

LA PRESCRIZIONE DEL REATO: QUALI RAPPORTI TRA DIRITTO E TEMPO IN GERMANIA, IN AUSTRIA E, DI RECENTE, IN ITALIA?

di Margareth Helfer

***Abstract.** Il presente contributo si sofferma sulla disciplina relativa alla prescrizione del reato in Germania e in Austria. Dopo un esame delle singole norme prescrizionali, particolare attenzione è prestata all'argomento, assai dibattuto, della natura giuridica della prescrizione nonché al diverso inquadramento giuridico dei suoi effetti. Le differenze d'impostazione riscontrabili nelle discipline dei due paesi, come pure peraltro taluni emblematici punti in comune, dimostrano quanto la prescrizione sia, per la molteplicità degli interessi sostanziali e processuali in gioco, un istituto giuridico fortemente condizionato dalla tradizione e dalla sistematica giuridica penale e processuale penale di ciascun ordinamento giuridico. Prendendo spunto da questo confronto con l'esperienza giuridica tedesca e austriaca, si passa infine ad un sintetico commento della recente riforma italiana, avendo particolare considerazione, in tale sede, per le norme apparentemente ispirate da concetti familiari al regime tedesco ed austriaco.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prescrizione in Germania. – 2.1. Considerazioni generali. – 2.2.1. I tratti essenziali della disciplina prescrizionale di base (§§ 78 e 78a StGB). – 2.2.2. La sospensione della prescrizione del reato (§ 78b StGB). – 2.2.2.1. La sospensione iniziale del decorso della prescrizione per finalità di tutela della vittima (Anlaufhemmung, § 78b, co. 1, n. 1 StGB). – 2.2.2.2. La sospensione finale della prescrizione ovvero un dies ad quem “anticipato al momento della pronuncia della sentenza di primo grado” (Ablaufhemmung, § 78b, co. 3 StGB). – 2.2.2.3. La sospensione della continuazione del corso della prescrizione in casi di particolare complessità (Fortlaufhemmung, § 78b, co. 4 StGB). – 2.2.3. L'interruzione della prescrizione del reato (§ 78c StGB). – 2.3. La natura giuridica della prescrizione. – 2.3.1. L'indirizzo processuale puro. – 2.3.2. L'indirizzo sostanziale puro. – 2.3.3. L'indirizzo misto sostanziale-processuale. – 3. La prescrizione del reato in Austria. – 3.1. Considerazioni generali. – 3.2. Il quadro normativo. – 4. Considerazioni comparatistiche. – 5. La recente riforma della prescrizione in Italia: un commento.

1. Introduzione.

Nonostante la prescrizione del reato costituisca oggi un istituto giuridico fermamente consolidato, ragion per cui le riflessioni sulla prescrizione del reato sono solitamente incentrate su considerazioni aventi ad oggetto il *quomodo* della definizione

tra tempo e diritto, nel passato¹ come anche nell'immediato presente² non sono mancate tuttavia voci che, in base a impostazioni diverse, l'abbiano rimessa in discussione proprio in rapporto alla sua ragion d'essere. L'idea di attribuire al fattore tempo l'effetto giuridico dell'esclusione della punibilità di un fatto penalmente rilevante, determinando con ciò la relativizzazione della pretesa punitiva dello Stato, sarebbe sotto un'angolazione strettamente teorico-giuridica difficilmente giustificabile e si troverebbe in contrasto con la concezione del diritto penale quale effettivo strumento di repressione.

Pur costituendo la messa in discussione di istituti consolidati sempre una buona occasione per riflettere in maniera più approfondita sulla *ratio* e le origini di essi, una retromarcia in relazione all'affermazione della prescrizione del reato quale strumento tipico di uno Stato di diritto sembra assai irragionevole. Sia ragionamenti criminal-politici connessi alle diverse teorie della finalità della pena (approccio sostanziale), sia la necessità di dare atto del moderno intendimento del processo penale quale foro nel cui ambito il diritto penale può trovare applicazione a condizione che le principali garanzie della ragionevole durata del processo nonché dell'*in dubio pro reo* siano salvaguardate (approccio processuale), valgono oggi più che mai a ribadire il pensiero secondo cui in una legislazione moderna e laica l'applicazione della pena minacciata non deve più costituire la conseguenza necessaria di ogni reato.

Discutere e riflettere sulla prescrizione del reato significa, di conseguenza, anzitutto ragionare sulle più opportune e ragionevoli scelte da adottare in merito alla sua regolamentazione. Tenendo conto della complessità di tale istituto – si tratta di uno strumento di diritto penale che opera nell'ambito del processo penale e produce effetti sostanziali immediati per l'autore del fatto, la vittima di esso, la comunità sociale e lo Stato –, il ventaglio degli interessi da prendere in considerazione per la sua definizione giuridica è assai ampio e variegato. Conseguentemente variegati si presentano pure i diversi schemi giuridici approvati dalle legislazioni moderne, considerando come le combinazioni preferenziali tra gli uni e gli altri interessi evidentemente costituiscano espressione delle rispettive diverse realtà sociali, politiche criminali, storie e tradizioni giuridiche così come, in definitiva, dell'intero sistema di diritto proprio di ciascun Stato.

Nella panoramica che segue si metteranno in evidenza le scelte fatte in Germania e in Austria, sia per quanto concerne le ragioni che giustificano la prescrizione, sia con

¹ Tra i più celebri critici si possono menzionare *Gallus Aloys Kaspar Kleinschrod* (*Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten*, 1802, Nachdruck Frankfurt a.M. 1988, §§ 171, p. 166) e *Anselm Feuerbach* (*Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, 1804, Neudruck Frankfurt a.M. 1988, p. 242). Una disciplina differenziata della prescrizione del reato in rapporto a delitti atroci e delitti minori fu proposta da *Cesare Beccaria* (*Dei delitti e delle pene*, 1764, ristampa, Torino, 1994, p. 73 s.),

² Per una panoramica delle diverse posizioni critiche in rapporto alla legittimazione di fondo della prescrizione come istituto giuridico si rinvia a *LORENZ*, *Verjährung im Strafrechte. Eine dogmatische Untersuchung*, Prag, 1934, p. 14 s.; per un quadro più recente v. *ASHOLT*, *Verjährung im Strafrecht*, Tübingen, 2016, p. 164 ss.; infine, per una recente, assai critica posizione assunta in relazione all'intendimento della prescrizione come consolidato istituto giuridico si rinvia a *HÖRNLE*, *Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit*, in *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (a cura di), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, p. 115 ss.

riguardo all'effetto che ad essa si ritiene poter far conseguire una volta maturato il tempo prescrizione. Il confronto con l'esperienza giuridica tedesca e austriaca consentirà infine di formulare alcune riflessioni sulla recente riforma italiana della prescrizione del reato. Già da una prima lettura della novella emerge, difatti, come talune delle nuove norme riprendano concetti familiari al regime tedesco e austriaco e fino ad oggi estranei all'ordinamento italiano.

2. La prescrizione in Germania.

2.1. Considerazioni generali.

In Germania la questione relativa alla natura giuridica della prescrizione del reato non è del tutto risolta e continua, tutt'oggi, ad essere oggetto di discussione. Dopo un lungo periodo in cui al semplice decorso del tempo non si assegnava alcuna rilevanza giuridica in rapporto ad un'eventuale venir meno dello *ius puniendi*, la prescrizione riuscì a definitivamente affermarsi come istituto giuridico soltanto nell'Ottocento.³ Dall'iniziale idea della natura sostanziale della prescrizione, affermata in maniera consolidata già dalla dottrina e giurisprudenza ottocentesca⁴, si è tuttavia passati a un suo inquadramento tendenzialmente misto sostanziale-processuale. L'attuale disciplina normativa giuridica risultante dalla riforma del 1975⁵, formulata dal legislatore intenzionalmente in termini piuttosto neutri – l'idea era quella di “lasciar aperta la questione”⁶ e affidare a dottrina e giurisprudenza la soluzione circa la natura giuridica da assegnarsi alla prescrizione⁷ –, viene infine interpretata, soprattutto dalla giurisprudenza, come istituto di carattere preminentemente processuale.⁸ Meno univoche erano, e tuttora sono, invece, le posizioni assunte in merito dalla dottrina. Mentre l'idea della natura sostanziale della prescrizione era riuscita ad affermarsi soprattutto nel periodo immediatamente successivo alla riforma del 1975, con la qualificazione della prescrizione o come causa di esclusione del reato (*Unrechtsaufhebungsgrund*)⁹ o come causa di esclusione della pena

³ ASHOLT, *Verjährung im Strafrecht*, p. 21 ss.

⁴ SCHMID, *Vor § 78*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Dritter Band §§ 56 bis 79b, Berlin, 2008, n. marg. 1.

⁵ 2. *Strafrechtsreformgesetz* 4.7.1969, modificata nel 1974 ed entrata in vigore il 1.1.1975.

⁶ BT-Drucks. V/4095, p. 43, in SALIGER, *Vor §§ 78 ff*, in *NOMOS-Kommentar (NK-Kommentar) Strafgesetzbuch*, Band 1, Baden-Baden, 2013, n. marg. 1.

⁷ SALIGER, *Vor §§ 78 ff*, in *NK-Kommentar*, n. marg. 1.

⁸ SALIGER, *Vor §§ 78 ff*, in *NK-Kommentar*, n. marg. 3; SCHMID, *Vor § 78*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, n. marg. 1 e 8; FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2017, *Vorbemerkung Verfolgungsverjährung*, n. marg. 3.

⁹ BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 180, 190, 251; LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, München/Berlin, 1955, p. 56; STACKELBERG v., *Verjährung und Verwirklichung des Rechts auf Strafverfolgung*, in Kaufmann et al. (a cura di), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, 1979, p. 759, 765.

(*Strafausschließungsgrund*)¹⁰, attualmente trovano seguito sia la teoria mista sostanziale-processuale¹¹, sia quella meramente processuale¹².

2.2. Il quadro normativo della prescrizione.

In Germania, come in qualsiasi altro ordinamento contemporaneo che riconosce la prescrizione come istituto giuridico, si distinguono la prescrizione della perseguibilità (*Verfolgungsverjährung*), corrispondente alla prescrizione del reato in Italia, e la prescrizione dell'esecuzione (*Vollstreckungsverjährung*), che equivale concettualmente alla prescrizione della pena. Entrambi gli istituti sono collocati nello *Strafgesetzbuch* (StGB). La prescrizione della perseguibilità è sancita dai §§ 78-78c StGB, la prescrizione dell'esecuzione dai §§ 79 – 79 b StGB.

Concentrando l'indagine sulla prescrizione del reato, la relativa disciplina tedesca si distingue per i seguenti contenuti essenziali.

