

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Prescrizione - Delitti puniti con l'ergastolo

La decisione

Estinzione del reato - Omicidio aggravato - Pena - Ergastolo - Disciplina anteriore alla l. 5 dicembre 2005, n. 251 - Prescrizione - Condizioni (c.p. artt. 157, 575, 576, 577).

La disciplina della prescrizione anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 è più favorevole di quella sopravvenuta nel caso di omicidio pluriaggravato punito con l'ergastolo, in quanto in base ad essa, nel caso di concessione di attenuanti prevalenti o anche equivalenti, risulta irrogabile solo una pena temporanea, per modo che il reato è soggetto a prescrizione, diversamente da quanto previsto dall'attuale art. 157, co. 8, c.p.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 9 ottobre 2014 (ud. 24 marzo 2014) - CORTESE, *Presidente* - ZAMPETTI, *Relatore* - FRATICELLI, *P.M.* (diff.) - Anselmo e altri, ricorrenti.

Il commento

La prescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo secondo la disciplina previgente: un contrasto risolto?

1. La sentenza in esame, pronunciata nei confronti di vari imputati chiamati a rispondere di una nutrita serie di omicidi aggravati, commessi tra la fine degli anni '70 e i primi degli anni '90 e maturati all'interno di conflitti e regolamenti di conti tra cosche malavitose, ha affermato che, trattandosi di delitti commessi prima dell'entrata in vigore della l. 5 dicembre 2005, n. 251, ai fini della prescrizione si sarebbe dovuto far riferimento alla disciplina in concreto più favorevole.

In tale ottica, posto che per i delitti oggetto di giudizio era prevista in astratto la pena dell'ergastolo, in conseguenza della contestazione di varie aggravanti, si è rilevato che mentre l'art. 157, co. 8, c.p., oggi vigente, come riformulato dalla legge n. 251 del 2005, esclude espressamente che i delitti puniti con l'ergastolo, anche quale effetto di aggravanti, siano soggetti a prescrizione, l'art. 157 c.p. nella sua formulazione originaria contemplava una disciplina in forza della quale erano soggetti a prescrizione solo i reati puniti con pena temporanea, peraltro computata alla stregua dell'aumento massimo riveniente dalle aggravanti e della diminuzione minima riveniente dalle attenuanti, dovendosi, in caso di concorso di attenuanti e aggravanti, procedere alla compa-

razione ai sensi dell'art. 69 c.p.: in tal modo, nel caso di riconoscimento di attenuanti, seppur solo equivalenti, non si sarebbe più potuto parlare di delitti puniti in astratto con la pena dell'ergastolo, discendendone invece la previsione di una pena temporanea, come tale soggetta a prescrizione.

Di qui la conclusione che sarebbe dovuta considerarsi più favorevole la disciplina previgente e il conseguente annullamento senza rinvio per estinzione del reato di molti delitti di omicidio aggravato per i quali era stata in sede di merito pronunciata condanna, sul presupposto dell'avvenuta maturazione in alcuni casi del termine di prescrizione ordinario di quindici o di venti anni, prima di qualsivoglia atto interruttivo (con annullamento *in parte qua* anche delle statuizioni civili), e in altri casi del termine di prescrizione massima, pari ad anni ventidue e mesi sei o ad anni trenta, a seguito di atti interruttivi intervenuti *in itinere*.

La sentenza ha richiamato quale precedente conforme altra pronuncia della Suprema Corte di cassazione¹, peraltro non considerando il principio opposto espresso da altra sentenza della prima sezione della Suprema Corte (in composizione del tutto diversa) di poco successiva a quella richiamata².

Emerge in tal modo un non risolto contrasto meritevole di approfondimento, onde verificarne le ragioni e i possibili sviluppi.

2. In primo luogo deve osservarsi come le premesse del ragionamento della sentenza in commento, in ordine alla necessità di individuare il regime più favorevole, trovino riscontro da un lato nel rilievo sostanziale e non processuale dell'istituto della prescrizione³ e dall'altro nell'analisi della disciplina transitoria dettata dall'art. 10 legge n. 251 del 2005.

A quest'ultimo riguardo va osservato che l'art. 10, co. 2, stabilisce che «ferme restando le disposizioni dell'art. 2 c.p., quanto alle altre norme della presente legge, le disposizioni dell'art. 6 non si applicano ai procedimenti e ai processi

¹ Cass., Sez. I, 17 gennaio 2013, O.R., in *Mass. Uff.*, n. 254407, e in *Cass. pen.*, 2013, 3529.

² Cass., Sez. I, 7 febbraio 2013, Stasi, in *Mass. Uff.*, n. 254408, e in *Cass. pen.* 2013, 3529.

³ Si richiama al riguardo la dottrina tradizionale: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, 533; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1994, 708; MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 680; PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 78; PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, 659. Per il superato inquadramento dell'istituto in chiave processuale, CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 211. Pur accreditando la natura sostanziale dell'istituto e tuttavia prescindendo dalla natura sostanziale o processuale che i diversi ordinamenti nazionali gli riconoscono, Corte cost., n. 236 del 2011, in *Giust. pen.*, 2011, 243, esclude che tale istituto rientri nella sfera di operatività dell'art. 7 CEDU ai fini della c.d. retroattività *in mitior*. Si rinvia anche al lavoro di VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penacontemporaneo.it.

in corso se i nuovi termini di prescrizione risultano più lunghi di quelli previgenti». L'art. 10, co. 3 stabilisce inoltre che «se per effetto delle nuove disposizioni i termini di prescrizione risultano più brevi gli stessi si applicano ai procedimenti e processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, ad esclusione [dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento nonché]⁴ dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione».

