è dubbio infatti che la capacità del diritto penale di orientare verso l'adesione ai valori protetti dalle norme incriminatrici dipenda anche dalla legittimità del sistema di giustizia penale. Quanto più tale sistema viene percepito come giusto dal contesto sociale di riferimento, tanto maggiori saranno le *chances* che esso ottenga i risultati sperati, anche sul fronte della prevenzione generale allargata<sup>166</sup>.

Ebbene, in una prospettiva tesa a valorizzare il ruolo del diritto penale quale strumento di regolazione delle relazioni umane in un dato contesto sociale, il passaggio del tempo non soltanto affievolisce la capacità della minaccia penale di operare come “contro-motivo” rispetto al reato ma attenua – sino a neutralizzarla – anche l'esigenza *morale* di un'effettiva concretizzazione della pena. Un diritto penale temporalmente implacabile rischia in sostanza di essere avvertito come “moralmente ingiusto”.

Considerato che sia la prevenzione generale negativa che quella allargata presuppongono l'esistenza di una *relazione di tipo comunicativo* con i destinatari delle norme penali, ove tale relazione sia messa in crisi dal passaggio del tempo, gli effetti della crisi tendono a riverberarsi sul duplice volto della prevenzione generale.

Inoltre, presupposto indefettibile di ogni teoria della prevenzione generale è l'idea che il diritto penale rappresenti uno strumento di controllo sociale le cui modalità operative sono soggette al limite garanti-

---

<sup>166</sup> Sul punto, v. MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 81 e ss.

stico della tutela dei diritti fondamentali della persona e si basano sulla premessa della necessaria *comunicabilità* del significato della punizione. Ed è proprio su tale secondo aspetto che sembra incidere il passaggio del tempo scandito dalla prescrizione del reato. Esso costituisce una forma di concretizzazione – in negativo – della dimensione comunicativo-precettiva su cui si fonda l'intero sistema penale<sup>167</sup>. Il silenzio che avvolge il fatto remoto ne sancisce la definitiva perdita di valenza simbolico-comunicativa. Una volta dimenticato, il reato diviene, cioè, un avvenimento muto, verso il quale la pretesa motivazionale del divieto tende ad apparire insensata, oltre che ingiusta<sup>168</sup>.

Non è pertanto illogico immaginare che nel contesto di una prevenzione generale orientata a comunicare un messaggio di censura rispetto al fatto di reato e a promuovere una *spontanea adesione* della collettività verso i valori protetti dall'ordinamento penale, l'azione erosiva del tempo nei confronti della potenza comunicativa della reazione punitiva venga vista come forza in grado di dissolvere il potenziale pedagogico del precetto penale. Una volta esauritasi la memoria del disvalore del reato, non vi sarebbe più ragione per l'ordinamento di dare "il buon esempio" attraverso l'applicazione della pena. La non punibilità del reato per decorso del tempo sopraggiungerebbe allora non a causa dell'attenuarsi delle ragioni sostanziali dell'incriminazione – immutato rimarrebbe infatti il giudizio sulla meritevolezza astratta di pena –, bensì a seguito di una prognosi normativa di inefficienza o disfunzionalità

---

<sup>167</sup> Sulla dimensione comunicativa quale requisito coesistente alla capacità precettiva del diritto penale, per tutti, WALKER N., *Punishment, Danger and Stigma. The Morality of Criminal Justice*, Totowa, New Jersey, 1980, *passim*; HAMPTON J., *The Moral Education Theory of Punishment*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1984, p. 208 e ss.; VON IRSCH A., *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993, pp. 3 e ss., 9 e ss.; GARLAND D., *Pena e società moderna*, trad. it. a cura di Adolfo Ceretti, Milano, 1999, *passim*, in part. pp. 235 e ss., 291 e ss., 308; DUFF R.A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, p. 27 e ss.; Id., *Responsibility, Restoration and Retribution*, in TONRY M. (cur.), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford, 2011, pp. 78 e 79. Ma già prima, HASSEMER W., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 137; FEINBERG J., *The Expressive Function of Punishment*, in *The Monist*, 1965, p. 400; FINNIS J. M., *Law as Co-ordination*, in *Ratio Juris*, vol. 2, n.1, 1989, p. 97 e ss.

<sup>168</sup> Soccorrono in proposito le considerazioni generali formulate da ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, cit., p. 33 e ss. che osserva come la capacità deterrente della minaccia e dell'applicazione della pena dipenda non soltanto dal metodo intimidativo ma anche dal giudizio di disapprovazione morale/sociale espresso attraverso la norma nei confronti del fatto vietato. Negli stessi termini già, DURKEIM E., *La divisione sociale del lavoro sociale*, trad. it., Milano, 2016, p. 177 e ss.

della pena intempestiva; oramai priva di significato espressivo e di potenza simbolica<sup>169</sup>.

In una prospettiva di razionalità rispetto agli scopi del diritto penale, la prescrizione rappresenta in sostanza un vero e proprio *banco di prova* della prevenzione generale; un fondamentale punto di raccordo tra la fase della minaccia *ex ante* di pena ed il momento della sua applicazione *ex post* in cui si condensano le ragioni ostative del passaggio dalla prima al secondo; ragioni che hanno a che fare con una valutazione di generalizzata inadeguatezza della reazione punitiva intempestiva rispetto alle istanze di prevenzione generale.

Non si tratta dunque di dar spazio ad una presunzione *iuris et de iure* di perfetta corrispondenza fra tempo e disfunzionalità della pena – peraltro non pienamente confermata a livello empirico – ma di riconoscere che l'ordinamento sceglie di assegnare al fattore temporale il compito di razionalizzare la pretesa punitiva in senso conforme ad una logica di sussidiarietà dell'intervento penale<sup>170</sup>.

In un certo senso, il decorso del tempo sembra concorrere alla progressiva maturazione di quella che Martha Nussbaum definisce «*rabbia di transizione*»; vale a dire, di quel sentimento di passaggio che segna già un'evoluzione rispetto all'originario sentimento di frustrazione e aggressività generato del reato e che alla fine del processo trasformativo, sfocia in una naturale propensione alla *clemenza*, intesa non in senso tecnico-giuridico, come rinuncia alla pena da parte del potere pub-

---

<sup>169</sup> A ben vedere, la rinuncia alla pena tardiva conserva la propria ragion d'essere anche alla stregua di una prospettiva teorica che invece di stigmatizzare la dimensione sociale ed emotiva alla base del bisogno di pena come un aspetto necessariamente deterioro, tende a considerarla come una componente essenziale della dinamica punitiva. In tale ottica, la pena fungerebbe da strumento di canalizzazione del senso di ostilità generato dal crimine e da irrinunciabile collante sociale. Il riferimento è alle tesi di MEAD G.H., *The Psychology of Punitive Justice*, in *The American Journal of Sociology*, XXIII, 1917-1918, p. 591 e ss. Una pena applicata ad eccessiva distanza di tempo dal fatto sarebbe in sostanza priva di quel substrato psico-emozionale che sorregge e dà significato alla risposta punitiva. Sulla prescrizione come istituto che realizza una sorta di "normativizzazione" dell'affievolirsi delle reazioni emotive innescate dal delitto e legittimanti la risposta punitiva allo stesso, COLEMAN J., SARCH A., *Blameworthiness and Time*, in *Legal Theory*, 2012, p. 35 e ss.

<sup>170</sup> Condivisibili sul punto le considerazioni di DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, cit., p. 261 che evidenzia come in fondo rispetto alla prescrizione, alla morte del reo prima della condanna e all'amnistia propria non venga in rilievo il significato della repressione penale rispetto ad un fatto determinato, ma il senso della repressione penale *tout court*, ossia, il fondamento della pena intesa come strumento di controllo sociale e non già come reazione specifica ad un fatto storico.

blico, motivata da ragioni politiche ma nel significato della sfera laica; vale a dire, come inclinazione mentale e cognitiva (anche della collettività) al superamento della frattura dell'illecito e come capacità di cogliere le ragioni che legittimano un'attenuazione della risposta punitiva e persino una rinuncia alla stessa<sup>171</sup>.

Sebbene la Nussbaum richiami tali concetti nell'ambito di una più ampia teoria morale ove trova spazio una concezione giustificazionista della pena orientata alla riparazione, tuttavia, le osservazioni da essa formulate forniscono importanti stimoli anche rispetto al tema oggetto del nostro studio. Il tempo estintivo presenta in effetti non poche affinità con la nozione di *clemenza* richiamata dall'Autrice. Ne condivide genesi, struttura ed esiti.

Come la clemenza, anche la prescrizione del reato trasforma la rabbia, collega il passato al futuro e nel farlo, non nega, né cancella il significato di quanto accaduto prima bensì lo attualizza *a posteriori*, in modo da coglierne quella nuova dimensione di senso che infine conduce all'elisione dello stesso momento punitivo, non più percepito come giusta risposta al reato<sup>172</sup>.

## 11. Prescrizione del reato e retribuzione: una relazione complessa

In quanto misura che nega la risposta sanzionatoria prevista dall'ordinamento per il reato, la prescrizione interferisce inevitabilmente anche con i profili retributivi della pena.

Sarebbe fuor d'opera analizzare in questa sede questioni di carattere più generale, estranee al campo specifico dell'indagine, quali il problema del ruolo che la retribuzione ricopre nell'ambito di una concezione della pena orientata alla prevenzione o gli sviluppi delle teorie *neoretribuzionistiche* di stampo anglosassone<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> NUSSBAUM M.C., *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, 2016, pp. 302-309.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 307 ove l'Autrice descrive i requisiti strutturali della *clemenza*: 1) presa d'atto della verità (non si cancella la condotta sbagliata); 2) rabbia di transizione, intesa come ponte che collega il passato e il futuro; 3) diritto alla reintegrazione.

<sup>173</sup> La varietà di accenti e di sfumature che contraddistingue gli orientamenti anglosassoni di stampo *neoretribuzionista* rende impossibile un'elencazione esaustiva delle numerosissime fonti bibliografiche. Ci si limita pertanto a rinviare ai due fondamentali contributi di MORRIS H., *Persons and Punishment*, in *The Monist*, 1968, p. 475 e ss.