2.2.1. I tratti essenziali della disciplina prescrizionale di base (§§ 78 e 78a StGB)¹³.

Ai sensi del § 78, comma 1 StGB la prescrizione del reato esclude “la persecuzione del fatto e la disposizione di misure” (*Die Verjährung schließt die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen aus.*). La prescrizione maturata preclude dunque il procedere o la continuazione del procedere contro una persona per un determinato fatto. Benché si tratti di una formula la quale – per il suo carattere generale e, come già sottolineato,

¹⁰ LISZT v./SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26a ed., Berlin, 1932, § 75 II.

¹¹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a ed., Berlin, 1996, § 86 I 1, p. 912; SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, in *JURA* 6/2012, p. 433 ss.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28a ed., München, 2014, § 78 n. marg. 1; VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, p. 226.

¹² STERNBERG/LIEBEN, *Vorbem. §§ 78 ff.*, in Schönke/Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29a ed., München, 2014, n. marg. 3; SALIGER, *Vor §§ 78 ff.*, in *NK-Kommentar*, n. marg. 4; SCHMID, *Vor § 78*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, n. marg. 8 ss.; MITSCH, *Vorbemerkung zu den §§ 78 ff.*, in Joecks/Miebach (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 3a ed., 2016, n. marg. 1; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4a ed., München, 2006, 23/52.

¹³ § 78 StGB *Termine di prescrizione (“Verjährungsfrist”)*. (1) La prescrizione esclude la persecuzione del fatto e la disposizione di misure (§ 11 comma 1 n. 8). Resta salvo il disposto del § 76a comma 2, primo periodo, n. 1. (2) I crimini di cui al § 211 (assassinio) non si prescrivono. (3) Quando la perseguibilità si prescrive, il termine di prescrizione è: 1. trent'anni per fatti puniti con l'ergastolo, 2. vent'anni per fatti puniti nel massimo con una pena detentiva superiore a dieci anni, 3. dieci anni per fatti puniti nel massimo con una pena detentiva superiore a cinque e fino a dieci anni, 4. cinque anni per fatti puniti nel massimo con una pena detentiva superiore a un anno e fino a cinque anni, 5. tre anni per gli altri fatti. (4) Il termine si calcola in riferimento alla pena edittale prevista dalla norma la cui fattispecie è integrata dal fatto, senza riguardo ad aggravanti o attenuanti previste da disposizioni di parte generale o per casi particolarmente gravi o particolarmente lievi.

§ 78a StGB *Inizio (“Beginn”)*. La prescrizione inizia a decorrere appena il fatto è terminato. Se un evento appartenente alla fattispecie si verifica solo più tardi, la prescrizione inizia a decorrere da questo momento.

volutamente neutrale – non necessariamente esclude *a priori* di poter assegnare alla prescrizione efficacia sostanziale, la persecuzione del fatto viene meno anche quale conseguenza del venir meno della natura illecita del fatto a prescrizione intervenuta, in dottrina proprio questa scelta del legislatore di non considerare la prescrizione esplicitamente come causa di esclusione del reato viene oramai concordemente interpretata a favore della natura processuale della prescrizione.

Con riguardo ai termini necessari a prescrivere, essi sono proporzionati alla gravità del reato (§ 78, co. 2, 3, 4 StGB). Salva l'imprescrittibilità dell'omicidio (doloso aggravato) (*Mord*) di cui al § 211 StGB, nonché del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (§ 5 VölkerStGB¹⁴), ai sensi del terzo comma del § 78 StGB il termine più lungo di prescrizione è di 30 anni per i reati puniti con l'ergastolo. La "scala" dei termini di prescrizione continua con il termine di 20 anni per i reati puniti nel massimo con una pena detentiva superiore ai 10 anni, con il termine di 10 anni per i reati puniti con una pena detentiva tra i 5 e i 10 anni e con il termine prescrizione di 5 anni per i reati puniti con una pena detentiva tra 1 e 5 anni. Per tutti gli altri reati (puniti ad esempio con una pena pecuniaria o con pena detentiva inferiore a 1 anno) è infine previsto un termine di prescrizione di 3 anni.

Il termine si calcola avendo riguardo al massimo della pena edittale senza tuttavia tenere conto di circostanze aggravanti o attenuanti (§ 78, co. 4 StGB). Come anche in Italia, in Germania si ritiene dunque indispensabile che sia il legislatore e non il giudice a determinare il tempo necessario a prescrivere attraverso un suo giudizio discrezionale e peraltro non definitivo.¹⁵

Particolare attenzione merita la scelta operata dal legislatore tedesco attinente all'individuazione del momento da cui inizia a decorrere il tempo necessario a prescrivere. Ai sensi del § 78a StGB, il *dies a quo* della prescrizione coincide con il momento in cui il fatto è "terminato", "*beendet*", e non soltanto consumato e quindi *vollendet*. Come si evince dal dettato normativo del § 78a StGB, in Germania si distinguono esplicitamente i due momenti della *Tatbeendigung* e della *Tatvollendung*. Mentre la *Vollendung* coincide con il momento consumativo del reato, la *Beendigung* del reato ricorre invece soltanto, secondo la dottrina dominante, nell'istante in cui l'illecito si sia realizzato in tutti i suoi elementi di disvalore che ne stanno a fondamento e determinano l'incriminazione del fatto nel suo insieme (*Abschluss der unrechtserheblichen Gesamttätigkeit*¹⁶). Seppure di regola i due momenti combacino, non mancano le ipotesi in cui la *Beendigung* si realizzi in un momento cronologicamente successivo alla *Vollendung*, finendo dunque per poter essere considerato, sotto questo aspetto, quale

¹⁴ StGB speciale per il diritto penale internazionale (in vigore dal 26 giugno 2002).

¹⁵ In Italia è stata la stessa Corte Costituzionale a ribadire l'importanza e la validità di questo principio, a cui è stata data attuazione nell'ambito della riforma della disciplina prescrizione avvenuta tramite la legge 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. legge ex-Cirielli). V. C. cost. 1 agosto 2008, n. 324, in Cass. pen., 2009, p. 525 ss. Per le voci dottrinali favorevoli a questa opzione legislativa si rinvia per tutti a PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 360; più di recente GAMBARDELLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, in Cass. pen., 2016, p. 2736.

¹⁶ STERNBERG/LIEBEN, § 78a, in Schönke/Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29a ed., München, 2014, n. marg. 1.

concetto più ampio. Esempi che in questa sede meritano di essere menzionati sono il reato permanente e i reati a dolo specifico. Tenendo conto che ai sensi del § 78a StGB il *dies a quo* coincide con il momento in cui il fatto è *beendet*, con riguardo a questi due casi il decorso del termine inizierà, per il reato permanente, con il cessare dello stato illecito instaurato dall'agente nonché, per i reati a dolo specifico, con il raggiungimento dello scopo perseguito dall'agente con il suo agire criminoso.¹⁷

Si noti, infine, come la prescrizione venga rilevata d'ufficio in qualsiasi stato e grado del procedimento penale.¹⁸

2.2.2. La sospensione della prescrizione del reato (§ 78b StGB)¹⁹.

Attraverso gli istituti della sospensione e dell'interruzione della prescrizione anche in Germania si vuole garantire che il decorso del tempo non giovi all'autore del

¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 517 s.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a ed., Berlin-New York, 2001, p. 708 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, Heidelberg, 1984, p. 3 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1975, p. 253 s.; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2015, p. 76; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46a ed., 2016, Heidelberg, p. 247 s.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2002, p. 507 s.; KÜHL, *Die Beendigung des vollendeten Delikts*, in Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 2001, p. 665 ss.; BLITZKLEIS, *Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*, in ZStW, 1987, p. 723 ss.; HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung*, in *Goldammer's Archiv (GA)*, 1968, p. 202 ss.

¹⁸ MITSCH, § 78, in *Münchener Kommentar*, n. marg. 9.

¹⁹ §78b StGB *Sospensione ("Ruhen")*. (1) La prescrizione è sospesa 1. fino al compimento del trentesimo anno di vita della vittima nel caso di reati previsti ai §§ da 174 a 174c, da 176 a 179, al § 180 comma 3 nonché ai §§ 182, 225, 226a e 237, 2. finché secondo la legge non è possibile iniziare o continuare a perseguire penalmente; ciò non vale se il fatto non può essere perseguito solo per mancanza della querela, dell'autorizzazione o della richiesta di pena. (2) Se alla perseguibilità osta il fatto che l'autore è membro del Parlamento federale o di un organo legislativo di un Land, la prescrizione inizia ad essere sospesa solo col decorso del giorno in cui 1. l'ufficio del Pubblico Ministero o un'autorità o un funzionario di polizia ha conoscenza del fatto e della persona dell'autore o 2. viene presentata contro l'autore una denuncia o una querela (§ 158 del codice di procedura penale). (3) Se prima del decorso del termine di prescrizione è intervenuta una sentenza di primo grado, il termine di prescrizione decorre non prima del momento in cui il processo si conclude con sentenza definitiva. (4) Se la legge prevede come pena aggravata per fatti particolarmente gravi una pena detentiva superiore a cinque anni ed è stato aperto il dibattimento davanti al Tribunale, la prescrizione è sospesa, nei casi di cui al § 78 comma 3 n. 4, a cominciare dall'apertura del dibattimento, al massimo tuttavia per un periodo di cinque anni; resta valido quanto previsto al comma 3. (5) Qualora l'autore dimori in uno Stato estero e l'autorità competente abbia presentato una richiesta formale di estradizione a tale Stato, la prescrizione è sospesa a decorrere dal momento della ricezione della richiesta da parte dello Stato estero 1. fino alla consegna dell'autore alle autorità tedesche, 2. fino a che l'autore abbia abbandonato in altro modo il territorio dello Stato a cui è stata presentata la richiesta, 3. fino alla ricezione da parte delle autorità tedesche del rigetto della richiesta ad opera dello Stato estero oppure 4. fino al ritiro di tale richiesta. Qualora non sia dato determinarsi la data di ricezione della richiesta da parte dello Stato estero, la richiesta è da considerarsi pervenuta dopo il decorso di un mese dal suo invio o consegna allo Stato estero, salvo che l'autorità che l'ha presentata venga a conoscenza che la richiesta non è effettivamente pervenuta allo Stato estero oppure soltanto in un momento successivo. Il primo periodo non si applica a richieste di estradizione

reato qualora siano stati posti in essere atti processuali attraverso i quali lo Stato abbia dimostrato il suo interesse a perseguire e, in caso di condanna, punire il fatto. A differenza dell'interruzione, la sospensione, prevista al § 78b StGB, è però ancorata a situazioni obiettive strettamente formali-processuali, in particolare a circostanze extraprocessuali indipendenti dalle autorità giudiziarie, che si frappongono alla regolare continuazione del procedimento penale.