In pratica tale disciplina transitoria si basa sulla individuazione del regime in concreto più favorevole in tema di prescrizione, che è senz'altro applicabile se si tratta di quello previgente e che risulta invece applicabile solo alla condizione che il processo non pendesse già in appello, se si tratta di quello introdotto dalla stessa legge n. 251 del 2005⁵.

Ma quanto allo sviluppo del ragionamento che ha condotto la Suprema Corte a ritenere che la disciplina previgente fosse più favorevole e che dunque il delitto di omicidio aggravato potesse dirsi soggetto in concreto a prescrizione, si tratta di esaminare in dettaglio quella previgente disciplina, anche alla luce dei referenti giurisprudenziali.

3. La rubrica dell'art. 157 c.p. contiene l'indicazione «Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere».

Prima della riforma introdotta dalla legge n. 251 del 2005 la norma stabiliva una serie di scaglioni di pena temporanea, cui correlava un termine di prescrizione, diverso dunque per delitti puniti con pena non inferiore a ventiquattro anni, a dieci anni, a cinque anni e così via.

Il secondo comma stabiliva che per determinare il tempo necessario a prescrivere si sarebbe dovuto aver riguardo all'aumento massimo per le aggravanti e alla diminuzione minima per le attenuanti, dovendosi applicare l'art. 69 in caso di concorso tra aggravanti e attenuanti.

⁴ L'inciso deve intendersi espunto a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale da parte di Corte cost., n. 393 del 2006, in *Foro it.*, 2007, 1.

⁵ Tale assetto è stato ritenuto immune da vizi di costituzionalità da Corte cost., n. 236 del 2011, citata alla nota n. 3, con riguardo alla non automatica operatività della retroattività della disciplina più favorevole sopravvenuta rispetto alle previsioni di cui all'art. 7 CEDU. Con riguardo poi alla nozione di pendenza del processo in grado di appello, costituente il discrimine per l'applicazione o meno della disciplina più favorevole sopravvenuta, Cass., Sez. un., 29 ottobre 2009, D'Amato, in *Cass. pen.*, 2010, 1744, con nota di MAZZOTTA, *Per le Sezioni unite il processo pende in grado di appello sin dalla lettura della sentenza di condanna: un assunto meritevole di ripensamento*, ha stabilito che tale condizione ricorre fin dal momento della sentenza di primo grado, cioè prima dell'effettiva presentazione di un atto di appello e della fissazione del relativo giudizio; analogo principio è stato ribadito per il caso in cui in primo grado sia stata pronunciata sentenza di proscioglimento, da Id., Sez. un., 24 novembre 2011, Rancan, in *Riv. pen.*, 2012, 870.

D'altro canto il richiamato art. 69 c.p. era a sua volta significativamente mutato per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220, in forza del quale nel quarto comma era stata introdotta la possibilità di comparazione estesa anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato, possibilità che era in precedenza esclusa con conseguente necessità di calcolare la pena ai sensi dell'art. 63 c.p. La complessiva disciplina peraltro implicava l'assoggettamento a prescrizione dei reati per i quali fosse prevista una pena temporanea, con conseguente imprescrittibilità, *a contrario*, dei reati per i quali fosse prevista (la pena di morte o) la pena dell'ergastolo.

Il principio era invero agevolmente desumibile ed era stato espresso a chiare lettere nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale.⁶

D'altro canto la dottrina e la giurisprudenza avevano posto in luce in modo inequivoco che la previsione della pena dell'ergastolo comportava l'imprescrittibilità del reato⁷.

Ma non sarebbe potuto dirsi altrettanto inequivoco il valore da attribuire alla riconosciuta rilevanza in sede di computo della pena alle aggravanti e soprattutto alle attenuanti, nonché al giudizio di comparazione.

Ed è proprio su tale terreno che si registra il contrasto che si va analizzando.

Una prima pronuncia assai rilevante, anche se alla resa dei conti tutt'altro che decisiva, è quella pronunciata dal Tribunale militare di Roma nel famoso processo a carico di Priebe ed Hass, accusati dell'eccidio delle Fosse Ardeatine e chiamati a rispondere del reato di cui agli artt. 13 e 185, co. 1 e 2, c.p.m.g.⁸.

La travagliatissima vicenda processuale era una prima volta approdata alla ve-

⁶ Fondandosi l'istituto della prescrizione sull'assunto che a distanza di tempo si sia perduta qualsiasi memoria del fatto e che l'allarme sociale da esso suscitato sia scomparso, era stato rilevato che «una così radicale e profonda modificazione di cose non si verifica per i reati atroci e gravissimi, che lasciano nella memoria degli uomini un'orma e un ricordo tanto pauroso da non eliminare mai completamente l'allarme sociale» (così *Relazione*, I, 206). Nella relazione al Re si era ribadito (n. 79) che «data la gravità eccezionale di simili delitti, è da ritenersi che l'impressione da essi destata nella popolazione non venga mai meno completamente con il decorso del tempo; che sia utile ai fini della prevenzione il sapere che tali reati non si estinguono mai e che torni vantaggiosa in ogni tempo come esempio e come rassicurazione la condanna». Si rinvia sul punto a MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 546.