Senza timore di invadere ambiti che non competono al nostro studio, ci si soffermerà pertanto a vagliare soltanto il più specifico profilo della relazione che intercorre tra istanze retributive e prescrizione del reato. Si tratta, come vedremo, di una relazione di carattere ambivalente il cui significato varia a seconda dell'accezione con cui si guarda ai meccanismi retributivi nel sistema sanzionatorio penale.

Non vi è dubbio che l'estinzione della punibilità per decorso del tempo sia in astratto inconciliabile con l'idea di una retribuzione assoluta. Laddove la pena venga ritenuta come indefettibile risposta al male con il male, come implacabile corrispettivo aritmetico per il danno cagionato dall'illecito<sup>174</sup>, non vi è spazio alcuno per una rinuncia alla stessa che sia determinata dal semplice decorso del tempo<sup>175</sup>.

Le teorie assolute della retribuzione – com'è noto – collocano la sanzione penale in una dimensione essenzialmente *metastorica*, estranea al tempo transeunte ed orientata a realizzare non tanto un indirizzo

---

sulla teoria del c.d. “vantaggio ingiusto” e di MOORE M.S., *The Moral Worth of Retribution*, in *Placing Blame: A Theory of The Criminal Law*, Oxford, 2010, p. 104 e ss. che è invece uno dei massimi esponenti del *retribuzionismo morale*. Mentre la teoria del c.d. “vantaggio ingiusto” ritiene che il beneficio non dovuto, conseguito dal reo grazie all'illecito andrebbe sempre ripagato con una proporzionale privazione di libertà individuale, atta a ripristinare l'equilibrio fra benefici e oneri alterato dal reato, la visione di Moore individua nel *moral desert* l'unico criterio in grado di giustificare la reazione penale al reato. La punizione è ciò che il reo merita dal punto di vista morale come giusta conseguenza del torto da esso arrecato alla società con la commissione dell'illecito.

<sup>174</sup> Il riferimento è alla versione più radicale della teoria assoluta della retribuzione, così come formulata in origine da KANT I., *Critica della ragion pratica*, trad. it. in KANT I., *Scritti morali*, a cura di CHIODI P., Torino, 1970, p. 175 e ss. e da HEGEL W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari, 2020, p. 311 e ss., §§ 97, 99, 100, 101 e riassumibile nel noto brocardo latino “*malum passionis propter malum actionis*”. Per una descrizione dell'evoluzione storica delle teorie retributive, DOLCINI E., *Commisurazione della pena*, cit., p. 117 e ss.; RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, p. 24 e ss.; STEA G., *L'ultima prescrizione*, Milano, 2020, pp. 224 e 225. Tra i sostenitori della teoria retributiva in Italia, soprattutto BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507 e ss.; ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in ID., PETTOELLO MANTOVANI L., *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, Padova, 1983, p. 93; PETROCELLI B., *La funzione della pena*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 98 e ss.

<sup>175</sup> In tal senso, PANAGIA S., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 661; PASTOR D.R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Buenos Aires, 1993, p. 28; GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., p. 23; SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., pp. 55 e 56; RAGUÉS I VALLÉS R., *Il passaggio del tempo e la responsabilità penale*, cit., p. 214; PECCIOLI A., *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, cit., p. 22.

politico-criminale contingente, quanto piuttosto un ideale astratto di giustizia, mediante la restaurazione dell'ordine violato dal reato<sup>176</sup>. Per questo, la punibilità per il reato non può in alcun modo venire scalfita dal tempo. A metterla in discussione sarebbe soltanto un eventuale mutamento *nel tempo* delle ragioni costitutive dell'illecito e l'instaurarsi di nuovo assetto dei valori meritevoli di protezione penale che dia luogo ad un'abolizione della relativa disposizione incriminatrice<sup>177</sup>.

Tuttavia, proprio nell'ambito delle più risalenti concezioni retributive è in passato maturato un primo tentativo di legittimazione teorica dell'istituto della prescrizione, basato sull'idea che l'angoscia patita dal reo per effetto del perdurante rischio della pena giuridica (c.d. "*poena naturalis*"<sup>178</sup>) abbia un significato afflittivo e di emenda in grado di

<sup>176</sup> Definisce il retribuzionismo una «metafisica magica che non regge all'esame della ragione», NUSSBAUM M.C., *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, cit., p. 262.

<sup>177</sup> Tra i molti che segnalano come il retribuzionismo non ammetta alcuna forma di rinuncia alla pena, DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., p. 20; ROMANO M., *sub art. 157*, cit., p. 64; PALAZZO, F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 21; COCCO G., *Teoria sulla pena e applicazioni pratica*, in COCCO G., AMBROSETTI E.M. (cur.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – II. Punibilità e pene*, Milano, 2018, p. 51 e ss. Negli ordinamenti giuridici moderni, proprio la presenza dell'istituto della prescrizione dimostrerebbe peraltro l'impossibilità di aderire ad una concezione che giustifichi la pena in termini esclusivamente retributivi.

<sup>178</sup> Alla logica della c.d. *poena naturalis* appaiono ispirarsi quelle previsioni normative che stabiliscono la possibilità di non applicare la sanzione, laddove gli effetti pregiudizievoli del reato commesso sopportati dal reo siano stati tanto significativi da compensare integralmente l'afflizione propria della pena giuridica. Ne sarebbe esempio l'istituto tedesco disciplinato al § 60 StGB (*Absehen von Strafe*) che riconosce al giudice la facoltà di rinunciare alla pena, laddove le conseguenze del fatto che colpiscono l'autore siano state così gravi, da far venir meno il bisogno di punire. Tuttavia, le funzioni realmente ascrivibili a tale figura sembrano contraddire l'idea che essa si collochi unicamente nell'orizzonte – per la verità un po' asfittico – della pena retributiva. Malgrado il riferimento agli effetti pregiudizievoli sul reo cagionati dallo stesso fatto commesso appaia evocare una concezione della pena intesa come afflizione proporzionata al male prodotto dal reato, secondo una prospettiva moralistica/retributiva della "paura quale catarsi", in tal caso, la non punibilità sarebbe in effetti giustificata più da istanze di prevenzione speciale in chiave rieducativa che da meccanismi di tipo retributivo. Sul patimento sofferto dal reo attraverso la c.d. "*poena naturalis*" verrebbe infatti ad incentrarsi una presunzione legale di avvenuta risocializzazione da cui consegue il dissolversi della necessità della pena, in assenza di rischio di recidiva. Per un'analisi completa di tale istituto, si rinvia a CASAROLI G., *Novità e realtà di un originale istituto: l'astensione della pena nelle attuali linee di tendenza della codificazione*, in *Nomos*, 1996, p. 61 e ss.; TUMMINELLO L., *Il volto del reo*, cit., p. 279 e ss.; VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., p. 131 e ss.

compensare il *malum* della sanzione penale<sup>179</sup>. In tale prospettiva, la rinuncia alla pena per decorso del tempo troverebbe il suo fondamento in una visione di giustizia retributiva di stampo etico che giudica la sofferenza morale del reo determinata dallo stato di incertezza circa il proprio futuro equivalente a quella cui questi sarebbe soggetto a seguito dell'inflizione della sanzione giuridica<sup>180</sup>. Il tempo che decorre dopo la consumazione del reato sarebbe dunque non un tempo vuoto ma un tempo denso di tormenti psicologici nell'attesa della futura punizione; un tempo di afflizione che è al contempo "*giusta retribuzione*", per il reo e compensazione dell'offesa sociale arrecata dal reato, per la collettività.

Per quanto suggestivi, tali argomenti appaiono però, con tutta evi-

---

Con riferimento alla nozione di *poena naturalis* come equivalente funzionale della pena giuridica, sufficiente a motivare un'attenuazione o persino un'esclusione, SILVA SÁNCHEZ J., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, pp. 157-163 il quale traccia però una chiara distinzione tra tale concetto e la prescrizione del reato. Mentre la *poena naturalis* rappresenterebbe un equivalente funzionale della sanzione penale in quanto arrecherebbe al reo una sofferenza analoga a quella prodotta dalla pena statale, la prescrizione genererebbe, sì, un effetto finale analogo a quello della sanzione tanto sotto il profilo della neutralizzazione delle reazioni emotive contro il delitto da questo scatenate nella società, quanto dal punto di vista del ripristino della fiducia collettiva che anche l'applicazione e l'esecuzione della pena garantiscono, ma non produrrebbe il medesimo dolore della pena. In altre parole, il tempo estintivo dovrebbe essere inteso come un equivalente funzionale – più o meno prossimo – della pena che tuttavia non ne condivide l'assetto strutturale incentrato sul c.d. "*malum passionis*", *ibidem*, p. 164.

<sup>179</sup> Per i riferimenti a tale risalente orientamento nella letteratura francese, DECATTELLAN J. *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, Casanove, 1727, t. 2, p. 456; VAZEILLE F.A., *Traité de Prescriptions suivant les nouveaux codes français*, t. X, Paris, 1832, p. 5; HEILE F., *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Plon, 1866, t. II, p. 664; t. IX, p. 589. In ambito tedesco invece, HEINZE R., *Wegfall der Strafe*, in VON HOLTZENDORFF F., *Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen*, Berlin, 1871, p. 608.; VON BIRKMEYER K., *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1901, p. 1086. *Contra*, tra gli altri, BEMMANN G., *Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung*, cit., p. 333 e ss.; ESSER R., *Verjährung der Strafverfolgung – ein Menschenrecht?*, in HEGER M., JEBBERGER F., NEUBACHER F., SATZGER H., WERLE G. (cur.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, Baden-Baden, 2021, pp. 46-48.

<sup>180</sup> Sottolinea tale profilo MONGILLO V., *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 998. Per una descrizione delle tesi che individuano nel decorso del tempo la concretizzazione di una pena naturale sostitutiva della pena giuridica e per gli ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a GIUNTA F., MICHELETTI D., *Tempori cedere*, cit., pp. 29, 56.

denza, privi di un qualunque fondamento razionale agli occhi del giurista moderno. L'immagine del delinquente divorato dal timore dell'incertezza evoca in effetti una visione idealizzata e romantica dell'essere umano; così come troppo ingenua appare in fondo l'idea che la naturale inclinazione della persona al ravvedimento giustifichi una concezione della pena intesa come afflizione orientata all'emenda morale.