Salva l'eccezione di cui al 1° co., n. 1 del § 78b StGB, che rappresenta un'ipotesi sicuramente atipica, la sospensione è prevista esclusivamente per situazioni in cui per un'impossibilità oggettiva – interpretata in termini molto più restrittivi rispetto alla disciplina italiana di cui all'art. 159 c.p. – le autorità inquirenti non siano in grado di procedere.²⁰

Ai sensi del § 78b StGB, oltre a casi di immunità dell'autore del reato (co. 2), tra queste ipotesi di improcedibilità si individuano la particolare complessità dell'accertamento del fatto-reato (co. 4), la dimora all'estero dell'autore (co. 5) e la consegna dello stesso alla Corte penale internazionale o allo Stato incaricato dell'esecuzione fino al momento della sua riconsegna alle autorità tedesche (co. 6).

Tenendo conto di questa particolare comune caratteristica delle diverse ipotesi di sospensione, evidente risulta il motivo per il quale il termine massimo complessivo di prescrizione, pari al doppio del termine ordinario (§ 78c, co. 3 StGB), valga soltanto come limite ultimo per prolungamenti dovuti ad atti interruttivi, ma non anche per dilazioni connesse ad ipotesi di sospensione. Di conseguenza, la durata di un processo sospeso può andare oltre questo limite di durata, rimanendo sempre salva la disposizione di cui al § 78b, co. 3 StGB, ai sensi della quale dopo la pronuncia di una sentenza di primo grado la prescrizione della perseguibilità rimane sospesa fino alla pronuncia di una sentenza definitiva.

Il rischio di un'eventuale eccessiva e irragionevole durata del processo (in contrasto con l'art. 6 CEDU) si presenta, dunque, soltanto laddove quest'ultima sia direttamente dovuta a un ostacolo extraprocessuale, mai però quale conseguenza di un'attività giudiziaria inefficiente e passiva.²¹

Dopo questa premessa sulla natura generale della sospensione, vanno esaminate più approfonditamente tre ipotesi di sospensione. Si tratta in particolare della sospensione iniziale della decorrenza del termine di prescrizione (*Anlaufhemmung*, che implica uno spostamento del *dies a quo*) per finalità di tutela della vittima in rapporto a determinati reati di cui al comma 1; dell'ipotesi di cui al comma 3 del § 78b StGB, in cui il decorso del termine di prescrizione è, invece, sospeso a partire dalla pronuncia della

verso Stati nei cui confronti, sulla base della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (G.U. CE L 190 pag. 1) oppure sulla base di convenzioni internazionali, vige una disciplina dei termini equiparabile al § 83c della legge sull'assistenza giudiziaria in materia penale. (6) Nei casi di cui al § 78 comma 3 n. da 1 a 3, la prescrizione è sospesa dal momento della consegna della persona alla Corte Penale Internazionale o allo Stato incaricato dell'esecuzione fino al momento della sua riconsegna alle autorità tedesche oppure fino alla sua liberazione ad opera della Corte Penale Internazionale o dello Stato incaricato dell'esecuzione.

²⁰ MITSCH, § 78b, in *Münchener Kommentar*, n. marg. 2.

²¹ MITSCH, § 78b, in *Münchener Kommentar*, n. marg. 2.

sentenza di primo grado sino al momento in cui il processo si conclude definitivamente (*Ablaufhemmung*, la sentenza di primo grado rende praticamente imprescrittibile il reato); nonché, infine, della previsione, sancita al comma 4 del § 78b StGB, che consente di sospendere il corso della prescrizione in un processo penale pendente, per un periodo non superiore a cinque anni, a seguito dell'obiettivo particolare complessità dell'accertamento del fatto (*Fortlaufhemmung*).

2.2.2.1. La sospensione iniziale del decorso della prescrizione per finalità di tutela della vittima (*Anlaufhemmung*, § 78b, co. 1, n. 1 StGB).

La disposizione, che in sede di comparazione suscita grande interesse, è quella prevista al § 78b, co. 1, n. 1 StGB. Essa introduce la tutela della vittima come criterio (sostanziale) valido a incidere sulla prescrizione.

La norma prevede una sospensione iniziale della prescrizione. Trattasi della sospensione della decorrenza del termine di prescrizione fino al compimento del trentesimo anno di vita della vittima nel caso di delitti sessuali in danno di minori e spesso commessi con sfruttamento di una posizione di gerarchia o di una situazione di svantaggio della vittima (§§ 174-174c, 176-179, 180, co. 3, 182, 225, 237 StGB), così come per il reato di mutilazione degli organi genitali femminili (§ 226a StGB).

Poiché, come accade anche in Italia, la mancata proposizione della querela non è di ostacolo al decorso del termine prescrizionale, questa regola di sospensione praticamente comporta uno spostamento del *dies a quo* dalla commissione del fatto al raggiungimento del trentesimo anno di vita della vittima²². Con essa, il legislatore tedesco prende atto della circostanza che spesso le vittime di delitti sessuali realizzati in contesti intrafamiliari o in situazioni di dipendenza gerarchica sono in grado soltanto dopo un certo distacco temporale dalla vicenda, divenute persone mature e autonome, ormai sganciate da eventuali pregressi legami di dipendenza, di percepire la dimensione offensiva di quanto accaduto e trovare il coraggio di proporre querela.²³

In questa ipotesi, è dunque la finalità della protezione della vittima (*Opferschutzzweck*) a giustificare la sospensione della prescrizione e, quindi, a prevalere sui diversi interessi sostanziali e processuali che sorreggono la prescrizione stessa.

L'aumento del limite di età della vittima dagli anni ventuno, previsto originariamente dalla norma nel 1994, ai trent'anni, risale a una recente riforma del 21 gennaio 2015. Poiché la *ratio* dell'istituto consiste nell'evitare la prescrizione nelle ipotesi in cui le autorità giudiziarie non abbiano avuto conoscenza del fatto, una parte della dottrina propende per una sua interpretazione restrittiva, ad esempio prevedendo la cessazione della sospensione nell'ipotesi in cui le autorità giudiziarie abbiano avuto notizia del fatto anche indipendentemente dalla querela della vittima e stiano già per

²² Per un commento critico in rapporto all'eccessiva età di tutela fissata a trent'anni, FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, § 78b StGB, n. marg. 3d.

²³ HÖRNLE, *Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit*, p. 115 s.

procedere.²⁴ Essendo la lettera della norma sul punto però inequivoca, alla luce dell'attuale dettato normativo una simile interpretazione appare inammissibile.²⁵

2.2.2.2. La sospensione finale della prescrizione ovvero un *dies ad quem* "anticipato al momento della pronuncia della sentenza di primo grado" (*Ablaufhemmung*, § 78b, co. 3 StGB).

Al di là del fatto che il sistema processuale penale tedesco già da sé, e dunque per la sua architettura molto diversa da quella italiana, permette di concludere la maggior parte dei processi penali in modo fisiologico, un'altra regola che nell'ambito del regime prescrizionale costituisce una delle ragioni principali per cui in Germania pochissimi processi penali si concludono per prescrizione del reato è quella prevista al 3° comma del § 78b StGB. Essa stabilisce che "se prima del decorso del termine di prescrizione è intervenuta una sentenza di primo grado, il termine di prescrizione decorre non prima del momento in cui il processo si conclude con sentenza definitiva". Questo significa che la prescrizione è sospesa fino al passaggio in giudicato della sentenza: una volta pronunciata una sentenza di primo grado (sia di condanna, di assoluzione o anche soltanto una sentenza di rito), la prescrizione è preclusa.

Come brevemente accennato, trattasi in realtà, a nostro avviso, non tanto di una sospensione della prescrizione, quanto piuttosto di una dilazione del termine finale di prescrizione fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza penale.²⁶ Con ciò si vuole garantire che eventuali ritardi nei giudizi di secondo o terzo grado rimangano senza conseguenze prescrizionali.

Questa previsione viene fortemente criticata in dottrina dai sostenitori della natura sostanziale della prescrizione. Essa comporterebbe infatti uno svuotamento dell'istituto della prescrizione, in quanto si farebbe prevalere l'efficienza e l'economia processuale sulle ragioni di carattere sostanziale della reinstaurata pace sociale o dell'avvenuta risocializzazione dell'autore. Sull'affievolita e infine mancante esigenza di punire il fatto si farebbe così prevalere l'interesse dello Stato a vedere concluso il processo penale.

2.2.2.3. La sospensione della continuazione del corso della prescrizione in casi di particolare complessità (*Fortlaufhemmung*, § 78b, co. 4 StGB).

Sempre con riguardo alla sospensione del decorso dei termini prescrizionali risulta infine indispensabile richiamare l'attenzione sul comma 4 del § 78b StGB. Anche

²⁴ SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, p. 439; SCHMID, § 78b, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, n. marg. 1a; STERNBERG/LIEBEN, § 78b, *Strafgesetzbuch Kommentar*, n. marg. 3.

²⁵ FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, § 78b StGB, n. marg. 3b.

²⁶ SCHMID, § 78b, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, n. marg. 13; SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, p. 440, nota 68.

essa costituisce una regola con preminente carattere processuale. Una volta che lo Stato abbia dimostrato interesse alla persecuzione del reato, la prescrizione di questi andrebbe evitata. L'interesse a vedere risolto il caso, non sprecando il risultato dell'attività giudiziaria già svolta, è destinato a prevalere sul presunto diritto all'oblio.

In concreto, la norma prevede che il decorso del termine prescrizionale di cinque anni (per i fatti punibili da 1 a 5 anni *ex* § 78, co. 3, n. 4 StGB) sia sospeso per un massimo di cinque anni, qualora innanzi al tribunale sia stato aperto il dibattimento in rapporto a un fatto che, aggravato, verrebbe punito in caso di condanna con una pena detentiva superiore a cinque anni.

Con questa disciplina si intende far fronte a processi penali che, a causa della particolare complessità obiettiva di accertamento del fatto e il (troppo) breve tempo legale di prescrizione, rischiano di causare la prescrizione di reati molto gravi. La norma è stata pensata in primo luogo per processi penali aventi ad oggetto reati economici. Anche per questa ipotesi rimane però salva la regola di cui al comma 3, secondo cui in caso di pronuncia di una sentenza di primo grado, la prescrizione è sospesa fino alla sentenza definitiva.²⁷

2.2.3. L'interruzione della prescrizione del reato (§ 78c StGB)²⁸.

I casi che interrompono la prescrizione sono tassativamente elencati nel § 78c StGB. Tra questi figurano i più significativi atti tipici dell'autorità giudiziaria, come ad

²⁷ ZIPF/LAUE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8a ed., Heidelberg, 2014 p. 1011.