⁷ Così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 546; MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., 685; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 709; PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., 80; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, 741. Nel senso dell'imprescrittibilità dei delitti puniti con l'ergastolo, Cass., Sez. III, 16 dicembre 1966, Sciolpi, in *Mass. Uff.*, n. 103617; Id., Sez. V, 26 febbraio 1969, Brogi, *ivi*, n. 111302; Id., Sez. I, 22 ottobre 2009, Pariente, *ivi*, n. 245080.

⁸ Trib. Mil. Roma, 22 luglio 1997, Priebe ed Hass, in *Cass. pen.*, 1998, 668.

rifica dibattimentale e alla sentenza con la quale il Tribunale militare, riconoscendo agli imputati delle attenuanti, aveva rilevato che il grave reato ascritto, punito astrattamente con l'ergastolo, sarebbe dovuto dichiararsi estinto per prescrizione⁹.

Ma tale sentenza era stata poi annullata in conseguenza dell'accoglimento di un'istanza di ricusazione presentata contro il presidente del Collegio¹⁰.

All'esito del nuovo giudizio il Tribunale militare di Roma aveva sì concesso agli imputati delle attenuanti ma aveva nondimeno escluso che il reato potesse dirsi estinto per prescrizione.

A tal fine il Tribunale aveva valorizzato nell'esegesi dell'art. 157 c.p. l'enucleazione di due profili, il primo riguardante l'individuazione dei reati soggetti a prescrizione e il secondo concernente la durata e le modalità di computo del periodo di tempo necessario per il verificarsi della causa di estinzione.

Aveva inoltre rilevato che tra i reati puniti con l'ergastolo, *a contrario* esclusi dalla sfera di operatività della prescrizione, sarebbero dovuti includersi non solo quelli direttamente puniti con tale pena ma anche quelli per i quali la pena sarebbe potuta discendere dal riconoscimento di aggravanti.

Il Tribunale innanzi tutto aveva sottolineato che il primo comma dell'art. 157 c.p. facendo fra l'altro riferimento a reati puniti con pena non inferiore a ventiquattro anni postulava il riferimento anche alle aggravanti, visto che non erano originariamente contemplati reati con pena edittale temporanea superiore ad anni ventiquattro. Muovendo poi dal presupposto che l'art. 23 c.p.m.g., in tema di ultrattività della disciplina vigente all'epoca del fatto, implicasse altresì l'applicabilità dell'art. 69 c.p. nella sua formulazione anteriore alle modifiche introdotte nel 1974, aveva rilevato che, attribuendo rilievo alle concesse attenuanti, si sarebbe giunti al paradossale risultato di ritenere che in presenza di due attenuanti il termine di prescrizione per un reato aggravato ai sensi dell'art. 577, co. 2, c.p., punito con pena massima di anni trenta, fosse superiore a quello previsto per un reato aggravato ai sensi dell'art. 577, co. 1, c.p., punito con l'ergastolo.

Sarebbe dovuta dunque ravvisarsi nella previsione dell'ergastolo una causa di esclusione del delitto contestato dalla sfera di operatività della prescrizione.

Il Tribunale aveva peraltro valorizzato *ad abundantiam* anche ulteriori argomenti.

Premesso che i crimini ascritti agli imputati sarebbero dovuti qualificarsi come crimini di guerra e contro l'umanità, attraverso l'art. 10 Cost. sarebbero

⁹ Trib. Mil. Roma, 1° agosto 1996, inedita.

¹⁰ Cass., Sez. I, 15 ottobre 1996, Priebke, in *Foro it.*, 1997, II, 5.

dovuti infatti considerarsi recepiti nell'ordinamento interno principi consolidati nella comunità internazionale, a cominciare da quanto desumibile dalla Convenzione adottata dall'Assemblea O.N.U. in data 26 novembre 1968 in tema di crimini di guerra e contro l'umanità, per i quali era stato affermato il principio dell'imprescrittibilità e della loro applicazione universale.

Analoghi principi erano stati desunti dalla Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 in tema di protezione delle persone civili in tempo di guerra.

Il consolidarsi di tali principi in epoca anteriore al possibile maturare della prescrizione secondo l'ordinamento interno avrebbe dovuto convincere dell'inoperatività della stessa nel caso di specie, peraltro esclusa già sulla base dell'esegesi dell'art. 157 c.p.

Tali affermazioni erano state peraltro rese ininfluenti dal fatto che in sede di appello la Corte di appello militare di Roma aveva escluso le attenuanti, irrogando agli imputati l'ergastolo, così da eliminare qualsiasi dubbio circa l'imprescrittibilità del reato.

La sentenza di appello aveva poi trovato l'avallo della Suprema Corte di Cassazione, divenendo irrevocabile¹¹.

Ma il dibattito era proseguito così da indurre la dottrina ad interrogarsi sull'ambito della imprescrittibilità, in quanto desumibile o meno, se del caso, solo da principi di valore internazionale in tema di crimini contro l'umanità¹².