D'altra parte, non sembra vi siano margini neppure per conciliare la prescrizione con le tesi che declinano la retribuzione in chiave giuridica. Ispirandosi all'idea hegeliana che la pena sia «negazione della negazione» dell'ordine giuridico violato dal reato, tali concezioni non ammettono deroga alcuna alla categoricità della reazione penale la quale è sempre tesa a reintegrare la frattura generata dall'illecito<sup>181</sup>. Si tratta di

---

<sup>181</sup> Com'è noto, il definitivo affrancamento dall'idea della pena quale "*fine in sé*" ha segnato il passaggio dalle teorie *assolute* alle teorie c.d. *relative* nel cui ambito si collocano non solo le più moderne visioni della pena come strumento di prevenzione dei reati ma anche le più risalenti concezioni sulla retribuzione c.d. "*giuridica*". Per tutti, PESINA E., *Elementi di diritto penale*, I, cit., p. 37 e ss.; MATHIEU V., *Perché punire? Il contrasto della giustizia penale*, Milano, 1979, p. 139 e ss.; JHONSON J., *Hegel on Punishment: A More Sophisticated Retributivism*, in WHITE M.D. (cur.), *Retributivism: Essays on Theory and Practice*, New York, 2011, p. 146 e ss. Benché in genere annoverate tra le teorie assolute, queste ultime sembrano infatti superare la fissità metastorica della pena che connota il retribuzionismo puro per accedere ad una visione più relativizzata in cui la sanzione criminale viene ad assumere una qualche funzione, essendo in particolare indirizzata alla conservazione della società. Su punto, DE VERO G., *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2012, p. 8 e ss. osserva come l'aver attribuito alla pena retributiva la funzione di restaurazione dell'ordine giuridico collochi comunque la retribuzione giuridica nel novero delle teorie "relative" della pena. Soltanto la teoria della retribuzione morale avrebbe dunque il volto di una teoria "assoluta" in senso stretto, in quanto concezione che considera il *castigo* penale come un fine in sé, vale a dire, come una necessità "etica" di ripagare il male con il male.

Nonostante tale opportuna distinzione concettuale, rimangono tuttavia validi i rilievi espressi in dottrina circa il fatto che anche nell'ambito della retribuzione giuridica si intravedono inequivocabili accenti di assolutezza, in particolare, nel modo di intendere l'ordine violato dal diritto come universale ed oggettivo e nella prospettiva di considerare la pena quale infallibile riaffermazione di un'idea puramente astratta di giustizia, tra i molti, MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 53; PELLISSERO M., *Funzioni della pena*, in GROSSO C.F., PELLISSERO M., PETRINI P., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2020, p. 639; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 758 e 759; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2021, p. 15 e ss.; FIANCADA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., pp. 757 e 758.

Segnala come anche le moderne teorie retribuzionistiche del *just desert* sarebbero in fondo teorie relative che individuano lo scopo ultimo della punizione necessaria (e proporzionale alla gravità del reato) nella riaffermazione dei valori protetti e nella stabilizzazione e sicurezza delle relazioni sociali, EUSEBI L., *La «nuova retribuzione»*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 113.

visioni che rimangono *ontologicamente* incompatibili con qualunque ipotesi di rinuncia alla pena sia essa determinata da istanze utilitaristiche di mera *deflazione sistemica* del sovraccarico punitivo<sup>182</sup>, piuttosto che da più nobili ragioni di adeguamento del sistema penale al canone della sussidiarietà<sup>183</sup>.

Se la retribuzione come teoria giustificativa della pena non ammette il ritrarsi della sanzione (sempre necessaria) per effetto dell'incedere del tempo, tale possibilità sembra tuttavia astrattamente compatibile con un'altra versione della retribuzione; vale a dire, con l'idea che quest'ultima non costituisca il *fine in sé* della sanzione penale che rimane di tipo preventivo, bensì un suo *carattere o limite intrinseco*, necessario ad assicurarne la corrispondenza proporzionale rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza. In tale prospettiva, com'è noto, la retributività/proporzionalità della pena rappresenterebbe non già il fondamento teorico della dinamica punitiva ma un criterio interno alla

---

<sup>182</sup> Se si escludono le tesi appena richiamate sull'idea del tempo quale "castigo naturale", le teorie assolute della retribuzione escludono la possibilità che il fattore cronologico possa comportare una rinuncia alla pena. Come osservato, tra gli altri, da CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello Statuto della corte penale internazionale*, Milano, 2018, p. 242 la prospettiva della retribuzione assoluta finisce con l'entrare in conflitto con l'idea proporzionalistica, giustificando la naturale afflittività della pena su un piano diverso da quello della necessaria proporzionalità tra reazione punitiva e fatto di reato. Mentre quest'ultima rileva come principio garantistico orientato ad arginare gli eccessi della punizione, il retribuzionismo è una teoria orientata alla giustificazione della pena. Le concezioni assolute del "*just desert*" declinano dunque in modo non corretto il concetto di retribuzione, intendendolo come funzione o finalità specifica della pena, piuttosto che come limite a garanzia dell'individuo.

Critici invece rispetto alla prospettiva di incardinare la retribuzione nell'ambito delle teorie relative della pena, MONACO L., *Prospettive dell'idea dello «scopo» in diritto penale*, cit., p. 40 e ss.; EXNER F., *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, trad. it. a cura di Zanchetti M., in EUSEBI L. (cur.), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 27 e ss.; EUSEBI L., *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 1165 e ss.

<sup>183</sup> Il riferimento è alla sussidiarietà c.d. "esterna" della pena rispetto a strumenti sanzionatori di natura extrapenale e non alla sussidiarietà c.d. "interna" della pena detentiva in favore di pene alternative. Sul tema si rinvia ai noti contributi di BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 15 e ss.; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, p. 134 e ss.; DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., p. 383 e ss.; ID. *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 85 e ss. Sull'incompatibilità tra retribuzionismo e non punibilità, STELLA F., *Laicità dello Stato, fede e diritto penale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 324 e ss.; COCCO G., *Teorie sulla pena e applicazione pratica*, cit., p. 51 e ss.; VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., p. 25.

stessa che consentirebbe di evitare tanto eccessi punitivi, quanto illecite strumentalizzazioni del singolo, per scopi di prevenzione generale o speciale<sup>184</sup>.

Nel vaglio di proporzionalità potrebbe farsi indirettamente rientrare anche il parametro della tempestività della reazione, quale pre-condizione o presupposto della corrispondenza tra gravità del fatto e misura della sanzione; nel senso che la pena tardiva sarebbe di per sé, intrinsecamente, una pena sproporzionata per eccesso<sup>185</sup>. La prescrizione verrebbe così a costituire una forma di convalida in negativo del paradigma della pena proporzionata al fatto<sup>186</sup>.

Nondimeno, è chiaro come tale nesso tra tempo estintivo e significato retributivo della pena non abbia nulla a che fare con concezioni teoriche di stampo schiettamente retribuzionistico dato che il volto *relativo* e laico della giustizia retributiva mantiene una valenza tutta interna alla funzione di prevenzione generale.

Nell'ottica di un *retribuzionismo* agganciato alle istanze di preven-

<sup>184</sup> Fondamentali sul tema i contributi di: PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., pp. 928 e 929; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., pp. 949 e 950; ID., *Sanzione. II) Sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1991, p. 1, ora in *Il diritto penale fra norma e società (scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., pp. 1025 e 1026; ID., *Prevenzione generale e prevenzione specifica (o speciale)*, cit., pp. 1069 e 1070; ID., *Principi di diritto penale*, cit., pp. 769-771; MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 56 e ss. e ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale*, cit., p. 160.

<sup>185</sup> Considerano la pena tardiva come un'inutile sovraccenuazione sanzionatoria, PISA P., *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., p. 80; ROMANO M., *sub art. 157*, cit., p. 64; PULITANÒ D., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 74.; ID., *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, cit., p. 6; MONGILLO V., *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 998.

<sup>186</sup> Il riferimento è qui non al principio di proporzione in senso stretto, inteso come vincolo di adeguatezza del mezzo rispetto alla scopo prefissato, alla cui stregua valutare la legittimità del ricorso al diritto penale in qualità di *extrema ratio* (sul tema, per tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 29 e 30 che considerano il principio di sussidiarietà penale come una specificazione del principio di proporzione e DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 132-136; ID., *Il volo attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 87 e 88 il quale attribuisce al principio di proporzione un rilievo autonomo rispetto al distinto principio di sussidiarietà), ma al principio di *proporzione sanzionatoria* tra misura e tipologia della sanzione penale e gravità del reato (PALAZZO, F., *Corso di diritto penale*, cit., pp. 26 e 27; FIANDACA G., MUSCO E., *op. ult. cit.*, pp. 757 e 758; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 53 e ss.).

zione generale infatti, la sanzione adeguata in termini di proporzione rappresenta un argine razionale contro gli eccessi punitivi, necessario ad assicurare – attraverso l’attuazione di un’aspettativa punitiva giusta, perché proporzionata al fatto – le condizioni per una corretta “gestione” degli scopi preventivi della pena<sup>187</sup> che sia orientata ad impedire la strumentalizzazione dell’individuo a fini di deterrenza<sup>188</sup>. La retribuzione rapportata alla proporzione tra severità della sanzione e gravità del fatto si proietta allora verso la realizzazione di scopi di carattere sistemico/istituzionale e trova il proprio fondamento razionale non più – come nelle teorie assolute – in un ideale astratto di giustizia di stampo etico, ma nell’ambito di una concezione storica e secolarizzata del sistema penale<sup>189</sup>.

Sicché, in definitiva, è alla funzione di prevenzione generale – non alle istanze retribuzioniste in senso stretto – che finisce con l’agganciar-si la *ratio* degli istituti di natura prescizionale<sup>190</sup>.

### 11.1. *Il tempo estintivo e la proporzione intrinseca della pena*

Una volta ricondotta al paradigma garantistico della retributività/proporzione della risposta punitiva, la prescrizione del reato rischia però di dividerne anche alcuni punti deboli.