²⁸ §78c StGB *Interruzione ("Unterbrechung")*. (1) La prescrizione viene interrotta 1. dalla prima audizione dell'indagato, dalla comunicazione che è stato iniziato contro di lui un procedimento istruttorio o dal provvedimento che dispone tale audizione o comunicazione, 2. da ogni interrogatorio dell'imputato da parte del giudice o dal provvedimento che lo dispone, 3. da ogni incarico conferito dal giudice o dal Pubblico Ministero ad un perito, se l'imputato è già stato precedentemente interrogato o gli è stato comunicato l'inizio del procedimento istruttorio, 4. da ogni provvedimento giudiziario di sequestro o perquisizione e dalle decisioni del giudice che ratificano tali provvedimenti, 5. dall'ordine di arresto, di internamento, di comparizione e dalle decisioni con cui il giudice li ratifica, 6. dal promovimento della pubblica accusa, 7. dall'apertura del dibattimento, 8. da ogni fissazione di un'udienza dibattimentale, 9. dall'ordine di esecuzione della pena o da un'altra decisione corrispondente alla sentenza, 10. dalla sospensione temporanea del procedimento da parte del giudice per assenza dell'imputato, così come da ogni provvedimento del giudice o del Pubblico Ministero che, dopo tale sospensione del procedimento o nel procedimento contumaciale, dispone l'accertamento della dimora dell'imputato o l'assicurazione di prove, 11. dalla sospensione temporanea del procedimento da parte del giudice per incapacità processuale dell'imputato, così come da ogni provvedimento del giudice o del Pubblico Ministero che, dopo tale sospensione del procedimento, dispone l'esame della capacità processuale dell'imputato, o 12. da ogni richiesta giudiziaria di effettuare un procedimento istruttorio all'estero. Nel procedimento di sicurezza e nel procedimento autonomo, la prescrizione è interrotta dagli atti dei rispettivi processi corrispondenti a quanto previsto al primo periodo. (2) In caso di provvedimenti o decisioni scritte, la prescrizione è interrotta nel momento in cui il provvedimento o la decisione vengono firmati. Se il documento tuttavia non viene trasmesso subito dopo la firma, è determinante il momento in cui esso viene effettivamente trasmesso. (3) Dopo ogni interruzione, la prescrizione ricomincia a decorrere dall'inizio. La perseguibilità è tuttavia al più tardi prescritta quando dal momento indicato nel § 78a è trascorso il doppio del termine legale di prescrizione e, se il termine di prescrizione è inferiore a tre anni in virtù di leggi speciali, quando sono

esempio l'interrogatorio, l'incarico conferito a un perito, il provvedimento giudiziario di sequestro o di perquisizione e il decreto di convalida del giudice, l'ordine di arresto, l'esercizio dell'azione penale, l'apertura del dibattimento, la fissazione dell'udienza dibattimentale, la pronuncia di una sentenza nonché, infine, la sospensione temporanea del procedimento per assenza dell'imputato o per sua incapacità processuale (che invece in Italia comporterebbe la sospensione della prescrizione).²⁹

Dopo ciascuna interruzione, la prescrizione ricomincia a decorrere dall'inizio. Il reato è tuttavia al più tardi prescritto quando dal *dies a quo* sia trascorso il doppio del termine ordinario di prescrizione previsto al § 78 StGB. Se il termine è inferiore a tre anni, il limite massimo è pari a tre anni (§ 78c, co. 3 StGB). Anche in questo caso resta però sempre salva la regola di cui al § 78b StGB, secondo cui dopo la pronuncia della sentenza di primo grado la prescrizione non opera più, essendo sospesa fino al passaggio in giudicato della sentenza penale.³⁰

Con riguardo all'effetto dell'interruzione, una differenza importante rispetto alla disciplina italiana è sancita al quarto comma del § 78c StGB: contrariamente a quanto previsto dall'art. 161, co. 1 c.p., secondo cui l'interruzione esplica efficacia per tutti coloro che hanno commesso il reato, l'interruzione in Germania produce effetti solo nei confronti di colui al quale l'atto interruttivo si riferisce. Se ne può desumere che la prescrizione in Germania non incide sul fatto come offesa ma è da considerarsi come un ostacolo che, per ragioni formali, comporta un venir meno dello *ius puniendi*. Accanto a diversi altri aspetti peculiari del regime normativo germanico della prescrizione, dunque, anche questa regola vale a sostenere la tesi secondo cui in Germania la prescrizione, almeno in un diretto confronto con la disciplina giuridica italiana, riveste un carattere preminentemente processuale.

2.3. La natura giuridica della prescrizione.

In Germania la questione riguardante l'inquadramento giuridico del fenomeno prescrizione è molto dibattuta. Il legislatore, prevedendo una definizione piuttosto neutra della prescrizione, perseguiva proprio questo intento, vale a dire non risolvere la questione *ex auctoritate*, bensì devolverla all'accademia dottrinale ed alla elaborazione giurisprudenziale.

In dottrina, centrale è l'idea di dover distinguere rigorosamente tra i due piani della *ragione d'essere* della prescrizione (*Grund*), da un lato, e dell'*effetto* di essa (*Wirkung*), dall'altro lato, per poter cogliere in maniera sufficientemente precisa l'essenza del

trascorsi almeno tre anni. Il § 78b resta inalterato. (4) L'interruzione ha effetti solo nei confronti di colui al quale si riferisce l'atto interruttivo. (5) Se una legge vigente al momento in cui il fatto è portato a termine viene modificata prima della decisione e con ciò si abbrevia il termine di prescrizione, gli atti interruttivi intervenuti prima dell'entrata in vigore della nuova legge rimangono efficaci, anche se in base alla nuova normativa la perseguibilità sarebbe già stata prescritta al momento dell'interruzione.

²⁹ SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, p. 440.

³⁰ MITSCH, § 78b, in *Münchener Kommentar*, n. marg. 1; SALIGER, § 78b, in *NK-Kommentar*, n. marg. 1.

variegato fenomeno della prescrizione.³¹ Sul punto, particolarmente chiare e sintetiche sono le parole di Jescheck: “Die Verfolgungsverjährung ist ein Rechtsinstitut an der Grenze zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht: Ihr Grund liegt hauptsächlich im materiellen Recht, ihre Wirkung beschränkt sich jedoch auf das Verfahren”.³² Mentre con riguardo alla natura giuridica da assegnarsi all’effetto della prescrizione si è sempre più affermata e infine consolidata l’opinione a favore del carattere processuale della prescrizione, e ciò in particolare a seguito del celebre dibattito sulla prescrizione (*Verjährungsdebatte*) e alla domanda cruciale circa la compatibilità dell’efficacia retroattiva di una norma prescrizionale con il relativo divieto costituzionale vigente per norme penali (art. 103 II *Grundgesetz*), maggiori tentennamenti si individuano in merito alla natura giuridica da assegnare alla *ragione* e, quindi, alla legittimazione giuridica di fondo della prescrizione.

2.3.1. L’indirizzo processuale puro.

Una parte della dottrina sostiene che, sia alla luce delle ragioni di fondo che giustificano il venir meno dello *ius puniendi*, sia con riguardo agli effetti giuridici che essa produce, la prescrizione del reato debba essere considerata come istituto giuridico di natura processuale.³³

Tra le ragioni che giustificerebbero la prescrizione sarebbero in primo luogo da individuare l’economia e l’efficienza processuale (*Verfahrensökonomie*) nonché le riscontrabili obiettive difficoltà a reperire (efficacemente) materiale probatorio a seguito del decorso del tempo (*Beweisvergänglichkeit*). Dichiarare dopo un determinato periodo di tempo un non doversi procedere sarebbe l’unica opzione logica e sostenibile in uno stato di diritto. Piuttosto di accettare l’eventualità di una sentenza di condanna basata su una verità giudiziale che solamente con fatica si sia riusciti ad accertare superando il dovuto ragionevole dubbio, si preferisce – in linea con il principio dell’*in dubio pro reo* – pronunciare sentenza di proscioglimento. Contro questo argomento è stato obiettato che in presenza di difficoltà probatorie si sarebbe comunque sempre obbligati a pronunciare sentenza di assoluzione.³⁴ Nonostante tutto resta però innegabile che la garanzia di una sicura prescrizione è certamente maggiore rispetto all’eventualità di una sentenza di assoluzione pronunciata per insufficienza probatoria.

³¹ Con riguardo al carattere multiforme della prescrizione non rimane che rinviare all’azzeccato paragone tra essa e l’ornitorinco (quale animale non univocamente abbinabile ad una sola specie) di GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Convegni di studio “Enrico de Nicola”. Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2006, p. 79.

³² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 911.

³³ STERNBERG/LIEBEN, *Vorbem. §§ 78 ff, Strafgesetzbuch Kommentar*, n. marg. 3; SALIGER, *Vor §§ 78 ff*, in *NK-Kommentar*, n. marg. 4; SCHMID, *Vor § 78*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, n. marg. 8 ss.; MITSCH, *Vorbemerkung zu den §§ 78 ff.*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, n. marg. 1; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 23/52.

³⁴ V. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 912.

Sempre lo stesso filone dottrinale processualistico sostiene che non soltanto sul piano delle ragioni che la sorreggono e giustificano, ma anche per la specifica natura del suo effetto la prescrizione sarebbe di natura strettamente processuale. Essa rappresenterebbe infatti un ostacolo formale-processuale ad una eventuale continuazione del processo (una causa d'improcedibilità sopravvenuta – *Verfolgungshindernis*); il disvalore del fatto resterebbe invece pienamente in vita.

Tra gli argomenti principali che sorreggono quest'interpretazione si individuerebbero l'obbligo della sua rilevabilità d'ufficio in qualsiasi stato e grado del procedimento, la sua non rinunciabilità³⁵, la sua limitata efficacia – in un'ipotesi di concorso di persone – nei confronti della persona contro la quale si procede e non anche nei confronti di tutti i concorrenti e, infine, il dettato codicistico di cui al comma 1 del § 78 StGB che parla di causa “che esclude la persecuzione del fatto e la disposizione di misure”.

Ai fini dell'affermazione di questa interpretazione della prescrizione sul piano della sua *Wirkung* era però fondamentale l'esigenza di dover e voler inquadrare le norme prescrizionali come norme processuali. Ciò era volto ad evitare, tramite un intervento di allungamento dei termini prescrizionali ordinari, rispettoso del divieto costituzionale della retroattività di norme penali sostanziali (art. 103 II Grundgesetz), la maturazione della prescrizione con riguardo ai crimini del regime nazionalsocialista e, più tardi, dei crimini realizzati dal partito comunista SED nella Repubblica Democratica Tedesca (DDR), in particolare dell'omicidio doloso aggravato³⁶.