A prescindere da tale più ampio sfondo l'esegesi dell'art. 157 c.p. aveva in prosieguo condotto la Suprema Corte ad affermare che la disciplina dettata dall'art. 157, co. 8, c.p., introdotto dalla legge n. 251 del 2005, in forza del quale la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, non aveva introdotto alcuna immutazione di disciplina, dovendosi invece sul punto ravvisare un *continuum*, tale per cui sarebbero dovuti considerarsi in pari misura imprescrittibili delitti puniti con l'ergastolo, anche per effetto di aggravanti, commessi prima della vigenza della legge n. 251 del 2005¹³.

In tale quadro si collocano le due sentenze del 2013, tra loro in contrasto, che costituiscono il più ravvicinato referente di quella in commento.

Nella sentenza "O.R." del 17 gennaio 2013¹⁴ era venuto in rilievo un omicidio aggravato commesso da un minorenne, in relazione al quale la Corte di ap-

¹¹ Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, Priebke ed Hass, in *Foro it.*, 1999, II, 273.

¹² RIONDATO, *Fosse Ardeatine: solo l'ergastolo rende imprescrittibili i crimini di guerra?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 603; STARITA, *La questione della prescrivibilità dei crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. intern.*, 1998, 86.

¹³ Così Cass., Sez. I, 22 ottobre 2009, Pariente, cit.

¹⁴ Citata alla nota 1

pello aveva già dichiarato l'estinzione del reato, osservando che per effetto della sentenza n. 168 del 1994 della Corte costituzionale¹⁵ sarebbe dovuta escludersi l'applicabilità dell'ergastolo con ogni conseguenza in ordine al maturare della prescrizione.

La Suprema Corte nel riconoscere che era effettivamente maturata la prescrizione, a fronte di delitto aggravato, in astratto punito con l'ergastolo, aveva osservato che la rilevanza della sentenza della Corte costituzionale sarebbe potuta cogliersi sul piano del trattamento sanzionatorio ma non anche su quello della prescrittibilità, non risultando affatto implausibile l'assunto che in base al novellato art. 157 c.p. risulti imprescrittibile il delitto punito con ergastolo anche se commesso da minorenni¹⁶.

Peraltro aveva rilevato come più favorevole il regime previgente in forza del quale sarebbe potuto darsi rilievo all'applicazione delle attenuanti e determinarsi una pena non corrispondente a quella dell'ergastolo, da includersi dunque nei vari scaglioni di pena temporanea contemplati dal primo comma dell'art. 157.

Per contro la sentenza "Stasi" del 7 febbraio 2013¹⁷, in un caso in cui all'imputato, riconosciuto colpevole del delitto di omicidio aggravato, erano state riconosciute le attenuanti generiche equivalenti, con condanna alla pena di anni sedici, aveva escluso che il reato potesse considerarsi soggetto a prescrizione, dovendosi ritenere al riguardo che la nuova disciplina dettata dal novellato art. 157 c.p. non avesse sul punto introdotto alcuna modifica, avendo invece ribadito il principio dell'imprescrittibilità, al fine di eliminare dubbi interpretativi sulla rilevanza della astratta punibilità con l'ergastolo ovvero

¹⁵ In *Foro it.*, 1994, I, 2045: la sentenza ha dichiarato illegittimi per violazione degli artt. 27, co. 3 e 31, co. 2, Cost. gli artt. 17 e 22 c.p., nella parte in cui non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo al minore imputabile; ha dichiarato inoltre illegittimi in applicazione dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87, l'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede che nei confronti del minore imputabile sia applicabile la disposizione del co. 1 in caso di concorso tra la circostanza dell'art. 98 c.p. e una o più circostanze aggravanti che comportano la pena dell'ergastolo e nella parte in cui prevede che nei confronti del minore imputabile siano applicabili le disposizioni dei co. 1 e 3 del citato art. 69 in caso di concorso tra la circostanza attenuante di cui all'art. 98 c.p. e una o più circostanze aggravanti che accedono ad un reato per il quale è prevista la pena dell'ergastolo; ha dichiarato infine illegittimo l'art. 73, co. 2, c.p. nella parte in cui in caso di concorso di più delitti commessi da minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, prevede la pena dell'ergastolo.

¹⁶ La Suprema Corte aveva fra l'altro invocato a conferma l'orientamento formatosi con riguardo all'ammissibilità del giudizio abbreviato, allorché nel caso di reato punito con l'ergastolo commesso da minorenni, era stata affermata l'irrilevanza dell'attenuante di cui all'art. 98 c.p., a fronte della necessità di far riferimento, ai fini della previsione della pena dell'ergastolo, solo ai criteri dettati dall'art. 4 c.p.: così Cass., Sez. I, 12 maggio 1992, Cipriano, in *Mass. Uff.*, n. 190576.

¹⁷ Citata alla nota 2

dell'applicazione effettiva delle aggravanti tali da comportare siffatta pena¹⁸.

Aveva aggiunto la Suprema Corte che l'assenza di modifiche nel passaggio da una normativa all'altra sarebbe potuta cogliersi sul versante della rilevanza non della pena astrattamente comminabile ma della fattispecie ritenuta dal giudice della cognizione, indipendentemente dall'applicazione specifica della regola generale portata dall'art. 69 c.p., «peraltro esplicitamente dichiarata inapplicabile dal terzo comma dell'art. 157 c.p.».