Vi è, per esempio, il problema di stabilire in che termini la misura del tempo possa entrare in gioco nel giudizio di proporzione astratta della sanzione tenuto conto che quest’ultimo è *ab origine* reso problematico dal fatto di porre in correlazione grandezze eterogenee, difficilmente raccordabili<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> Sul punto si rinvia oltre che ai contributi di PAGLIARO citati alla nota 158, anche a ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, cit., p. 160 e ss.; DONINI M., *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, p. 34 e ss.; PELISSERO M., *Funzioni della pena*, cit., p. 640.

<sup>188</sup> Sottolinea come la mancata strumentalizzazione dell’essere umano a scopi di prevenzione generale sia il tratto caratterizzante della concezione retributiva della pena, RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 139.

<sup>189</sup> Sui nessi tra retribuzione e prevenzione generale, EUSEBI L., *La ‘nuova’ retribuzione*, cit., p. 93 e ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 65 e ss.

<sup>190</sup> Di recente, sul punto, BRONZO P., *La prescrizione del reato sotto l’incubo della ragionevole durata*, in *Sist. pen.*, 29 luglio 2020, p. 3.

<sup>191</sup> L’ottica retribuzionista ritiene sia possibile stabilire una proporzione di tipo quasi aritmetico tra due elementi – l’illecito criminale e la pena – che tuttavia appaiono,

Se, cioè, il paradigma retributivo appare epistemologicamente incerto perché incentrato sulla correlazione tra elementi incomparabili – il bene protetto dalla norma, per un verso, e la libertà personale sacrificata dalla pena, per altro verso –, può riuscire ancor più complesso individuare una proporzione fra entità non meno rapportabili l'una all'altra, quali la gravità del fatto di reato da una parte, e il tempo della “giusta” reazione punitiva, dall'altra. Evidente è infatti il rischio che risulti in concreto impossibile, oltre che errato individuare per ciascun reato con precisione logico/matematica, il *quantum* di tempo estintivo oltre il quale la sanzione penale diviene eccesso punitivo.

L'obiezione sembra però destinata a provare troppo. Malgrado non possa revocarsi in dubbio l'oggettiva difficoltà di fondare su basi scientifiche il paradigma della pena come corretta proporzione, nondimeno, in una prospettiva di tipo normativista, tale correlazione rimane, nella sostanza, un elemento irrinunciabile della dinamica sanzionatoria. Una

---

con tutta evidenza, reciprocamente incommensurabili. Tale limite epistemologico segnalato già da VON LISTZ F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962, p. 37 e ss. è stato bene messo bene in luce in Italia da DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, pp. 8, 10, 11; EUSEBI L., *La “nuova” retribuzione – Sez. I: pene retributive e teorie preventive*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1982, pp. 928-935; ID., *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., pp. 60 e 61; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e volere. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 1167; ID., *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., p. 153; CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, cit., pp. 102, 103 e 104; DONINI M., *Il volto attuale*, cit., p. 269 e ss.; ID., *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla “necessaria sproporzione” della pena nelle “gross violations”*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 14; ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1173 e ss.; ID., *Responsabilità e pena. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1717 e 1718 (ove l'Autore riprende le tesi del filosofo Giovanni Bovio circa l'incoerenza logica della proporzione retribuzionista); CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AMISANO M., CATERINI M. (cur.), *Persona, pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, p. 49 e ss.; VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., p. 16 e ss. Nell'ambito della letteratura anglosassone l'argomento dell'incomparabilità concettuale tra reato e pena viene in genere richiamato per contestare la struttura logica del c.d. “*just desert*”. Sul tema, DOLINKO D., *Three Mistakes of Retributivism*, in *UCLA Law Review* 39, 1992, p. 162 e ss.; ID., *Retributivism, Consequentialism and the Intrinsic Goodness of Punishment*, in *Law and Philosophy*, 6, 1997, p. 507 e ss.; HONDERICH T., *Punishment: The Supposed Justifications*, Cambridge, 1989, p. 17 e ss. (cap. II); CHRISTOPHER, R.L., *Deterring Retributivism: The Injustice of ‘Just’ Punishment*, in *Northwestern University Law Review* 96, 2002, p. 922 e ss.

volta spogliata di ogni connotazione eticizzante infatti, la retribuzione giuridica conserva, come detto, un ruolo cruciale anche nell'ambito delle moderne teorie sulla funzione della pena, quale criterio di proporzione-razionalità interno al meccanismo punitivo<sup>192</sup>. La corrispondenza della risposta sanzionatoria alla gravità del fatto incarna in effetti un'idea millenaria di giustizia che per convenzione il diritto considera imprescindibile<sup>193</sup>.

Recuperato su base valoriale il ruolo del principio di proporzione/retribuzione sanzionatoria, l'argomento che ad esso debbano seguire implicazioni di tipo aritmetico e quantitativo, – oggettivamente impossibili tra grandezze eterogenee, quali il reato e la pena, o il tempo e la pena – perde di significato, anche rispetto al tema più specifico della prescrizione del reato.

Dal punto di vista delle esigenze del diritto penale, il termine prescrizione può infatti essere visto come un elemento strutturale della proporzionalità *in astratto* della pena rispetto al fatto e come suo limite esterno. Una volta che esso sia decorso, la sanzione diviene *ex se* – per convenzione socialmente accettabile, non per legge scientifica – sproporzionata per eccesso<sup>194</sup>. Sicché, il tempo della prescrizione contribuisce a «*parametrare, pur in una dimensione propria, la gravità del fatto e la sua valutazione sociale*»<sup>195</sup>, dando attuazione ad una regola inespresa, ma immanente nel sistema penale, che può grosso modo espli-

<sup>192</sup> FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 395.

<sup>193</sup> Evidenzia come a fronte dell'impossibilità di risolvere sul versante scientifico e della razionalità il problema della messa in correlazione di valori profondamente eterogenei, l'idea retributivo-proporzionalistica della pena finisce per incentrarsi su un convenzionalismo di tipo relativistico. È soltanto la prassi comunemente accettata dalla comunità giuridica ad avvalorare l'idea che possa esservi una congruenza tra entità della pena e gravità del fatto, DONINI M., *La condanna a morte di Saddam Hussein*, cit., p. 13; ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., p. 1175. Nello stesso senso anche, PAGLIARO A., *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 774, ora in *Il diritto penale fra norma e società*, cit., vol. III, p. 1047; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 395 e 396; PULITANÒ D., *Selezione punitiva fra diritto e processo*, in DE FRANCESCO G., GARGANI A. (cur.), *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 229; ID. *La misura delle pene tra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, p. 49.

<sup>194</sup> MOLARI A., *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 684.

<sup>195</sup> In questi termini, testualmente, ARDIZZONE S., *Disciplina intertemporale della prescrizione dei reati e garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 871; ID., *Applicazione della legge "ex-Cirielli" ai processi in corso: questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 207.

citarsi nei seguenti termini: «*la pena prevista per il fatto di reato deve essere proporzionata alla sua gravità. È sempre sproporzionata per eccesso una pena che venga applicata oltre il decorso del termine di prescrizione stabilito per legge*».

Del resto, a conferma di quanto appena detto circa la rilevanza che il profilo retributivo-proporzionalistico possiede anche rispetto alla disciplina della prescrizione concorre il dato che la determinazione dell'arco temporale di quest'ultima è in genere ancorato dalla legge al parametro della gravità del reato; e soltanto in via del tutto eccezionale può essere stabilito, tenendo conto anche di criteri di diversa natura.

Il punto è stato peraltro chiarito in modo cristallino dalla stessa Corte costituzionale che nella sentenza in materia di raddoppio dei termini di prescrizione per il reato di incendio colposo (n. 143/2014) ha precisato come la deroga alla scelta normativa di correlare i termini di prescrizione alla gravità del reato sia legittima soltanto a certe (limitatissime) condizioni; e cioè, esclusivamente in presenza di specifiche esigenze di prevenzione generale, connesse al particolare allarme sociale dei reati presi in considerazione; oppure, quando l'allungamento dei tempi estintivi sia giustificato da difficoltà di carattere investigativo e di accertamento processuale che risultino in grado di incidere significativamente sulla durata media dei processi<sup>196</sup>.

Al di fuori di tali eccezioni, non vi sarebbe spazio alcuno per possibili deviazioni dalla regola generale stabilita all'art. 157 co. 1 c.p. di commisurare la durata del tempo di prescrizione al disvalore compless-

---

<sup>196</sup> Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, consultabile in *Giur. cost.*, 2014, p. 2363 e ss. con nota di PIERGALLINI C., *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*. Tra i commenti alla pronuncia, si leggano anche i contributi di RECCHIA N., *È irragionevole il raddoppio del termine di prescrizione per il reato di incendio colposo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014; ID., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, p. 59 e ss.

La Corte si è peraltro espressa in termini analoghi nelle sentenze 22 novembre 2017, n. 265 e 18 aprile 2018, n. 112. (ove però ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità riguardante la parte dell'art. 157 co. 6 c.p. che rispetto ai reati contro la pubblica incolumità, prevede il raddoppio dei termini di prescrizione per le ipotesi colpose di danno (art. 449 c.p.). Per un commento a tali pronunce, si rinvia a LAZZERI F., *Per la Corte costituzionale non è irragionevole la previsione di un termine di prescrizione per i cd. "disastri colposi" uguale a quello delle corrispondenti fattispecie dolose*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 150.

Un rapido accenno al *linkage* tra gravità dei reati e tempi della prescrizione si ritrova anche in altre decisioni costituzionali. Per tutte: Corte. cost., sent. 11 febbraio 2013, n. 23; Corte cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 45.

sivo del reato, attraverso l'aggancio al massimo edittale di pena prevista per ciascun illecito<sup>197</sup>.