2.3.2. L'indirizzo sostanziale puro.

Un indirizzo diametralmente opposto assegna invece alla prescrizione natura sostanziale sia sul piano della sua ragion d'essere, sia sul piano del suo effetto. Accanto alla natura sostanziale della sua legittimazione, la prescrizione sarebbe, soprattutto sul piano degli effetti, da considerarsi come causa di esclusione del reato

³⁵ In base al principio della prevalenza di una sentenza di merito su una sentenza di rito, è fatta però salva la (rara) eccezione di poter pronunciare, in presenza di una maturata prescrizione, al posto di una sentenza di non doversi procedere, una sentenza di assoluzione, nell'ipotesi in cui la non sussistenza della responsabilità penale risulti in quel momento pienamente provata. MITSCH, § 78, in *Münchener Kommentar*, n. marg. 9.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 913; SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, p. 435.

³⁶ Al tempo per l'omicidio doloso aggravato si prevedeva un tempo di prescrizione di 20 anni. Tenendo conto che il *dies a quo* per gli omicidi realizzati durante il regime nazista veniva fissato all'8 maggio 1945, quest'ultimi sarebbero risultati prescritti nella primavera del 1965. In una seduta parlamentare avuta luogo nel 1965, si spostò tuttavia il *dies a quo* al 31 dicembre 1949. Dopo un successivo intervento, nel 1969, che prevede un prolungamento dei termini da 20 a 30 anni, nel 1979 si passò infine a prevedere l'imprescrittibilità dell'omicidio doloso aggravato. Per ulteriori richiami si rinvia a ZIPF/LAUE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8a ed., Heidelberg, 2014, p. 1005 s.; SALIGER, *Vor §§ 78 ff*, in *NK-Kommentar*, n. marg. 9. Per una posizione critica, invece, con riguardo alla previsione dell'imprescrittibilità dell'omicidio doloso aggravato, anche e soprattutto da un punto di vista storico, si rinvia a VORMBAUM, *Mord sollte wieder verjähren*, in Schulz et al. (a cura di), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, Baden-Baden, 1997, p. 481 ss., p. 496 ss.

(*Unrechtsaufhebungsgrund*). In quanto tale, essa farebbe venir meno la pretesa punitiva dello Stato per il venir meno dell'illiceità penale del fatto realizzato³⁷ ovvero costituirebbe, in via subordinata, una causa di esclusione della pena (*Strafausschließungsgrund*)³⁸. Questo indirizzo assoluto e unidimensionale ha trovato già in passato pochi sostenitori³⁹ ed è oggi quasi del tutto abbandonato.

2.3.3. L'indirizzo misto sostanziale-processuale.

Un terzo filone dottrinale⁴⁰ sostiene infine un approccio intermedio. Esso, infatti, aderisce all'indirizzo processuale puro ritenendo che sul piano degli effetti della prescrizione essa sarebbe da qualificarsi come causa di esclusione della perseguibilità del fatto con mera efficacia processuale. Con riguardo alle ragioni che sorreggono l'istituto della prescrizione, invece, esso condivide l'approccio sostanziale e, quindi, il convincimento che la legittimazione della prescrizione sia strettamente connessa alla finalità della pena. Più si allungano i tempi dal momento della commissione del reato, più diminuiscono infatti le finalità tipiche di prevenzione generale e speciale della pena e, pertanto, il suo ruolo di ristabilire la pace sociale, la certezza del diritto, la fiducia nello Stato di diritto, la risocializzazione del reo nonché il suo carattere deterrente nei confronti della commissione di futuri reati. Sarebbe dunque il decorso del tempo assieme a queste ragioni giuridico-sistematiche di fondo (e non più, come si riteneva in passato, la forza del tempo, *die Macht der Zeit*, considerata di per sé)⁴¹ a rendere obsoleta l'applicazione della pena stessa e, quindi, a far cadere il bisogno di punire (*Strafbedürfnis*), quest'ultimo qualificabile come maggiore o minore a seconda della gravità del fatto tipico che si assume realizzato. Tale prospettiva legittimerebbe pertanto i diversi tempi di prescrizione proporzionati alla diversa gravità del fatto dedotta dalla

³⁷ BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 180, 190, 251; LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, p. 56; STACKELBERG v., *Verjährung und Verwirklichung des Rechts auf Strafverfolgung*, p. 759, 765.

³⁸ LISZT v./SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, § 75 II.

³⁹ BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, p. 251; KAUFMANN, *Strafanspruch- Strafanklagerecht. Die Abrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968, p. 154; LISZT v./SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 451; LORENZ, *Die Verjährung in der Strafgesetzgebung*, p. 55 ss.; STACKELBERG v., *Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung*, p. 765.

⁴⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 912; SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, p. 433 ss.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28a ed., München, 2014, § 78 n. marg. 1; VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, p. 226.

⁴¹ Per la critica rivolta a questa teoria, ormai abbandonata, si rinvia a LORENZ, *Die Verjährung in der Strafgesetzgebung*, p. 92; ID., *Die Verjährung im Strafrechte*, p. 32; LISZT v./SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 451. Per un quadro valutativo più recente e, sotto certi aspetti, più possibilista in rapporto a una eventuale validità della teoria si rinvia a YOUNG GI HONG, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs. Eine Studie zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der Verjährung unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Unverjährbarkeit*, Frankfurt a.M, 2005, p. 84 ss.; ASHOLT, *Verjährung im Strafrecht*, p. 107 ss. (p. 109). Per una posizione critica si rinvia anche a MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimediazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, p. 63.

pena edittale comminata (§ 78, co. 3 StGB). Sempre secondo questo filone dottrinale, infine, soltanto un approccio fortemente sostanziale si presterebbe a giustificare la previsione di fatti imprescrittibili. La ferita sociale arrecata attraverso determinati fatti sarebbe infatti talmente pesante da non permettere, in primo luogo per motivi di retribuzione e di giustizia sostanziale, una rinuncia alla pretesa punitiva da parte dello Stato.

Accanto a questi criteri di carattere più generale, tra gli argomenti a sostegno dell'approccio sostanziale la dottrina cita la regola della sospensione iniziale della prescrizione fino al raggiungimento del trentesimo anno di vita della vittima di reati di abuso sessuale. Sarebbe l'interesse della vittima a vedere punito l'autore dell'offesa a incidere sulla modalità di regolazione della prescrizione (*berechtigtes Genugtuungsinteresse*).⁴²

Questo approccio volto a dare maggiore rilievo alla vittima non soltanto nell'ambito della regolamentazione della prescrizione, ma anche in altri fori del diritto penale, presenta in Germania una lunga tradizione, che sta riaffiorando soprattutto nell'ultimo decennio.⁴³ Sempre con riguardo al tema della prescrizione, si sostiene che proprio in considerazione della prospettiva della vittima non si potrebbe che continuare a sollecitarne l'allungamento, così come appare già efficacemente possibile in applicazione dell'imprescrittibilità *de facto* dopo la pronuncia della sentenza di primo grado (§ 78b, co. 3 StGB).

Questo filone dottrinale non nega tuttavia che anche altri interessi abbiano influenzato il legislatore penale nella redazione della disciplina codicistica di cui ai §§ 78 StGB nella sua versione oggi vigente, dicasi l'economia processuale, l'interesse a un celere ed efficiente agire delle autorità giudiziarie nonché, infine, la volontà di poter allungare i tempi prescrizionali in rapporto a fatti il cui accertamento sia particolarmente complesso.

3. La prescrizione del reato in Austria.

3.1. Considerazioni generali.

⁴² HÖRNLE, *Sollen Verjährungsfristen für den sexuellen Missbrauch von Minderjährigen verlängert werden?*, in *Goltdammer's Archiv (GA)*, 2010, p. 392.

⁴³ HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, in *Juristenzeitung (JZ)*, 2006, p. 950 ss.; AMELUNG, *Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation*, in *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 3 ss.; HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, München 2002; WEIGEND, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafvfahrensrecht, in *Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung (RW)* 2010, p. 39 ss.; ID., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989; SCHÖCH, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)* 1984, p. 385 ss.; SEELMANN, *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, in *Juristenzeitung (JZ)* 1989, p. 670 ss.

Diversamente da quanto ci si potrebbe aspettare in base a certe impostazioni soprattutto processuali non dissimili da quelle tedesche – e sul punto vale la pena ribadire anche in questa sede l'importanza di considerare la prescrizione del reato sempre in riferimento al sistema processuale penale vigente in ciascun ordinamento giuridico –, la prescrizione del reato austriaca è regolata in maniera assai diversa da quella tedesca. Il pensiero di fondo che in Austria sorregge la prescrizione del reato è, infatti, secondo un'opinione dottrinale ormai consolidata, di natura decisamente sostanziale. Essa si fonda sul convincimento che con il decorso del tempo il bisogno di punire si affievolisce e, infine, viene a cadere sia con riguardo alla prevenzione speciale che a quella generale.⁴⁴ In Austria, infatti, la prescrizione non *esclude la perseguibilità*, ma *estingue la punibilità* del reato (*“die Strafbarkeit von Taten erlischt durch Verjährung”*).⁴⁵ Sotto questo aspetto, la disciplina austriaca appare pertanto molto più vicina a quella italiana piuttosto che a quella tedesca. La prescrizione maturata, in altre parole, viene considerata come causa materiale di estinzione della punibilità del fatto (*materieller Strafaufhebungsgrund*).⁴⁶ Di eventuali aspetti processuali (economia processuale, difficoltà probatorie dovute al decorso del tempo, maggiore rischio di errori materiali in sentenza), invece, si tiene conto soltanto secondariamente – anche se, come vedremo, in maniera assai efficiente e rigida.

3.2. Il quadro normativo.

In Austria la prescrizione è regolata dal codice penale (*Strafgesetzbuch, StGB*). In concreto, la prescrizione della punibilità (del reato) si rinviene nei §§ 57 e 58 StGB (*Strafbarkeitsverjährung*), la prescrizione dell'esecuzione (della pena) nei §§ 59 e 60 StGB (*Vollstreckungsverjährung*).

Al primo comma del § 57 StGB⁴⁷ trovano subito elencazione i reati imprescrittibili. La prescrizione è esclusa per reati puniti con la pena detentiva da “dieci

⁴⁴ LEUKAUF/STEININGER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Eisenstadt, 1992, § 57, n. marg. 1 s.; MAREK, *Vor §§ 57-60*, in Höpfel/Ratz (a cura di), *Wiener Kommentar*, Wien, 2016, n. marg. 3.

⁴⁵ § 57, co. 2 StGB.

⁴⁶ SCHALLMOSER, *Vorbemerkungen zu den §§ 57 bis 60 StGB*, in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (a cura di), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2016, n. marg. 25; ANZENBERGER, „Überlange Verjährungsdauer“ nach § 58 Abs 3 Z 3 StGB: *Opferschutz Strafzweck?*, in *Richterzeitung (RZ)*, 2011, p. 165.