In tale quadro si rileva come la pronuncia in commento abbia ribadito i principi espressi dalla sentenza "O.R." del 2013, segnalando la soluzione di continuità *in subiecta materia* tra la disciplina previgente e quella attuale, dando specifico rilievo alla concessione delle attenuanti e al giudizio di comparazione.

4. Approfondendo l'analisi, con riguardo alla sentenza del Tribunale militare di Roma – al di là del riferimento al diritto umanitario, peraltro difficilmente utilizzabile nel caso sottoposto allora a giudizio, venendo in considerazione un istituto di carattere sostanziale, con conseguente irretroattività di una disciplina deteriore, fermo restando che alla disciplina convenzionale si riconosce oggi rilievo ai sensi dell'art. 117 Cost., mentre ai sensi dell'art. 10 Cost. vengono in considerazione solo le norme consuetudinarie consolidatamente applicate e riconosciute¹⁹ – si osserva che la stessa sentenza della Corte di cassazione pronunciata sul caso Priebke aveva poi disconosciuto la validità dell'assunto dell'ultrattività dell'art. 69 c.p. nella sua originaria formulazione.

Di qui la possibilità del giudizio di comparazione e il travolgimento di una parte del ragionamento.

La parte più rilevante dell'analisi era però ravvisabile nell'assunto dell'individuazione all'interno dell'art. 157 c.p. di due profili diversi, il primo riguardante i reati soggetti a prescrizione e il secondo concernente il computo del tempo occorrente.

A ben guardare si tratta di un assunto che è stato poi implicitamente ribadito anche dalla sentenza "Stasi" del 2013, nel momento in cui ha affermato la totale continuità di disciplina.

Peraltro la citata sentenza della Suprema Corte suscita perplessità allorché nel ribadire il giudizio di sostanziale continuità normativa, ha conferito rilievo alla fattispecie ritenuta dal giudice a prescindere dalla regola dettata dall'art. 69 c.p. che si è asserito essere espressamente inapplicabile.

¹⁸ L'osservazione era tratta da Cass., Sez. I, 22 ottobre 2009, Pariente, cit.

¹⁹ Sembra perfino inutile rievocare le sentenze gemelle della Corte cost. n. 348 e n. 349 del 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 39.

In realtà l'inapplicabilità dell'art. 69 c.p. è sancita dall'art. 157 c.p. nella sua nuova formulazione, in precedenza vigendo la regola opposta.

Senonché, ai fini dell'individuazione del regime applicabile ad un istituto di carattere sostanziale non può scindersi la disciplina nelle singole norme dalle quali essa discende, dovendosi fare luogo all'applicazione complessiva di quella originaria o di quella sopravvenuta.

Non è dunque vero che nel momento in cui si applica l'istituto della prescrizione ad un delitto commesso prima dell'8 dicembre 2005, data di entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, possa attribuirsi automaticamente rilievo all'esclusione dell'applicabilità dell'art. 69 c.p., discendendo il giudizio sulla continuità o meno della normativa vigente dalla considerazione di tutte le regole all'uopo dettate.

Il problema torna dunque ad essere quello della validità o meno dell'assunto di partenza del Tribunale militare di Roma, solo implicitamente recepito dalla sentenza "Stasi" del 2013, in ordine alla prevalenza della previsione dei reati soggetti a prescrizione, rispetto alla quale sarebbe succedaneo il regime dettato per il computo in concreto della pena da assumere a base per il termine di prescrizione.

È proprio tale principio ad essere, a ben guardare, contrastato invece dalla sentenza "O.R." del 2013, peraltro in un caso peculiare.

In realtà, nel caso dell'imputato minorenni, appare arduo affermare che la rilevanza della sentenza n. 168 del 1994, possa cogliersi solo sul versante del trattamento sanzionatorio.

Tale sentenza ha infatti escluso in radice l'applicabilità dell'ergastolo nei confronti dei minori, cosicché deve escludersi che nell'ordinamento vigente possano ravvisarsi reati che nel caso del minorenni siano anche in astratto puniti con la pena dell'ergastolo.

Del resto detta sentenza ha appositamente ripristinato con riguardo alla diminuzione di cui all'art. 98 c.p., che attiene alla persona del colpevole, l'esclusione dal giudizio di comparazione, nel caso di delitti puniti con l'ergastolo, con la conseguenza che la relativa diminuzione opera in ogni caso non potendo essere paralizzata da circostanze aggravanti e dalla loro eventuale equivalenza o prevalenza²⁰.

Sul versante dell'art. 157 c.p., non sembra dubbio che rispetto al regime previgente, la pronuncia additiva valesse ad escludere sia in astratto che in concreto la possibilità che il reato fosse punito con l'ergastolo.

Rispetto poi al regime attualmente vigente, se è vero che non è attribuito rilievo

²⁰ Si richiama la nota 14.

vo alle attenuanti e che per i reati puniti con l'ergastolo, sia pur in conseguenza di aggravanti, vige espressamente la regola dell'imprescrittibilità, nondimeno sembra impossibile disattendere il divieto di applicazione dell'ergastolo, che proprio per il fatto di costituire oggetto di pronuncia di carattere generale riguardante il tipo di pena, rispetto a quella conseguenziale adottata dalla Corte costituzionale con riguardo all'art. 69 c.p., finisce per operare sul piano astratto, così da impedire che possa parlarsi nei confronti dei minori di reati punibili con pena tale da determinare l'imprescrittibilità.