Il punto è stato peraltro di recente ribadito in occasione del giudizio di costituzionalità sul prolungamento retroattivo dei termini di prescrizione dovuto alle sospensioni introdotte con la normativa emergenziale anti-Covid 19. Nuovamente investita del problema della *ratio* proporzionalistica della prescrizione, la Corte ha infatti ancora una volta sottolineato come la discrezionalità legislativa nella fissazione dei tempi di

---

<sup>197</sup> Rinviando ai capitoli successivi per un adeguato approfondimento del tema, ci si limita a evidenziare come in tale pronuncia la Corte abbia precisato che la scelta compiuta dal legislatore del 2005 (L. n. 251/2005, c.d. "ex-Cirielli") di far coincidere il tempo di prescrizione con la durata massima della pena edittale di ciascun reato – superando così la scansione per "classi di reati" propria della disciplina previgente –, risulti pienamente conforme all'idea che la determinazione dei limiti temporali dell'oblio del reato debba essere proporzionata alla gravità del fatto.

In senso fortemente critico nei confronti di tale profilo della riforma si era invece espressa gran parte della dottrina che vi aveva intravisto un fattore di forte instabilità e di eccessiva frammentazione del sistema, GIUNTA F., *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, cit., p. 1 e ss.; MARINUCCI G., *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, cit., p. 976 e ss.; ID., *Certezza di impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 171 e ss.; MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., p. 229 e ss.; PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro. Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, p. 56 e ss.; PULITANÒ D., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, cit., p. 76; BASILE F., *La prescrizione che verrà*, cit., p. 138.

Più in generale, si era osservato come in un'ottica di leggi penali *ad personam*, la nuova disciplina fosse orientata a creare vere e proprie sfere di impunità per molte figure di reato i cui termini prescrizionali sarebbero stati enormemente ridotti. In tal senso, *ex multis*, BARGIS M., *La prescrizione del reato e i "tempi" della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1424; BATTISTA D., *Giustizia a più binari con la Cirielli. Pene inasprite, ma non per tutti*, in *Dir. giust.*, 2006, p. 9 e ss.; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guid. dir.*, dossier n. 1, 2006, p. 34; MARINUCCI G., *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per i reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, cit., p. 170 e ss. e più di recente MANNA A., DI FLORIO M., *Il trascorrere del tempo nel diritto penale: la prescrizione del reato tra le "criticità" della disciplina e il "difficile dialogo" tra CGUE e Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, Suppl. al n. 1, 2018, p. 130; ZIRULIA S., *La riforma della prescrizione del reato. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018"*, in *Dir. pent. cont.*, 17 dicembre 2018, p. 2.

*Contra*, un giudizio complessivamente positivo nei confronti della riforma era stato invece espresso da CARDILE F., ZANOTTI M., *Le diverse declinazioni della rinnovata disciplina della prescrizione*, cit., pp. 50 e 51 i quali avevano evidenziato come al contrario della disciplina previgente che sovente collocava nella medesima fascia di gravità fattispecie molto eterogenee, il nuovo modello avesse il pregio di garantire un trattamento prescrizionale realmente differenziato degli illeciti penali di diverso disvalore.

prescrizione dei reati vada censurata alla stregua di un giudizio di manifesta irragionevolezza, quando violi il paradigma della *proporzione* tra tempo dell'oblio e gravità del reato<sup>198</sup>.

Non vi è pertanto alcun dubbio circa il fatto che i giudici costituzionali propongano una lettura in senso forte del vincolo di conformità-proporzione dell'estensione del tempo prescrizione del reato alla gravità dello stesso, annoverandolo tra le garanzie fondamentali dell'imputato, soggette alla copertura costituzionale dei principi di legalità (art. 25 co. 2 c.p.) e di eguaglianza (art. 3 Cost.), sino al punto di ritenere che sussista un vero e proprio diritto (costituzionalmente tutelato) dell'accusato alla previa conoscibilità della *linea di orizzonte temporale* della prescrizione, tracciata dal legislatore attraverso il riferimento al massimo del *quantum* edittale di pena<sup>199</sup>.

## 12. La prescrizione del reato sotto la lente della retribuzione incentrata sul c.d. "merito empirico"

I più recenti sviluppi della riflessione teorica attorno alla *ratio* della prescrizione annoverano anche tentativi di rifondare l'istituto alla stregua dell'approccio seguito dal "*retribuzionismo di stampo empirico*" di matrice angloamericana.

La premessa da cui muove tale visione è che le teorie sulle finalità della pena non riescano a fornire una spiegazione coerente sul fondamento della prescrizione del reato.

---

<sup>198</sup> Corte cost., sent. 18 novembre 2020, n. 278, consultabile in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020, con nota di GATTA G.L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*

<sup>199</sup> Sviluppando gli argomenti già utilizzati nel noto caso "Taricco", sent. 10 aprile 2018, n. 115, la Corte ha in effetti esteso il vincolo di legalità *in senso forte* all'intera disciplina dei profili temporali della prescrizione, comprese le disposizioni che hanno implicazioni e connessioni di carattere processuale; come gli istituti dell'interruzione e della sospensione dei termini di prescrizione che fanno da cerniera tra il versante del diritto sostanziale e il versante del diritto processuale e la cui *ratio* è in genere collegata ad esigenze di carattere processuale. Con riguardo a tali ipotesi di arresto del corso della prescrizione, graverebbe sul legislatore un vincolo costituzionale di conformità al principio di legalità e ai suoi ai suoi corollari; dalla retroattività *in melius* al principio di proporzionalità-adequatezza del trattamento sanzionatorio in rapporto alla gravità del reato.

Dal punto di vista della prevenzione generale positiva, una pena tardiva avrebbe comunque una maggiore capacità deterrente di una pena ineseguita o inesistente in quanto interverrebbe a certificare il perdurare nel tempo della minaccia contenuta nel precetto. Allo stesso tempo, sotto il profilo della prevenzione generale negativa, la pena applicata a distanza di anni dalla commissione del fatto conserverebbe una certa forza intimidatrice perché servirebbe a trasmettere al reo la consapevolezza che non sia possibile ottenere l'impunità, semplicemente confidando nel potere estintivo del tempo<sup>200</sup>.

Quanto alla prevenzione speciale, si osserva infine come il rischio che la pena intempestiva risulti disfunzionale rispetto alla personalità di un reo nel frattempo pienamente rieducato potrebbe essere evitato, prevedendo che al momento dell'esecuzione della sanzione tardiva venga valutata la pericolosità del soggetto, in modo da verificare la permanenza o la dissoluzione delle esigenze di un recupero sociale<sup>201</sup>.

Con riguardo alle tesi che attribuiscono alla prescrizione un fondamento misto, collegato tanto alle funzioni della pena, quanto alle difficoltà probatorie determinate dal passaggio del tempo, viene posto in rilievo il fatto che esse presentino il limite di non riuscire a selezionare un criterio ermeneutico sicuro per la soluzione dei casi di potenziale conflitto tra le diverse funzioni ascritte alla figura<sup>202</sup>.

Gli scarsi risultati raggiunti dalle tesi che mettono in correlazione la prescrizione con il finalismo della pena aprirebbero dunque la strada – secondo tale lettura – ad una nuova prospettiva teorica che colleghi l'i-

---

<sup>200</sup> RAGUES I VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, cit., pp. 37-39. In senso conforme, PASTOR D.R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, cit., p. 30.

<sup>201</sup> RAGUES I VALLÈS, *Il passaggio del tempo e la responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, p. 213.

<sup>202</sup> RAGUES I VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, cit., p. 40. La tesi sul fondamento multiplo della prescrizione è largamente maggioritaria nella dottrina spagnola; fra i tanti: ANTÓN ONECA J., *Derecho penal*, Madrid, 1986, p. 612; RODRÍGUEZ DEVESA J.M., SERRANO GÓMEZ A., *Derecho penal español. Parte general*, 18ª ed. Madrid, 1995, p. 68; GOMEZ DE LA ESCALERA J.J., *Novedades en la prescripción de las infracciones penales y de sus penas*, in *La Ley*, 1996, n. 3987; MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 773; REY GONZALEZ C., *La prescripción de la infracción penal*, Barcelona, 1999, p. 53; MORILLAS CUEVA L., *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, cit., p. 27. Ritengono invece che la prescrizione trovi la propria giustificazione esclusivamente nella prevenzione generale, GONZÁLEZ TAPIA M.I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, 2003, pp. 78 e 79; GÓMEZ MARTÍN V., *La prescripción del delito*, cit., p. 23 e ss.; GARCÍA PÉREZ O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, cit., p. 287 e ss.

stituito della prescrizione non agli scopi delle sanzioni penali bensì alle ragioni che fondano e legittimano il mantenimento nel tempo del sistema delle norme e delle sanzioni penali; e cioè, in definitiva, alle istanze costitutive del diritto penale le quali, a loro volta, consisterebbero nella conservazione e nel ripristino dell'ordine sociale violato dal reato<sup>203</sup>. La sanzione penale avrebbe la funzione di riparare la frattura prodotta dal delitto, di neutralizzare il conflitto sociale generato dall'illecito. Ove tuttavia la pena non sopraggiunga in tempo, il ripristino della configurazione sociale inizialmente turbata avviene per effetto del passaggio dell'accadimento lesivo da una dimensione attuale alla sfera della "storia"<sup>204</sup>.

Il decorso del tempo renderebbe in sostanza superflua la punizione non in quanto quest'ultima non risulterebbe più in grado di conseguire i suoi scopi tipici – prevenzione generale e prevenzione speciale – bensì perché avendo il delitto esaurito la propria forza di perturbamento dell'ordine sociale vigente, si dissolverebbero le ragioni stesse che stanno a fondamento del punire. La perdita di disvalore del reato andrebbe in sostanza vista come il frutto della diversa percezione sociale che di esso matura con il trascorrere del tempo; è il mutare del significato dell'illecito rispetto al "sentimento" della comunità di riferimento che rende non più necessario il ricorso alla pena.

Tale lettura in chiave funzionalistica si salda poi – per stessa ammissione del suo fautore – con i fondamenti teorici del *retribuzionismo* a base empirica di matrice anglosassone, secondo i quali la punizione per il crimine dovrebbe corrispondere ad un parametro di meritevolezza sociale di tipo empirico; ossia, ad un giudizio di adeguatezza che viene ad incentrarsi non più sulla retribuzione morale (il male per la colpevolezza), bensì sui risultati degli studi empirici circa i fattori condizionanti la valutazione di disvalore attribuita al fatto dalla società<sup>205</sup>. In tanto la

---

<sup>203</sup> È evidente il riferimento alle tesi di ROXIN C., GRECO L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I., *Grundlagen De Aufbau der Verbrechenlehre*, München, 2020, § 3, p. 139 e ss.; JAKOBS G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., pp. 18 e 19; ID., *Sobre la teoría de la pena*, trad. spagn. di Cancio Meliá M., Bogotá, 1998, p. 162.