⁴⁷ § 57 StGB *Prescrizione della punibilità (“Verjährung der Strafbarkeit”)*. (1) I reati puniti con pena detentiva da dieci a venti anni o con l'ergastolo, così come i reati di cui alla sezione venticinquesima, non si prescrivono. Tuttavia, dopo venti anni, l'ergastolo è sostituito con la pena detentiva da dieci a venti anni. Per questo termine si applicano il comma 2 e il § 58. (2) La punibilità degli altri reati si estingue per prescrizione. Il termine di prescrizione inizia a decorrere quando l'attività illecita si è conclusa o la condotta illecita è terminata. (3) Il termine di prescrizione è di venti anni, quando la condotta non è punita con l'ergastolo, ma con pena detentiva superiore a dieci anni; - dieci anni, quando la condotta è punita con pena detentiva superiore a cinque anni, ma non superiore a dieci anni; - cinque anni, quando la condotta è punita con pena detentiva superiore a un anno, ma non superiore a cinque anni; - tre anni, quando la condotta è punita con pena detentiva superiore a sei mesi, ma non superiore a un anno; - un anno, quando la condotta è punita

a vent'anni o con l'ergastolo"; accanto all'omicidio vi rientrano molti delitti contro la persona aggravati dall'evento morte, quali ad esempio la violenza sessuale, il sequestro di persona a scopo di estorsione o la rapina aggravata, ma anche una serie di reati previsti in leggi speciali come ad esempio i reati di "Wiederbetätigung" nella legge di proibizione del 1947 (*Verbotsgesetz*). Imprescrittibili sono, infine, anche tutti i reati previsti dalla 25a sezione dello StGB come il genocidio, i crimini contro l'umanità nonché tutti gli altri crimini di guerra ivi previsti.

Una regola particolare, sempre contenuta nel primo comma, prevede però la possibilità di sostituire la pena dell'ergastolo con una pena detentiva da dieci a vent'anni nel caso in cui dalla commissione del fatto, dal *dies a quo*, siano decorsi vent'anni. Nonostante la previsione dell'imprescrittibilità, si intende dunque tenere conto – dopo un decorso di vent'anni – dell'affievolito bisogno di pena. Questa regola conferma come in Austria prevalga di gran lunga, sull'idea retributiva della pena su cui concettualmente si basa l'imprescrittibilità di un reato, la finalità di prevenzione generale e speciale della pena.

Ai sensi del secondo comma del § 57 StGB, la punibilità degli altri reati si estingue per prescrizione. Al terzo comma sono previsti tempi di prescrizione diversi (da 20 anni ad 1 anno) proporzionati alla gravità del fatto deducibile dalla pena edittale comminata in astratto senza tenere conto di eventuali aumenti o diminuzioni di pena dovuti alla sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti.⁴⁸

Il *dies a quo* coincide con il momento in cui il fatto risulta realizzato (attività conclusa, condotta illecita terminata).

Diversamente da quanto abbiamo visto per la Germania e di quanto ci è noto per l'Italia, in Austria non esiste l'istituto della interruzione della prescrizione, ma soltanto quello della sospensione. Nel § 58 StGB⁴⁹, intitolato "Prolungamento del termine di

con pena detentiva non superiore a sei mesi oppure con la sola pena pecuniaria. (4) A seguito dell'intervento della prescrizione, pure l'acquisizione pubblica e le misure preventive diventano inammissibili.

⁴⁸ MAREK, *Vor §§ 57-60*, in *Wiener Kommentar*, n. marg. 7.

⁴⁹ § 58 StGB *Prolungamento del termine di prescrizione ("Verlängerung der Verjährungsfrist")*. (1) Se un evento appartenente alla fattispecie si verifica dopo che l'attività illecita si è conclusa o la condotta illecita è terminata, il termine di prescrizione non scade se non ha iniziato a decorrere dal momento in cui si è verificato l'evento, ovvero dopo che è decorso una volta e mezzo il termine di prescrizione, e comunque almeno tre anni, dal momento indicato nel § 57 comma 2. (2) Se, durante il decorso della prescrizione, l'autore commette nuovamente un reato che esprime la medesima inclinazione a nuocere, la prescrizione non interviene fino a quando il termine non sia trascorso anche per questo reato. (3) Non vengono inclusi nel computo del termine di prescrizione: 1. il periodo durante il quale, per una disposizione legislativa, il procedimento non può essere iniziato o proseguito, qualora la Costituzione federale, di cui al BGBl n. 1/1930, e il quarto comma non dispongano diversamente; 2. il periodo tra il primo interrogatorio dell'indagato, il primo ammonimento riguardo la possibile applicazione oppure l'applicazione di misure coercitive nei confronti dell'autore a causa del reato (§ 93 comma 1 e § 105 comma 1 StPO), il primo provvedimento del Pubblico Ministero che dispone l'esecuzione, o richiede l'autorizzazione a eseguire, le misure investigative e di acquisizione di elementi di prova disciplinate all'ottavo capo dello StPO e volte a chiarire il sospetto a carico dell'autore, il mandato di ricerca o arresto, la richiesta di carcerazione preventiva o l'esercizio dell'azione penale, e il passaggio in giudicato della sentenza; 3. il periodo fino al compimento del 28° anno d'età della vittima di un reato contro l'integrità fisica e la vita, contro la libertà personale o contro l'integrità e l'autodeterminazione sessuale, qualora la vittima al momento della commissione del reato era minorenne;

prescrizione”, troviamo elencate tutte le ipotesi nelle quali il decorso temporale della prescrizione risulta sospeso o, per essere precisi, il termine risulta prolungato nella misura in cui il decorso risulta sospeso.

Con riguardo a quest’ultima disposizione, quattro sono i casi di particolare interesse. Al secondo comma del § 58 StGB si prevede una disciplina speciale per chi, da recidivo, commette un altro reato. Se durante il decorso della prescrizione l’autore commette nuovamente un reato che esprime la medesima inclinazione a nuocere, ad esempio commettendo un reato contro lo stesso bene giuridico (o quando il fatto è da ricondurre a simili motivi biasimevoli), la prescrizione non risulta maturata fino a quando il termine non sia trascorso anche per questo reato. Questa disposizione esprime molto bene uno dei pensieri di fondo della disciplina normativa austriaca: attraverso le norme prescrizionali si intende, infatti, tenere conto di un eventuale auspicato cambiamento positivo della personalità dell’autore verificatosi col tempo, facendo così venir meno la necessità di punirlo e di affidare alla pena il compito della sua rieducazione.⁵⁰ L’autore sarebbe dunque meritevole di poter usufruire degli ordinari tempi di prescrizione e, quindi, della maturata prescrizione come causa materiale di estinzione della punibilità del fatto soltanto qualora abbia dimostrato di essere cambiato. Con questa disposizione si realizza una forte accentuazione della finalità specialpreventiva della pena.⁵¹

La seconda specificità della disciplina prescrizionale austriaca si individua al comma 3, n. 2 del § 58 StGB. In esso si prevede una disposizione molto simile a quella tedesca della sospensione del decorso prescrizionale dopo la pronuncia della sentenza di primo grado fino al passaggio in giudicato (§ 78b, co. 3 StGB, *Ablaufhemmung*). Ai sensi della norma austriaca, la prescrizione è sospesa dal momento del primo interrogatorio dell’indagato fino al passaggio in giudicato della sentenza penale. Durante la pendenza di un procedimento la prescrizione è dunque esclusa *a priori*. Questa norma ha una lunga tradizione in Austria. Il principio dell’economia processuale, difatti, rende inconcepibile la maturazione della prescrizione durante la pendenza del processo.⁵²

La terza norma prescrizionale, che ai nostri fini pare di particolare interesse, è sempre prevista al § 58, in particolare al comma 3, n. 3 StGB. Ai sensi di tale disposizione,

4. la messa alla prova ai sensi del § 203 comma 1 StPO, il periodo assegnato per il pagamento di una somma di denaro e l’eventuale riparazione del danno, nonché per l’assolvimento di prestazioni di utilità sociale e l’eventuale riparazione delle conseguenze del reato (§ 200 comma 2 e 3, § 201 comma 1 e 3 StPO), così come il tempo intercorso tra la presentazione di una richiesta del Pubblico Ministero ai sensi del § 204 comma 3 StPO e la comunicazione del conciliatore riguardo agli accordi di riparazione e al loro adempimento (§ 204 comma 4 StPO). (3a) Una sospensione della prescrizione in forza dei commi precedenti rimane efficace anche qualora il reato, in conseguenza di una successiva legge, dovesse risultare prescritto, secondo la nuova disciplina, già al momento della sospensione. (4) Se il reato può essere perseguito solamente dietro richiesta o autorizzazione di chi è a tal fine legittimato, il decorso della prescrizione non è sospeso per il fatto che la persecuzione non viene richiesta, che manca la querela o che l’autorizzazione non viene concessa.

⁵⁰ SEILER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Wien, 2015, n. marg. 576.

⁵¹ TISCHLER, § 58 StGB, in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (a cura di), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2011, n. marg. 8.

⁵² SCHALLMOSER, § 58 StGB, in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (a cura di), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2016, n. marg. 43 ss.

il decorso del tempo è sospeso fino al raggiungimento del 28° anno di vita della vittima di reati contro la vita e l'integrità fisica, contro la libertà personale, contro l'integrità e l'autodeterminazione sessuale, a condizione che al momento del fatto la vittima fosse minorenni. Si tratta di una norma simile a quella tedesca di cui al § 78b, co. 1, n. 1 StGB (*Anlaufhemmung*), con la sola differenza, a parte i due anni di differenza di età, che tenendo conto del raggio molto più ampio di reati espressamente menzionati nella disposizione austriaca in presenza dei quali si giustifica questo "spostamento del *dies a quo*", la tutela apprestata alla vittima minorenni è maggiore – per una parte della dottrina anche troppo – rispetto a quella garantita dalla norma tedesca; l'applicazione della norma non viene infatti limitata ai reati di abuso sessuale della vittima con sfruttamento di una posizione di gerarchia o di svantaggio della vittima.⁵³ L'idea è sempre quella di accentuare il ruolo della vittima e di prendere in considerazione il suo interesse a vedere punito l'autore.⁵⁴ Seppure in dottrina questo approccio, in linea di principio, venga approvato, si dubita che la previsione di una tutela così ampia sia ancora proporzionata e giustificabile come ragione legittimante la sospensione della prescrizione.⁵⁵

Meritevole di un ultimo richiamo è, infine, il numero 3a del § 58 StGB. In esso si prevede che la sospensione del decorso del tempo prescrizione continui ad avere effetto nonostante, ai sensi di una legge successiva, il reato per cui si procede risulti già prescritto. Questa norma desta notevoli perplessità, in quanto appare chiaramente in contrasto con il principio secondo cui una legge favorevole debba avere efficacia retroattiva. Poiché si tratta di una norma introdotta soltanto recentemente (legge di modifica *Strafrechtsänderungsgesetz* 2015, in vigore dal 1° gennaio 2016⁵⁶), si è in attesa di vedere fino a quando essa sarà in grado di reggere allo scrutinio della Corte costituzionale. A parere del legislatore, e dunque da quanto si può leggere nella relazione accompagnatoria alla legge di riforma⁵⁷, la regola sarebbe coperta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare dalla ben nota sentenza Scoppola c. Italia⁵⁸. Questa interpretazione pare basarsi, però, su un equivoco: è pur vero che alla richiamata nota a margine 110⁵⁹ della sentenza esplicitamente si

⁵³ ANZENBERGER, „Überlange Verjährungsdauer“ nach § 58 Abs 3 Z 3 StGB: Opferschutz Strafzweck?, p. 166 s.