Fra l'altro tale conclusione sarebbe in linea con l'esigenza, da molte parti avvertita, di correlare la prescrizione non solo alla memoria del fatto in un'ottica retributiva e di prevenzione generale, ma anche alla personalità del reo, che nel caso del minorenne di certo non può più dirsi la stessa a distanza di molti anni dal fatto²¹.

La sentenza "O.R." del 2013 costituisce dunque espressione di un caso peculiare, risolvibile in senso conforme anche sulla base di una *ratio decidendi* diversa.

Solo la sentenza in commento, a ben guardare, finisce per affermare in modo realmente svincolato da peculiarità del caso concreto un principio generale, incentrato sulla prescrittibilità nel regime previgente dei reati puniti con la pena dell'ergastolo allorché vengano concesse attenuanti che in forza del giudizio di comparazione rendano applicabile una pena temporanea.

Si tratta di principio che all'evidenza collide con quello che vorrebbe esplicitamente o implicitamente trarre spunto, per un'affermazione di segno opposto, dalla distinzione all'interno dell'art. 157 c.p. di due profili, uno dei quali autonomamente afferente all'individuazione dei reati soggetti a prescrizione.

5. Orbene, non sembra dubbio che nell'impianto originario del codice fosse dato massimo rilievo alla pena in astratto e alla circostanza che il reato fosse punito con l'ergastolo.

In tal senso l'osservazione del Tribunale militare di Roma (valida almeno fino al 1974) in ordine all'aporia discendente dall'applicazione di un diverso termine di prescrizione a seconda dell'applicazione di due attenuanti all'ipotesi di cui all'art. 577, co. 1, ovvero a quella di cui all'art. 577, co. 2, c.p. concorre a delineare il quadro di riferimento.

²¹ In genere la *ratio* dell'istituto è ravvisata in una prospettiva di tipo general-preventivo e in senso più lato retributivo: MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., 684; PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., 80; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, 792; ma nel senso che debba aversi riguardo ad un'ottica di tipo special-preventivo, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 741; PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., 80, sottolinea come la verifica della prescrizione si fondi su dati obiettivi, non essendo prevista alcuna indagine concernente la persona dell'imputato.

Ma in realtà l'assunto che siano ravvisabili all'interno della norma due autonomi profili sembra piuttosto il risultato di una petizione di principio.

Infatti la previsione dei reati per i quali opera la prescrizione, basata sul fatto che per essi sia applicabile una pena temporanea, non costituisce un *apriori*, svincolato dalla concomitante applicazione delle norme che concorrono alla determinazione della pena da assumere quale parametro di riferimento.

Si vuol dire cioè che la prima parte della norma ha un significato in relazione alla concreta modulazione della pena riveniente dall'applicazione del secondo e del terzo comma, nel quale assumono rilievo le circostanze e il giudizio di cui all'art. 69 c.p., la cui operatività è stata ampliata nel 1974.

Del resto se indiscutibilmente è vero che ai fini del computo della pena assumevano rilievo le circostanze aggravanti, ciò discendeva non tanto dalla previsione del primo comma bensì da quella del secondo comma, in forza del quale sarebbe dovuto aversi riguardo alla pena massima riveniente dall'applicazione delle circostanze aggravanti.

Ma allora non può farsi a meno di ritenere che in caso di concorso di circostanze di segno opposto dovesse altresì conferirsi valore al giudizio di comparazione.

È vero dunque quanto si legge nella sentenza "Stasi" secondo cui è rilevante la fattispecie criminosa ritenuta dal giudice²², ma ciò non implica che debba aversi riguardo solo alla qualificazione astratta e alle circostanze aggravanti, dovendosi invece considerare l'intera cornice attribuita al fatto, includente anche le circostanze attenuanti e il giudizio di comparazione.

Del resto proprio in ciò si annida una delle maggiori differenze rispetto al regime attualmente vigente, nel quale è rilevante solo l'applicazione delle aggravanti ad effetto speciale ed è escluso il rilievo delle attenuanti e del giudizio di