<sup>204</sup> RAGUES I VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, cit., p. 43 e ss.

<sup>205</sup> RAGUES I VALLÈS, *Il passaggio del tempo e la responsabilità penale*, cit., p. 216. Il riferimento è alle teorie di ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, cit., pp. 41 e ss., 163 e bibliografia *ivi* citata; ROBINSON P.H., DARLEY J.M., *Justice, Liability & Blame. Communi-*

funzione preventiva del diritto penale può trovare migliore attuazione, in quanto la scelta della misura e del tipo di sanzione da applicare ai delitti sia il più possibile conforme al senso di giustizia della collettività. L'effettività del sistema penale dipenderebbe, cioè, soprattutto dalla capacità dello stesso di essere avvertito come moralmente giusto dalla collettività.

In definitiva, l'efficacia preventiva del diritto penale nel suo complesso – intesa come capacità di reale influenza sulle dinamiche e sui comportamenti sociali a livello collettivo – sarebbe il frutto della “credibilità morale” del sistema penale. E tale credibilità aumenterebbe in concomitanza con l'accrescersi del livello di affidamento etico che i cittadini nutrono nei suoi confronti.

Per garantire la tenuta del diritto penale sotto questo profilo, occorre però che esso sia in grado di distribuire le responsabilità penali e le pene in modo conforme ad un modello di meritevolezza: è necessario punire soltanto coloro che lo meritano e sulla base delle regole percepite come giuste dalla società, mentre va protetto dalla sanzione chi non la merita. Infine, bisogna assicurare che colui che venga punito subisca un *quantum* di pena corrispondente alla misura effettivamente dovuta, in quanto giusta<sup>206</sup>.

La prescrizione si inserirebbe in tale prospettiva in quanto fattore che concorre a rafforzare la *credibilità morale* del sistema, assecondando quel senso comune di giustizia che fa avvertire il fatto di reato remoto nel tempo come non più meritevole di pena.

All'ovvia obiezione che la centralità attribuita alla percezione sociale del fatto rischia di appiattire le scelte del diritto su imponderabili valutazioni di tipo extragiuridico (è in fondo il “tempo emotivo” che decreta il passaggio di un accadimento dal presente alla storia), i sostenitori di tale tesi rispondono, affermando che le dinamiche del merito empirico, così fortemente connesse ai bisogni irrazionali di pena possano subire temperamenti di carattere normativo, soprattutto nell'ambito

---

*ty View and the Criminal Law*, Boulder, San Francisco, Oxford, 1995, pp. 5 e ss., 201 e ss.

<sup>206</sup> Si legga, ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal*, cit., pp. 46 e ss., 163 e ss., 197 e ss.; 211. Si legga anche, ROBINSON P.H., DARLEY J.M., *Justice, Liability & Blame*, cit., p. 202: «Finally, the perceived “justice” of the system also is crucial to gaining the cooperation and acquiescence of those persons involved in the process (such as offenders, potential offenders, witnesses, and jurors). Greatest cooperation will be elicited in that situation where the system has greatest moral credibility. A system that is perceived as unjust is in danger of being subverted and ignored».

specifico della prescrizione. Qui infatti, al venire meno delle esigenze sociali della punizione si affiancherebbero altresì ragioni di carattere ordinamentale tra le quali gioca un ruolo non indifferente il progressivo dissolversi cronologico dell'interesse dello Stato al perseguimento giudiziario del reato.

In questa chiave, troverebbero per esempio adeguata giustificazione le oggettive discrasie rinvenibili fra la durata del tempo realmente necessario ad innescare il mutamento dell'approccio sociale verso il fatto di reato e i più stretti termini di prescrizione, previsti dalla legge. Non vi è dubbio che il mutamento del punto di vista della società rispetto al significato del fatto di reato richieda tempi significativamente più lunghi di quelli stabiliti dalle norme a fini prescrizionali. Ciò accadrebbe perché nella determinazione di questi ultimi si terrebbe conto non solo di parametri di carattere empirico ma anche di ineludibili esigenze di carattere normativo. In particolare, a condizionare tale scelta sarebbero due ordini di fattori.

Da un lato, rileverebbe il "merito su base empirica" che sostanzia il senso del tempo dell'oblio e dall'altro lato, entrerebbero in campo le esigenze di economia processuale che invece spingono verso l'alleggerimento del carico di lavoro degli organi giudiziari responsabili dei procedimenti penali. Nel fissare l'intervallo temporale necessario a prescrivere, il legislatore soppeserebbe entrambe le istanze, individuando il limite temporale massimo del termine estintivo nel momento a partire dal quale il ricorso alla sanzione diviene inutile per la società e modulando poi i termini intermedi più brevi, in relazione alle istanze di celebrità e deflazione della macchina giudiziaria.

Naturalmente, per evitare che le valutazioni di carattere giuridico mettano in crisi la funzione di stabilizzazione e conversazione dell'ordine sociale spettante al sistema penale, occorre che la durata della prescrizione non indebolisca mai la tenuta complessiva del livello di protezione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale; a sua volta condizione essenziale per la credibilità morale dell'ordinamento penale.

### **12.1. Rilievi critici**

La tesi appena descritta si espone a non pochi rilievi critici.

Rispetto alla cornice teorica generale nella quale essa si iscrive, si può in primo luogo osservare come l'idea che si possa tracciare una così netta linea di demarcazione tra le funzioni della pena e quelle del diritto penale risulti sostanzialmente artificiosa.

Quando, nel tentativo di distinguere le une dalle altre, si afferma che lo scopo del sistema penale nel suo complesso sia quello di garantire il mantenimento dell'ordine sociale, si riconosce alle norme penali una funzione che è implicita nello stesso orizzonte della prevenzione generale, negativa e positiva e della prevenzione speciale. È infatti indubbio che le finalità della deterrenza e dell'orientamento delle condotte dei consociati mediante minaccia di pena si saldino con l'obiettivo di superare i conflitti e le fratture sociali generate dal reato. L'orientarsi del diritto penale verso la pacificazione dei rapporti tra individui rappresenta in effetti, al contempo, il fine ultimo del sistema e la condizione di legittimazione della sua stessa esistenza<sup>207</sup>.

A dispetto degli intendimenti dichiarati da chi ne è fautore poi, la proposta di individuare il fondamento della prescrizione nel venir meno della necessità di ripristinare l'ordine violato dal delitto non sembra nella sostanza allontanarsi molto dalle tesi che invece richiamano unicamente la funzione di prevenzione generale.

Entrambe le posizioni ritengono che il decorso del tempo faccia perdere alla sanzione penale quella capacità comunicativa che è essenziale per la riaffermazione dei valori tutelati dal precetto<sup>208</sup>. Il riferimento al

---

<sup>207</sup> La stessa concezione teorica da cui trae spunto l'approccio in commento sul fondamento della prescrizione – ossia, il retribuzionismo rivisitato in chiave empirica – si rivela un orientamento ibrido, nel quale il carattere retributivo della pena finisce con il poggiarsi su una giustificazione della pena stessa che è chiaramente di tipo “conseguenzialista”. La necessità della reazione penale in chiave retributiva viene infatti vista come condizione idonea a consentire al diritto penale di svolgere la sua funzione di stabilizzazione e di controllo sociale. Proprio con riferimento alle tesi di Robinson, segnalano tale “convergenza evolutiva” verso un superamento della dicotomia tra teorie retributive e teorie consequenzialiste, CANCIO MELIÀ M., ORTIZ DE URBINA GIMENO I., *Introducción*, in ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal*, cit., p. 24 e ss. Negli stessi termini, sul progressivo ravvicinamento tra le più recenti versioni del retribuzionismo e le tesi consequenzialiste, MITCHELL B., *Two Kinds of Retributivism*, in DUFF R.A., GREEN S. (cur), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 434 e ss.

<sup>208</sup> Nel panorama della dottrina spagnola, le posizioni di RAGUES I VALLÈS non sembrano nella sostanza differire da quelle di chi ritiene che la prescrizione tragga fondamento nella prevenzione generale. Il riferimento è alle tesi di GARCÍA PÉREZ O., *La punibilidad en el Derecho*, cit., p. 286 e ss. che segnala come il trascorrere del tempo farebbe venir meno la necessità della pena perché ripristinerebbe le condizioni di fiducia della collettività nei confronti della validità delle norme penali messe in discussione dal reato. Mette in risalto tale analogia, PASTOR ALCOY F., *Tratado de la prescripción penal*, cit., p. 118 e ss.

D'altronde, lo stesso modello retribuzionista su basi empiriche richiamato da RAGUES I VALLÈS piuttosto che proporre una teoria giustificazionista della pena, intende

contributo che la prescrizione offrirebbe al mantenimento o al rafforzamento della “credibilità morale” del sistema sarebbe il naturale riflesso di tale correlazione.

Sicché, a ben vedere, l’unico profilo di autentica novità dell’orientamento in questione rispetto ai precedenti sembra ravvisarsi nell’adesione al modello teorico del c.d. “*retribuzionismo empirico*”; cioè, a quell’impostazione che muovendo dal proposito di una messa a frutto degli studi empirici sull’effettività del diritto penale, ritiene che la riuscita degli obiettivi di coesione sociale che quest’ultimo si prefissa dipenda non dalla sua capacità di operare come strumento di compensazione psicologica collettiva del conflitto generato dal reato, ma dal suo saper conformare, assecondandoli, ai risultati delle ricerche extragiuridiche circa i fattori che ne influenzano la credibilità morale, dal punto vista della collettività.