⁵⁴ ANZENBERGER, „Überlange Verjährungsdauer“ nach § 58 Abs 3 Z 3 StGB: Opferschutz Strafzweck?, p. 164 ss.

⁵⁵ ANZENBERGER, „Überlange Verjährungsdauer“ nach § 58 Abs 3 Z 3 StGB: Opferschutz Strafzweck?, p. 167.

⁵⁶ BGBl 2015/112.

⁵⁷ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV) StRÄG 2015, p. 53; v. anche MAREK, § 58, in *Wiener Kommentar*, n. marg. 36.

⁵⁸ C.EDU sent. Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, nota marg. 110. SCHALLMOSER, § 58 StGB, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, n. marg. 110; DURL, *Geänderte Verjährungsanlaufhemmung und § 61 StGB*, in *Juristische Blätter (JBl)*, 2010, p. 159.

⁵⁹ Sentenza C.EDU Scoppola c. Italia: “[...]110. La Corte ricorda che le norme in materia di retroattività contenute nell'articolo 7 della Convenzione si applicano solo alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono; in compenso, in altre cause, la Corte ha ritenuto ragionevole l'applicazione, da parte dei giudici interni, del principio *tempus regit actum* per quanto riguarda le norme processuali (v., a proposito di una nuova regolamentazione dei termini per la presentazione di un ricorso, *Mione c. Italia* (dec.), n. 7856/02, 12 febbraio 2004, e *Rasnik c. Italia* (dec.), n. 45989/06, 10 luglio 2007; v. anche *Martelli c. Italia* (dec.), n. 20402/03, 12 aprile 2007, relativa all'attuazione di una legge contenente nuove norme in materia di

escludono dalla regola della retroattività della legge più favorevole, tra altre norme, anche le disposizioni in materia di prescrizione. Emerge tuttavia dalla lettura della sentenza esplicitamente che per la C.EDU una norma prescrizionale è intesa come “norma processuale”, per cui è tale inquadramento processualistico della norma prescrizionale a determinare la sua esclusione dalla regola dell’efficacia retroattiva della legge più favorevole riservata a norme sostanziali. Il semplice fatto che in Austria, a differenza della Germania, le norme prescrizionali non sono norme di natura processuale, ma di natura sostanziale, vale pertanto a confutare il richiamo alla sentenza Scoppola per giustificare la conformità del numero 3a del § 58 StGB § all’art. 7, co. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

4. Considerazioni comparatistiche.

A causa dell’approccio diametralmente opposto seguito nei due paesi in sede di concezione di fondo dell’istituto della prescrizione, è innanzitutto l’eterogeneità delle due discipline nelle loro linee essenziali a dover essere sottolineata in questa sede. Alla base di tale diversità delle discipline prescrizionali sta il diverso inquadramento giuridico dell’effetto della prescrizione: mentre in Germania prevale decisamente l’opinione secondo cui la prescrizione esplica un effetto strettamente processuale, in Austria, invece, l’effetto riconosciuto alla prescrizione è di natura sostanziale, per cui si ritiene che essa estingue il reato in quanto ne estingue la punibilità (*Strafaufhebungsgrund*).

Altre diversità, seppure non così eclatanti, sono poi individuabili con riguardo alla maggiore o minore accentuazione, nell’uno o nell’altro ordinamento, delle ragioni sostanziali che sorreggono la prescrizione. In Austria si può ravvisare una più forte tendenza a ristabilire in primo luogo, attraverso norme prescrizionali di carattere specialpreventivo e di tutela della vittima, una pace sociale in un ambito “interpersonale”, anziché ambire al recupero della comunque sempre molto generica pace sociale e della fiducia delle persone nello Stato di diritto in rapporto alla repressione di illeciti penali. In Germania, per contro, sembra prevalere complessivamente l’idea che col decorso del tempo a rendere giustificabile sul piano sostanziale l’istituto della prescrizione, e con esso la rinuncia alla pena, sia in primo luogo l’affievolimento dell’allarme sociale e, quindi, del danno arrecato dal reato alla società nel suo insieme. Profili di natura specialpreventiva sembrano, invece, ricoprire un ruolo meno preminente.

A prescindere da tali differenze d’impostazione generale, per il resto prevalgono senza alcun dubbio le linee comuni. Al riguardo è da menzionare, anzitutto, il rilievo

valutazione delle prove, e *Coëme e altri*, già cit., §§ 147-149, relativa all’applicazione immediata ai procedimenti in corso delle leggi di modifica delle norme in materia di prescrizione). È dunque opportuno determinare se il testo che nel caso di specie è stato oggetto delle modifiche legislative controverse, ossia l’articolo 442 § 2 del CPP, contenesse delle disposizioni di diritto penale materiale, in particolare delle disposizioni che influiscono sulla severità della pena da infliggere. [...]”.

attribuito alla disciplina prescrizione nell'ottica dell'efficienza e dell'economia processuale dopo l'inizio del procedimento penale in Austria o dopo la pronuncia di una sentenza di primo grado in Germania. In particolar modo, il legislatore austriaco considera la prescrizione come un'eventualità che trova spazio solo prima che lo Stato abbia iniziato a perseguire il reato. Con l'esercizio dell'azione penale, difatti, il diritto all'oblio, che giustificherebbe la prescrizione del reato, viene meno. Questa soluzione radicale vale a sottolineare come nell'ordinamento austriaco la prescrizione sia indiscutibilmente considerata causa materiale di estinzione della punibilità.

Altra caratteristica comune ad entrambi gli ordinamenti giuridici è riscontrabile in un approccio piuttosto individualista, e non necessariamente riconducibile alle radici dogmatiche della prescrizione, nel prevedere regole speciali a tutela della vittima minorenne con riguardo a reati particolarmente offensivi della sua integrità psico-fisica. Con la previsione della cd. *Anlaufhemmung* si finisce per consacrare l'interesse individuale della vittima particolarmente debole a vedere punito l'autore del fatto. Riconoscere ad esso una tale valenza giuridica particolare all'interno della disciplina prescrizione significa ragionare in modo più differenziato e con uno spirito forse anche più realista sulle concrete finalità della pena.

5. La recente riforma della prescrizione in Italia: un commento.

Alla luce di queste sintetiche considerazioni comparatistiche sulle norme di prescrizione tedesche e austriache risulta utile, infine, volgere lo sguardo alla recente riforma della disciplina prescrizione italiana introdotta dai commi 10 fino a 15 dell'unico articolo della l. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. riforma Orlando). Tali disposizioni incidono difatti in modo significativo sugli artt. 158-161 c.p., in particolare 1) sulla decorrenza del termine della prescrizione per alcuni reati in danno di minori, 2) sulla sospensione e 3) sull'interruzione della prescrizione. Immutato rimane invece il tempo base necessario a prescrivere di cui all'art. 157 c.p.

Particolare interesse suscitano i primi due interventi appena richiamati, dicasi la nuova sospensione iniziale del decorso della prescrizione per finalità di tutela della vittima minorenne vulnerabile di cui al comma 10 (e al nuovo comma 3 dell'art. 158 c.p.) e le ipotesi di sospensione in presenza di una sentenza di condanna in primo e in secondo grado di cui al comma 11 (e al nuovo comma 2 dell'art. 159 c.p.). Trattandosi di due novelle di matrice straordinamentale – la prima si basa su una fonte internazionale, la seconda riproduce un precetto prescrizione tipico degli ordinamenti giuridici d'oltralpe –, con la loro introduzione il legislatore sperimenta un vero e proprio cambio di paradigma.

La prima di tali nuove previsioni (comma 10 della legge di riforma e nuovo comma 3 dell'art. 158 c.p.) riguarda lo spostamento del *dies a quo* dal momento della consumazione del reato al raggiungimento della maggiore età della persona offesa per finalità di protezione della vittima minorenne di delitti di maltrattamenti e delitti contro la libertà individuale elencati all'art. art. 392, co. 1-bis c.p.p. Il precetto, già previsto in Germania (dal 1994) e in Austria (dal 1998), trova ora ingresso anche nell'ordinamento

penale italiano. In ossequio alla Convenzione di Istanbul del 2011⁶⁰, con questa nuova previsione il legislatore italiano riconosce la finalità di protezione della vittima quale nuova ragione di fondo (sostanziale) della prescrizione del reato.

Esaminando la nuova norma in prospettiva comparata, particolare attenzione merita anzitutto la decisione del legislatore italiano di far decorrere il tempo necessario a prescrivere dal momento in cui la vittima abbia compiuto il diciottesimo anno. Anche in Germania e in Austria, come menzionato, il *dies a quo* era stato originariamente fissato a diciotto anni. In entrambi i paesi, tuttavia, gradualmente tale età ha conosciuto un aumento, che l'ha portata ai trent'anni in Germania e ai ventotto anni in Austria. Inequivocabili erano infatti i dati empirici, che evidenziavano come la capacità necessaria ad una più autonoma e matura riflessione della vittima non fosse garantita in automatico con il raggiungimento della maggiore età, bensì il più delle volte venisse raggiunta soltanto in epoca molto successiva⁶¹.

Tenendo conto di tale esperienza giuridica, comune ad entrambi i paesi, la decisione del legislatore italiano stupisce. Nonostante la tutela della vittima costituisca già di per sé una ragione prescizionale del tutto nuova per il legislatore italiano – per cui già l'*an* della sua previsione rappresenta un passo importante e, per certi versi, una conquista per la disciplina prescizionale italiana –, una decisione lungimirante avrebbe richiesto sin dall'inizio un limite di età più elevato. L'esitazione a non prevedere fin da subito una disciplina più congrua in tal senso, primariamente nell'interesse della vittima minorenni, costituisce una scelta difficilmente condivisibile. Alla luce della decisione di ricomprendere la tutela della vittima tra le ragioni valide a incidere sulla definizione dei contorni della prescrizione del reato, una sua effettiva e autorevole considerazione potrà essere garantita soltanto attraverso un aumento dell'età, anche a scapito dell'esigenza sostanziale di evitare interventi penali a lunga distanza dal fatto⁶².