²² È pacifico nella giurisprudenza che debba aversi riguardo al reato contestato e poi ritenuto in sentenza: *ex multis*, Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2003, Piscitelli, in *Mass, Uff.*, n. 226420; Id., Sez. II, 15 aprile 1997, Castagna, *ivi*, n. 208064; Id., Sez. VI, 7 aprile 1993, Marrazzo, *ivi*, n. 194039. L'eventuale contestazione suppletiva di aggravanti ha rilievo anche nel caso in cui fosse già decorso il termine di prescrizione basato sull'originaria contestazione: Id., Sez. II, 2 luglio 2010, Dodi, *ivi*, n. 248131; Id., Sez. VI, 4 novembre 2008, Nocco, *ivi*, n. 242133; Id., Sez. V, 19 ottobre 2005, Sbrana, *ivi*, n. 234225. D'altro canto nel caso della recidiva la contestazione assume valore costitutivo, Id., Sez. III, 30 gennaio 2014, Resmini Bellotti, *ivi*, n. 258734: ma la stessa non può influenzare la determinazione del termine di prescrizione, qualora il giudice l'abbia anche implicitamente esclusa o comunque non l'abbia considerata nel calcolo della pena, Id., Sez. II, 10 gennaio 2012, Nigro, *ivi*, n. 251776; Id., Sez. II, 17 dicembre 2004, Morrone, *ivi*, n. 231772. In senso parzialmente difforme si è peraltro affermato che quando una circostanza sia stata contestata e non espressamente e motivatamente esclusa, la stessa continua ad influire sulla prescrizione, Id., Sez. I, 5 febbraio 2014, Belviso, *ivi*, n. 259789. Le circostanze riconosciute in primo grado assumono definitivo rilievo ai fini della prescrizione, in quanto la relativa concessione non abbia formato oggetto di impugnazione da parte del pubblico ministero, Id., Sez. V, 25 gennaio 2002, Crotti, *ivi*, n. 221390, Id., Sez. V, 7 febbraio 1994, Ortu, *ivi*, n. 197293.

comparazione.

Sta di fatto che per la disciplina anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 251 del 2005, la previsione dell'ergastolo non può che costituire il risultato finale della valutazione demandata al giudice, con la conseguenza che la previsione in astratto finisce per coincidere con l'applicazione in concreto della pena dell'ergastolo, in quanto discendente, nel caso di un omicidio aggravato, dall'esclusione di attenuanti ovvero dal giudizio di sub-valenza delle stesse rispetto alle contestate e ravvisate aggravanti, tali da rendere il delitto effettivamente punibile con l'ergastolo.

Per quanto si tratti di questione di rilievo soprattutto retrospettivo, ciò non toglie che quando essa venga in evidenza, meriti sul piano esegetico di essere risolta esattamente nei termini di cui alla sentenza in commento.

6. Di certo la soluzione adottata dalla Suprema Corte non può considerarsi indolore, in quanto vengono cancellati reati assai gravi e per giunta ripetuti, rispetto ai quali appare arduo affermare che siano effettivamente venuti meno l'allarme sociale e l'esigenza di concreta punizione.

Ma la *ratio* sottesa all'istituto²³, che ispira la relativa disciplina correlandola all'entità della pena edittale, non può di per sé imporre una soluzione diversa. Del resto la disciplina anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 251 del 2005, proprio per il fatto di attribuire rilievo all'eventuale concessione di attenuanti, comprese le attenuanti generiche, come tali idonee a valorizzare elementi non tipizzati, afferenti al fatto o alla personalità del reo secondo le coordinate dell'art. 133 c.p., finiva per far dipendere il funzionamento dell'istituto dalla sincronica combinazione di dati oggettivi, connessi alla gravità del reato, e di dati personologici, implicanti anche un riferimento alla meritevolezza di una rinuncia alla punizione, tali da sottendere una prospettiva di tipo special-preventivo²⁴.

Senonché l'interrogativo che deve essere posto riguarda più in generale il grado di accettabilità di quella rinuncia in relazione al complesso dei valori in gioco.

Ed invero la prescrizione comporta l'estinzione del reato, in quanto prima del termine stabilito non sia intervenuta sentenza irrevocabile di condanna.

Ma non è la stessa cosa prendere atto del decorso del tempo *sic et simpliciter*,

²³ Si richiama sul punto Corte cost., n. 393 del 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1, cit., secondo cui l'istituto si correla all'attenuazione dell'allarme sociale e alla difficoltà di acquisizione del materiale probatorio: ma in realtà la configurazione di casi di imprescrittibilità smentisce tale seconda prospettiva, proprio in casi di maggior gravità, nei quali peraltro è viepiù avvertita l'esigenza di un nitido quadro probatorio.

²⁴ Tale prospettiva, pur reputata ragionevole in astratto, è tuttavia giudicata recessiva in concreto da parte della dottrina: PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., 80.

prima che si siano consolidati indizi di reità a carico di taluno, e pronunciare invece l'estinzione del reato dopo una condanna di primo e spesso anche di secondo grado.

Del resto l'art. 578 c.p.p. fa salva, nel caso di prescrizione intervenuta dopo la sentenza di primo grado, la possibilità di una pronuncia sulla responsabilità a fini civilistici, che comunque sottende un giudizio di virtuale colpevolezza.

Ed ancora va rimarcato che quando, come nei casi in commento, la prescrizione discende dall'applicazione di attenuanti, essa non opera in via del tutto astratta, ma, a prescindere o meno da concomitanti statuizioni civili, postula la formulazione di un giudizio di colpevolezza, senza il quale non avrebbe senso prospettare la concessione di attenuanti in rapporto all'esigenza di corretta qualificazione della cornice giuridica.

Si vuol dire che l'oblio sociale del fatto costituisce aspetto assai problematico in pendenza di un processo giunto quasi al termine con l'individuazione di un colpevole.

Altrettanto deve dirsi per la difficoltà della raccolta delle prove o per qualunque ulteriore *ratio* che voglia sottendersi all'istituto.

Né potrebbe seriamente immaginarsi una stretta correlazione della prescrizione con il principio della ragionevole durata del processo²⁵.