A parte la fallacia metodologica di basare la giustificazione teorica della pena esclusivamente su valutazioni extragiuridiche di carattere empirico – sulla quale si tornerà a breve –, la tesi in questione in definitiva fallisce nel centrare lo scopo prefissato di svincolarsi del tutto dallo schema retributivo del “*malum passionis*”. Al pari delle altre teorie neo-retribuzioniste di stampo deontologico infatti, essa finisce con il subordinare la necessità della risposta sanzionatoria al fatto che il reato venga percepito come *qualcosa di immorale* dalla società nei confronti del quale la reazione dell’ordinamento penale appare “giusta” e credibile, agli occhi dei consociati. Nulla di diverso, dunque, dalla logica retribuzionista del castigato meritato, incentrata sulla corrispondenza tra la pena e la *blameworthiness* del reo.

La sola differenza riguarda il fatto che il *just desert* viene qui declinato in chiave empirica come espressione non tanto di un’idea trascendente di giustizia, quanto piuttosto dei concreti bisogni di giustizia della comunità<sup>209</sup>.

Tale versione delle teorie retributive presenta inoltre, come anticipato, il limite metodologico di voler travasare sul piano della teoria normativa, e in modo sostanzialmente acritico, i dati scientifici provenienti

---

fornire un criterio regolatore dei meccanismi applicativi della stessa. La meritevolezza empirica sarebbe, cioè, un principio per la corretta distribuzione della responsabilità penale e della pena che andrebbe tenuto ben distinto dalla finalità della pena. Quest’ultima consisterebbe infatti sempre nella deterrenza mediante intimidazione, si veda ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal*, cit., p. 115.

<sup>209</sup> ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal*, cit., pp. 194 e ss., 234, 273 e ss.

da altri ambiti del sapere. Che si tratti di un approccio destinato a incontrare ostacoli insormontabili, lo dimostra il fatto che esso non riesca comunque a rinunciare al richiamo di principi astratti e di istanze puramente valoriali che poco hanno in comune con l'esattezza dei riscontri empirici. Il "senso comune di giustizia", la credibilità morale del sistema, l'affidamento etico nelle sue funzioni sono con tutta evidenza concetti indeterminati il cui significato è difficilmente misurabile in concreto<sup>210</sup>.

Non a caso, gli stessi sostenitori del retribuzionismo su base empirica ammettono esplicitamente l'insufficienza dei riscontri disponibili in materia e la conseguente impossibilità di conoscere con certezza il grado di incidenza che il fattore della credibilità morale del diritto penale possiede rispetto alle scelte d'azione dei singoli<sup>211</sup>. Per questo, essi finiscono con l'accontentarsi del dato piuttosto scarno che l'efficacia deterrente del diritto penale sia *in una certa misura* condizionata dalla credibilità morale del sistema. Ciò viene ritenuto sufficiente a legittimare il ricorso al parametro di una meritevolezza empirica basata, per l'appunto, sul grado di affidamento della collettività nell'ordinamento penale tanto ai fini della commisurazione della pena, quanto a livello legislativo rispetto alle scelte di incriminazione.

Quanto al tentativo compiuto da Ragues I Vallès di collocare la *ratio* della prescrizione del reato nell'ambito di tale concezione della pena, non può che constatarsene l'intrinseca contraddittorietà.

In primo luogo, dal punto di vista teorico, l'accostamento proposto stride con il fatto che la dottrina del retribuzionismo di stampo empirico consideri il potere estintivo del tempo un'ingiustificata deviazione dal criterio dell'infedeltà applicazione di una pena conforme al senso comune di giustizia<sup>212</sup>. Tale orientamento subordina infatti la possibilità di derogare all'infedeltà della reazione penale al perseguimento di interessi sociali di particolare importanza e richiede che le eccezioni previste non comportino un eccessivo scostamento della misura di pena reputata giusta alla stregua del parametro della meritevolezza empirica; oppure, ove tale discrasia sia più significativa, che i benefici arrecati in

---

<sup>210</sup> Tra coloro che segnalano i limiti epistemologici del retribuzionismo empirico, TONRY M., *Obsolescence and Immanence in Penal Theory and Policy*, in *Columbia Law Review*, 2015, p. 1233 e ss.; DOLINKO D., *Three Mistakes of Retributivism*, cit., p. 1635.

<sup>211</sup> ROBINSON P.H., *Ibidem*, cit., p. 233 e ss.

<sup>212</sup> Si rinvia *retro* alla nt. 193.

termini di controllo della criminalità risultino in definitiva maggiori dei costi e sempre che non vi siano mezzi alternativi per ottenere il risultato perseguito dalla deroga.

In tale orizzonte concettuale, non vi sarebbe dunque spazio alcuno per una prescrizione *sostanziale* del reato. Le disposizioni che fissano limiti temporali alla dinamica punitiva servirebbero esclusivamente a proteggere il processo penale dalla dissoluzione del materiale probatorio, dovuta al potere erosivo del tempo.

Nondimeno, l'assetto dei moderni ordinamenti penali avrebbe reso incerta anche tale *ratio*. Con l'evoluzione dei mezzi di prova e di ricerca della prova il rischio di dispersione del corredo probatorio si è infatti talmente ridotto che nessun ostacolo di questo genere sembrerebbe oggi frapporsi alla celebrazione di un processo a distanza di molto tempo dalla commissione del fatto di reato. La disponibilità di una vasta gamma di strumenti tecnologici e la possibilità di compiere indagini di tipo genetico permetterebbero per esempio di ottenere prove conclusive e affidabili anche rispetto ad accadimenti particolarmente remoti nel tempo.

In tale mutato contesto, persino la prescrizione *processuale* perderebbe in sostanza la propria ragion d'essere e finirebbe con l'apparire come un elemento di disfunzionalità del sistema che ne indebolisce – invece di rafforzarla – la credibilità morale agli occhi dei consociati<sup>213</sup>.

Per tornare alle tesi di Ragues I Vallès da cui si è partiti, appare evidente come oltre che per le ragioni di carattere teorico appena esposte, esse sembrano traballare anche sul versante metodologico. Non è infatti chiaro quale sia il fondamento empirico posto alla base dell'idea che il passaggio del tempo dissolva la frattura sociale generata dal reato, facendo così venir meno la necessità *morale* della pena. L'assunto sembra invero rilevare su un piano puramente filosofico/morale. Più che di un dato di realtà scientificamente provato, si tratterebbe cioè di un'intuizione teorica pensata per assecondare le legittime ragioni del diritto. E ciò segnalerebbe una palese contraddizione rispetto alla premessa originaria di voler ancorare il fenomeno prescrizionale alla solidità dei riscontri empirici.

Lo stesso Autore è del resto costretto a riconoscere la difficoltà di implementare in ambito giuridico i dati di esperienza a supporto di tale

---

<sup>213</sup> In tal senso, ROBINSON P.H., *Principios distributivos de Derecho penal*, cit., p. 284 che ha peraltro ribadito tali affermazioni nell'intervista rilasciata al *The Washington Post: Justice Can Never Come Too Late*, il 3 maggio 2000.

presunzione e non può che arrendersi alla constatazione dell'oggettiva impossibilità di calibrare i termini giuridici della prescrizione dei reati sulle effettive scadenze temporali dell'oblio. Nella realtà naturalistica in effetti, il trascorrere di un accadimento dal tempo presente alla dimensione diacronica del passato e della storia può avvenire in modo molto graduale e può risultare condizionato da una serie di fattori imprevedibili. Tant'è che per ragioni davvero imperscrutabili, talvolta può persino accadere che il ricordo sociale di un delitto anche gravissimo svanisca molto rapidamente, ancor prima della memoria di reati di minor disvalore.

Nella scelta di un compasso temporale della prescrizione idoneo a garantire la "tenuta morale" del diritto penale pertanto, il legislatore è obbligato ad abbandonare la misura del ricordo e dell'oblio *naturalistici* per affidarsi a giudizi di tipo valutativo e presuntivo che nulla hanno a che fare con la certezza dei riscontri empirici.

Inoltre, anche ove fosse possibile perseguire uno schema di disciplina incentrato sulla perfetta corrispondenza fra le dinamiche della punizione nel tempo e la percezione sociale del significato del fatto di reato, si rischierebbe comunque di giungere ad esiti paradossali. Delitti di scarsa gravità, ma socialmente percepiti come "moralmente biasimevoli" potrebbero risultare meritevoli di un trattamento penale non soggetto alla tagliola della prescrizione; e viceversa, sarebbe plausibile prevedere termini di prescrizione anche brevissimi per reati di medio o elevato disvalore dei quali la collettività abbia però perso rapidamente coscienza.

Più in generale infine, non va sottovalutato un ultimo profilo di debolezza degli orientamenti in questione. La meritevolezza empirica da essi evocata come criterio-base del retribuzionismo è in fondo un parametro astratto che può adeguatamente funzionare soltanto in un modello ideale di società, ma che è difficilmente conciliabile con la complessità degli ordinamenti contemporanei ove il pluralismo delle idee e delle culture e la conflittualità interna rendono ostico e meno stabile il raggiungimento di un accordo sui valori da proteggere.

### 13. Conclusioni provvisorie e questioni ancora aperte

Le osservazioni sin qui formulate hanno consentito di pervenire ad una conclusione intermedia: le ragioni di natura sostanziale che stanno a fondamento dell'istituto della prescrizione si collegano alle funzioni della pena.

Il passaggio del tempo incide sulla “meritevolezza in concreto” di sanzione penale di un fatto di reato storicamente determinato. Per questo, la prescrizione rappresenta una sorta di “*cartina di tornasole*” che convalida *a posteriori* la funzione di deterrenza e di orientamento culturale della pena astrattamente minacciata, in rapporto al fatto concreto.

Dal punto di vista degli scopi del diritto penale, la sanzione tardiva viene considerata disfunzionale rispetto ai fini di prevenzione generale in quanto in contrasto con i parametri della *prontezza* e della *proporzionalità sanzionatoria* la conformità ai quali assicura che la reazione penale non sfoci in un’indebita sovraccenuazione punitiva. In tal senso ed entro una certa misura, come visto, si può pertanto affermare che la prescrizione partecipi anche dell’aspetto retributivo della sanzione criminale, ove questo venga inteso come vincolo di necessaria proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, interno alla stessa funzione di prevenzione generale. Il fattore cronologico rappresenterebbe, cioè, uno degli elementi su cui viene a basarsi la valutazione di adeguatezza (proporzionalità) in concreto della pena astrattamente minacciata rispetto al fatto storico.