Piuttosto deve rimarcarsi come l'idea stessa di un'acritica rinuncia alla punibilità ponga seri dubbi di compatibilità con principi desumibili dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, soprattutto quando vengano in considerazione valori primari come il diritto alla vita.

Va infatti rilevato che gli artt. 2 e 3 della Convenzione in tema di diritto alla vita e di divieto di trattamenti inumani e degradanti impongono non solo obblighi negativi, aventi ad oggetto l'astensione da ogni illegittima violazione, ma anche obblighi positivi, riguardanti un'efficace azione di indagine e repressiva a tutela del bene leso²⁶.

Proprio in tale prospettiva la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione da parte dell'Italia dell'art. 2 in un caso in cui un poliziotto, chiamato a rispondere del delitto di omicidio colposo per l'uccisione di un cittadino albanese, provocata dall'esplosione di un colpo di pistola, era stato alla fine prosciolto per intervenuta prescrizione a seguito della concessione delle attenuan-

²⁵ Merita sul punto richiamare PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it; VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in www.penalecontemporaneo.it. Per una più ampia panoramica sul valore del tempo, FALCINELLI, *Il tempo del reato, Il reato nel tempo fra scritture normative delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011.

²⁶ LETTIERI, *L'art. 2 della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. Merito*, 2009, 2312; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 ss. e 324 ss.

ti generiche²⁷.

La Corte ha rilevato che, in particolare in casi in cui venga in considerazione la responsabilità di soggetti che agiscono per conto dello Stato e vengano lesi beni primari, deve essere assicurata la massima cura nelle indagini e non può dirsi adeguata la disciplina della prescrizione, che consente di addivenire al proscioglimento di soggetto che risulti nella sostanza colpevole, il che dà luogo ad un'inosservanza dell'obbligo convenzionale di tutelare adeguatamente il diritto alla vita.

Tale assunto finisce per creare una linea di tensione tra la disciplina della prescrizione e i principi convenzionali, soprattutto nei casi in cui, come nell'omicidio, tanto più se volontario ed aggravato, il decorso del tempo possa precludere la condanna e dunque l'efficace azione repressiva nei confronti di soggetti che siano stati già raggiunti da elementi di colpevolezza e che risultino altresì socialmente pericolosi²⁸.

Ed allora il problema diviene quello di verificare se vi sia margine per l'utile prospettazione di una questione di legittimità costituzionale della disciplina in materia di prescrizione in relazione al parametro rappresentato dalla norma convenzionale, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituente norma interposta nel quadro dell'art. 117 Cost.

La difficoltà discende dal fatto che, venendo in considerazione un istituto di carattere sostanziale, opera la garanzia costituzionale dettata dall'art. 25 Cost. con riguardo al divieto di applicazione retroattiva di una disciplina sostanziale sfavorevole.

È noto in materia il dibattito circa l'ammissibilità di questioni siffatte²⁹.

²⁷ Così Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia, in *Cass. pen.* 2011, 2798, con nota di BALSAMO, TRIZZINO, *La prescrizione del reato nel sistema italiano e le indicazioni della Corte europea: fine di un equivoco?*. Del resto la tutela dell'art. 2 ha comportato a carico dell'Italia un'ulteriore condanna da parte della Corte di Strasburgo: si tratta della sentenza 15 dicembre 2009, nel caso Maiorano e altri c. Italia (si rinvia alla nota di DE STEFANO, *La responsabilità oggettiva dello Stato in caso di omicidio*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, anno 2010, Newsletter n. 20), riguardante l'omicidio commesso dal noto Angelo Izzo, soggetto condannato all'ergastolo per precedenti gravissimi fatti di sangue, che aveva fruito di benefici penitenziari, commettendo in tal modo un ulteriore omicidio. Il caso è evidentemente diverso ma il tipo di tutela assicurata dall'art. 2 funziona allo stesso modo, gravando sull'autorità il compito di assicurare il diritto alla vita con ogni strumento idoneo, compreso quello inerente alla limitazione della libertà di soggetti pericolosi.

²⁸ Si richiama la sentenza nel caso Maiorano c. Italia, cit.

²⁹ Merita richiamare sul punto SCOLETTA, *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, n. 2, 117 ss.; TARANTINO, *Sull'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it. Il primo autore ritiene che possa trasferirsi anche sul terreno in esame la *ratio* giustificativa di fondo che ha indotto la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 148 del 1983, a ritenere rilevanti con riguardo a norme penali di favore, questioni di legittimità costituzionale *in malam partem* in materia penale, con il rispetto dell'art. 25 Cost. Peraltro va rimarcato che

In ogni caso, con riguardo ad ipotesi analoghe a quella oggetto della sentenza in commento, posto che si tratta di vicende ormai remote e che dunque non sono prospettabili pronunce destinate ad assumere rilievo per il futuro, non sembra che l'incidente di costituzionalità potrebbe avere concreta utilità.

In conclusione dunque, per quanto problematica su un piano più generale, l'interpretazione proposta dalla sentenza in commento pare *de iure condito* preferibile ed idonea a divenire sul punto *ius receptum*.

MASSIMO RICCIARELLI

la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale volta ad introdurre un regime peggiore in tema di prescrizione, con riguardo alle contravvenzioni punite con la sola ammenda: Corte cost., n. 7 del 1990, in *Gazz. Uff.*, 10 gennaio 1990.