Quanto al nesso con la prevenzione speciale, si è già avuto modo di precisare come esso appaia alquanto sfumato, o persino, inconsistente, sia rispetto al versante negativo della stessa, sia sotto il profilo della risocializzazione. Ciò troverebbe conferma nel fatto che la rinuncia alla punizione per decorso del tempo riguarda indistintamente tutti i tipi di reato (ad eccezione, ovviamente, di quelli imprescrittibili)<sup>214</sup>, prescinde dalla considerazione delle condizioni personali del colpevole e delle sue chances di risocializzazione e può intervenire anche prima dell’accertamento definitivo della responsabilità per il fatto; vale a dire, quando, essendo l’imputato presunto innocente, non sia ancora emersa una concreta esigenza di recupero sociale; e persino quando non vi sia ancora un presunto

---

<sup>214</sup> Proponendoci di ritornare sul tema più avanti, ci limitiamo ad evidenziare come l’imprescrittibilità stabilita per legge per i delitti gravissimi sia correlata al particolare valore dei beni giuridici protetti, come dimostra il fatto che siano imprescrittibili i crimini contro l’umanità e i delitti che costituiscono forme gravissime di offesa a beni giuridici di altissimo rilievo, come la vita. Sul punto, si rinvia a FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 894 ma anche alle più recenti osservazioni di GATTA G.L., *Prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici*, cit., p. 454 e ss. Considera l’imprescrittibilità di taluni delitti un’eccezione rispetto alla regola dell’ordinaria prescrittibilità anche BARTOLI R., *Con una finta la Consulta aggira il problema dell’irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021, p. 5.

responsabile<sup>215</sup>. Il passaggio del tempo influisce invero, in una qualche misura, sulla relazione di corrispondenza che deve sussistere tra il soggetto autore del fatto ed il soggetto punito. Ma di tale profilo specifico del rapporto fra tempo e punizione, la prescrizione del reato si fa carico in via secondaria o sussidiaria, essendo piuttosto la prescrizione della pena l'istituto penalistico fisiologicamente orientato a tale scopo.

Sin qui tuttavia, sono stati analizzati soprattutto i fondamenti teorici della prescrizione di tipo, per così dire, statale-ordinamentale. Nulla si è ancora detto né riguardo ai profili personalistici, né rispetto alle implicazioni processuali dell'istituto<sup>216</sup>. Così come, si è tralasciato di considerare se la funzione di razionalizzazione in chiave deflattiva e di *extrema ratio* del sistema penale rientri tra quelle fisiologiche del tempo estintivo; o se piuttosto, essa non costituisca il risultato di una vera e propria metamorfosi che ha nel tempo reso spuria l'identità della prescrizione<sup>217</sup>.

Non vi è dubbio che la previsione di un meccanismo di estinzione automatica dei reati per decorso del tempo si riveli in concreto molto

---

<sup>215</sup> A tal proposito vi è chi evidenzia come il termine "reato" nella definizione dell'istituto della prescrizione vada inteso non in senso sostanzialistico ma dal punto di vista processuale, come "ipotesi" di illecito soggetto a verifica, UBERTIS G., *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, cit., p. 1017 il quale riprende peraltro la distinzione tra reato in senso sostanziale e reato in senso processuale elaborata da PAGLIARO A., *Presupposti della connessione*, in *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, p. 17, ora in *Il diritto penale fra norma e società (Scritti 1956-2008)*, vol. III, cit., p. 808.

<sup>216</sup> In senso parzialmente difforme, BARTOLI R., *Il nuovo volto della prescrizione dalle concezioni stataliste alle concezioni garantiste*, cit., p. 65 e ss. collega al *versante sostanzialistico-garantista* tutte le ragioni di natura sostanziale a fondamento della prescrizione, riferibili tanto alla funzione general-preventiva della pena, quanto alla prevenzione speciale. Il *versante processualistico-statalista* porrebbe invece in primo piano l'intesse dello Stato ad attuare la pretesa punitiva attraverso l'attivazione e la conclusione del processo.

La distinzione da noi suggerita si incentra invece non sul parametro del diverso ambito di rilevanza – rispettivamente sostanziale o processuale – degli interessi in gioco, quanto sul loro carattere oggettivo-ordinamentale da un lato, o soggettivo-personalistico, dall'altro lato. Così, sarebbero annoverabili tra le istanze di natura statalistico-ordinamentale le ragioni che attengono alle funzioni della pena e alla punibilità in generale, mentre appartenerebbero alla sfera dei fondamenti personalistici, il complesso dei diritti e delle posizioni individuali che la prescrizione mira a garantire.

<sup>217</sup> In tal senso, PULITANÒ D., *Selezione punitiva fra diritto e processo*, cit., p. 231; GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1497; BIANCHI D., *Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, p. 91.

utile tanto sul versante dello sfoltimento dell'enorme carico di procedimenti penali pendenti, quanto per il contenimento degli eccessi di criminalizzazione dovuti all'ipertrofia penalistica<sup>218</sup>.

Ebbene, si può sin d'ora osservare come, dal punto di vista del suo funzionamento in astratto, la cesura del tempo tra reato e sanzione realizza una deflazione penale di *tipo selettivo*, teleologicamente orientata a travolgere soprattutto gli illeciti di minore gravità la cui memoria sociale tende ad esaurirsi più velocemente rispetto a quella dei fatti di maggior disvalore sociale. In condizioni di operatività fisiologica del sistema, la prescrizione funge cioè, in una certa misura, da strumento idoneo ad attuare una legittima prospettiva di *sussidiarietà interna* al sistema<sup>219</sup>. La riduzione del sovraccarico dei procedimenti penali e il conseguente contenimento della popolazione carceraria, cioè, la c.d. *deflazione processuale* rappresentano invece soltanto effetti secondari del regime estintivo il cui fine primario rimane quello di assicurare una degradazione della risposta penale per ragioni sostanziali.

Il tempo dell'oblio riguarda infatti indifferentemente tanto i reati sanzionati con pena detentiva, quanto gli illeciti puniti con sola pena pecuniaria e prescinde del tutto dal tipo di *rito* processuale utilizzato per l'accertamento giudiziale del fatto; mentre non vi è dubbio che di tali profili il regime della prescrizione dovrebbe necessariamente farsi carico ove tra le sue funzioni vi fosse anche il contenimento del sovrappollamento degli istituti penitenziari o l'abbattimento del numero dei processi.

Nondimeno, è altrettanto evidente come a causa di una strutturale inefficienza della giustizia penale, la prescrizione abbia nella prassi progressivamente mutato pelle, divenendo anche un rimedio efficace contro l'eccessiva durata dei processi<sup>220</sup>. Ciò ha fatto sì che sul versante

---

<sup>218</sup> Sul tema, *ex plurimis*, CAVALIERE A., *L'obbligatorietà dell'azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in MOCCIA S. (cur.), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, Napoli, 2002, p. 372; GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, cit., p. 1495 e ss.; SILVANI S., *Il giudizio del tempo*, cit., p. 130 e ss.; DOMINIONI O., *Interesse alla prescrizione penale irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, 2010, p. 324 e ss.; MARINELLI C., *Ragionevole durata e prescrizione del reato*, Torino, 2016, p. 112.

<sup>219</sup> Si tratta di una modalità deflattiva molto vicina al fenomeno della c.d. *depenalizzazione di fatto* dei reati minori. Sulle molteplici forme della depenalizzazione di fatto, per tutti, GIUNTA F., *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 195.

<sup>220</sup> GIUNTA F., *op. ult. cit.*, p. 233; UBERTIS G., *Prescrizione del reato e prescrizione*

della riflessione teorica, essa venisse gradualmente attratta alla sfera del diritto processuale. Mentre al contempo emergeva un problema di tenuta complessiva del sistema penale generato dall'estinzione massiva per prescrizione sia dei reati che dei procedimenti penali<sup>221</sup>.

---

dell'azione penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1022; AMBROSETTI E.M., *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 369 segnala come punti di svolta dell'irrompere del tema della prescrizione sulla scena del dibattito penalistico essenzialmente due momenti: 1) l'estinzione per prescrizione alla fine degli anni Novanta di numerosi processi dell'inchiesta "Mani pulite"; e 2) l'approvazione della legge c.d. "ex-Cirielli" 5 dicembre 2005, n. 251 che aveva modificato il criterio di computo dei termini di prescrizione. Il primo momento ha riportato alla ribalta della cronaca il problema della tagliola del tempo rispetto ad una macchina giudiziaria particolarmente lenta. Con la riforma del 2005 invece, è emersa in modo pressante l'urgenza di controbilanciare l'indebolimento delle istanze di tutela penale innescato dalla previsione di termini estintivi particolarmente brevi e sostanzialmente inadeguati a garantire lo svolgimento dei processi. Sul fatto che l'assetto ordinamentale abbia trasformato la prescrizione del reato in un vero e proprio succedaneo dell'amnistia GIUNTA F., *La prescrizione deflattiva. Una rivisitazione*, in *disCrimen*, 26 settembre 2022, p. 4.

<sup>221</sup> Fenomeno evidenziato dalla maggior parte dei più recenti contributi sul tema e che spiega la ragione dell'avversione maturata da gran parte della dottrina penalistica e processualistica nei confronti dell'istituto della prescrizione; *ex plurimis*, GREVI V., *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in LANFRANCHI L. (cur.), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 279; MARINUCCI G., *Bomba ad orologeria*, cit.; FASSONE E., *La prescrizione del reato. Interventi possibili*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 227; CANZIO G., *Riforma della prescrizione e filtri di ammissibilità per gli appelli: due obiettivi prioritari per garantire efficienza e giustizia al processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 31 gennaio 2012; GROSSO C.F., *Inevitabili amnistia ed indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, p. 207; PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, p. 29; ID., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, cit., p. 73 e ss.; VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, p. 19 e ss.; MACCHIA A., *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 9 e ss.; CAIAINELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2017, pp. 975 e 976; GATTA G.L., *Prescrizione bloccata dopo il primo grado una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2018; ID., *Una riforma dirompente. Stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019; ID., *Prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 450; GATTA G.L., GIOSTRA G., *Sul dibattito in tema di prescrizione e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2020.