Sempre con riguardo a questa nuova previsione normativa preme fare una seconda osservazione. Diversamente da quanto previsto in Germania e in Austria, essa, anziché essere qualificata come sospensione iniziale del decorso della prescrizione, è concepita come ipotesi di spostamento del *dies a quo* dal giorno ordinario di decorrenza del termine di prescrizione al giorno in cui la vittima minorenni raggiunge la maggiore età. La nuova norma è dunque contemplata come deroga alla disciplina generale di

⁶⁰ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, approvata il 7 aprile 2011 a Istanbul ed entrata in vigore il 1° agosto 2014. L'Italia ha ratificato la Convenzione con l. 27 giugno 2013, n. 77. Sulla non perfetta attuazione della Convenzione di Istanbul, in concreto del suo art. 58, da parte dell'Italia con la nuova ipotesi di sospensione iniziale della prescrizione di cui al nuovo co. 3 dell'art. 158 c.p., in particolare per la non coincidenza tra i cataloghi di reati rilevanti, si rinvia a BASILE, [La prescrizione che verrà](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 131 ss.

⁶¹ HÖRNLE/KLINGBEIL/ROTHBART, [Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch, Gutachten im Auftrag des Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs \(Deutsche Bundesregierung\)](#), 2013, p. 47 ss. e p. 73.

⁶² V. sul punto la presa d'atto della problematica da parte della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Fiorella (con riguardo ad una proposta di disciplina con il limite di età fissato ancora a quattordici anni), *Commissione Fiorella – per lo studio di possibile riforma della prescrizione (23 aprile 2013) – Relazione*, pubblicata sul sito www.giustizia.it p. 6.

determinazione del *dies a quo* per il reato consumato, il reato tentato, il reato permanente e il reato punibile in presenza di una determinata condizione. Considerando queste diverse ipotesi di fissazione del *dies a quo*, che nonostante la loro varietà posano tutte sull'idea di far decorrere il tempo necessario a prescrivere dal momento in cui il reato risulti completo in tutti quegli elementi che "compongono una certa fattispecie"⁶³, includendovi anche le condizioni di punibilità,⁶⁴ la qualificazione della regola in oggetto come nuova ipotesi di fissazione di un *dies a quo* ancora diverso è antitetica e in contrasto con la *ratio* dell'art. 158 c.p.

Il nuovo precetto, difatti, non potrebbe che essere qualificato, proprio tenendo conto delle peculiarità della sistematica della disciplina prescrizione italiana nel suo insieme, come ipotesi di sospensione iniziale del decorso della prescrizione e, dunque, essere collocato all'interno dell'art. 159 c.p. Esso contempla *par excellence* una situazione di forzata inattività giudiziaria⁶⁵ che si protrae dal momento della commissione del reato fino al raggiungimento di una determinata età della vittima.

La seconda modifica al centro della nostra attenzione è quella contemplata al comma 11 della legge di riforma e introdotta nel codice penale al nuovo co. 2 dell'art. 159: essa stabilisce che, in presenza di una sentenza di condanna in primo e in secondo grado, il decorso del tempo di prescrizione sia sospeso fino alla pronuncia della sentenza nel grado successivo di giudizio, sempreché non si superi il limite massimo di un anno e sei mesi. Come è stato messo in evidenza da una delle prime voci dottrinali a commento della legge⁶⁶, si tratta di una previsione asistemica (peraltro già battezzata come sospensione *endoprocedurale*⁶⁷), propriamente costituendo essa, diversamente dalle ipotesi sospensive fin d'ora contemplate dalla disciplina italiana, non un caso di forzata inattività della giurisdizione.

Il nuovo periodo di sospensione costituisce, difatti, un tempo concesso all'autorità giudiziaria per libera decisione del legislatore; la finalità della previsione è esclusivamente quella di impedire che si disperdano i risultati acquisiti durante il

⁶³ MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Nov. Dig. It.*, XII, Torino, 1966, p. 689.

⁶⁴ Sul punto sia concesso aprire una parentesi e mettere in evidenza come il dettato normativo di cui all'art. 158, 1° e 2° comma c.p., nel suo insieme non escluda *a priori* che anche in Italia il legislatore, nel momento della redazione della norma codicistica, seppure parlando esplicitamente di "consumazione" del reato – probabilmente intendendola "in un senso più ampio e diverso di quello costantemente lumeggiato dalla dottrina" (per questa interpretazione particolarmente evocativa v. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, p. 689) –, abbia in realtà avuto in mente un'idea affine a quella del legislatore tedesco (v. cap. 2.2.1.), dicasi far coincidere il *dies a quo* con il momento in cui il reato non risulta soltanto *consumato*, ma propriamente *terminato* o *esaurito* (*beendet*) e dunque completo in tutti i suoi elementi che "compongono una certa fattispecie" (MOLARI, *ibidem*), includendovi anche eventuali condizioni di punibilità richiamati al 2° comma. V. anche PAGLIARO, voce *Tempus commissi delicti*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 84. Per ulteriori riflessioni molto interessanti sul punto si rinvia al lavoro di FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La riscrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, p. 48 ss.

⁶⁵ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Artt. 150-240, Milano, 2011, art. 161 c.p., nota marg. 1.

⁶⁶ ZIRULIA, [Riforma Orlando: La "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, p. 243 ss;

⁶⁷ BASILE, [La prescrizione che verrà](#), cit.

processo. Si è in presenza, dunque, di un'ipotesi sospensiva di "nuova generazione" per il regime prescrizione, che suscita tuttavia perplessità sotto il profilo della sua linearità sistematica.

Al centro delle nostre osservazioni si situa tuttavia un altro profilo della norma in esame: le dilazioni temporali sono previste esclusivamente in caso di condanna, motivate da una palese ragione di economia processuale. Seppure l'idea di concedere un tempo supplementare utile per un più accurato vaglio sulla correttezza della conferma provvisoria dell'accusa possa risultare ragionevole, essa solleva interrogativi con riguardo sia al previsto trattamento differenziato tra sentenza di condanna e di assoluzione, sia alla qualità di una sentenza *non definitiva* da cui si fa dipendere l'effetto sospensivo.

Sotto il primo profilo, tenendo conto che la nuova disciplina comporta un appesantimento non irrilevante di una eventuale pronuncia di condanna – alla quale è ancorata la sospensione della prescrizione e con essa una innegabile menomazione della posizione processuale dell'imputato in questo specifico momento processuale –, discutibile si presenta la sua compatibilità con il rispetto della parità tra accusa e difesa a tutela delle garanzie individuali dell'imputato quale primario principio del giusto processo. Il nuovo regime inevitabilmente finisce così per avere un impatto negativo sull'imputato e sulla sua posizione processuale, che soltanto difficilmente potrà essere sanata e recuperata in un momento successivo del processo penale.

Sotto il secondo profilo appare assai problematico ancorare ad una sentenza non definitiva un effetto così rilevante qual è quello del prolungamento del termine di prescrizione. Seppure si preveda al nuovo comma 3 dell'art. 159 c.p. un rimedio all'evenienza che la condanna non sia confermata anche nel grado successivo, è fondato temere che l'impronta di "pre-condanna" resti incollata all'imputato, pregiudicando anche il giudizio definitivo.

A tal proposito sia consentita un'ulteriore osservazione: appesantire le sentenze di primo e di secondo grado, nell'eventualità di una pronuncia di condanna, con un effetto così rilevante sulla posizione dell'imputato come la sospensione del tempo prescrizione, significa aumentare notevolmente le responsabilità (e il potere) del giudice, confrontandolo con una situazione che lo condiziona nella sua libera discrezionalità. Ciò vale sia per un'eventuale condanna di primo grado, sia per un'eventuale assoluzione nel grado successivo nell'ipotesi in cui in primo grado sia stata pronunciata sentenza di condanna. In questo secondo caso il giudice, oltre a dover vagliare la sua decisione nel merito, dovrà pure considerare che con una decisione di non conferma della sentenza di condanna di primo grado capovolgerà pure il meccanismo processuale messo in moto con la sentenza di condanna di primo grado. Anche sotto questo versante, dunque, il diverso regime prescrizione dipendente dai diversi esiti del giudizio risulta assai discutibile, finendo esso potenzialmente per condizionare il giudice nella sua deliberazione sul *thema decidendum*, nel peggiore dei casi a scapito del principio dell'*in dubio pro reo*.

Tornando ad una prospettiva comparatistica, né in Germania, né in Austria si conosce un simile regime differenziato tra sentenza di condanna e di assoluzione; l'effetto sospensivo del tempo prescrizione opera a prescindere dal tipo di sentenza di

primo grado. In più, il fatto che in entrambi i paesi esso cessi pure soltanto nel momento in cui la sentenza passa in giudicato dimostra l'assoluta prevalenza riservata a esigenze di carattere processuale. Una volta raggiunta la fine del giudizio di primo grado, in entrambi gli ordinamenti si reclama la conclusione del processo penale con una sentenza di merito. L'economia processuale ammette la rivalutazione del lavoro svolto, non però un suo spreco.

Per contro, in Italia, in questa fase del processo, la dedizione a interessi esclusivamente processuali è meno forte. La soluzione italiana combina difatti interessi processuali e sostanziali. Una volta che l'imputazione risulti confermata, anche soltanto provvisoriamente, la sospensione dei termini gioca a favore di esigenze processuali, soltanto però fino al momento in cui, con il decorso del periodo sospensivo, il diritto all'oblio dell'imputato ricompare. Resta ferma, tuttavia, la critica rivolta alla disciplina con riguardo alla sua limitata efficacia prevista per le ipotesi di sentenza di condanna. Considerando, infine, la riforma in un quadro complessivo – ricomprendendovi anche le modifiche dell'art. 160 c.p. (nuova causa interruttiva dell'interrogatorio reso davanti alla polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero) e dell'art. 161 c.p. (co. 1: limitazione dell'effetto sospensivo della prescrizione per colui nei confronti del quale si sta per procedere; co. 2: aumento del termine massimo di prescrizione della metà per alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione), in questa sede non esplicitamente commentate –, è difficile constatarne una linearità sistematica. Sia detto, ciò, tanto considerando l'opera di riforma nel suo insieme, quanto con riguardo all'assetto normativo previgente imperniato, secondo dottrina prevalente⁶⁸, sulla tradizionale concezione sostanziale della prescrizione del reato. Sicuramente animato dall'intento di trasformare la prescrizione da strumento di difesa processuale, a servizio delle parti private, a istituto giuridico di uno Stato di diritto, propenso a garantire il diritto all'oblio in presenza di un interesse pubblico alla persecuzione del reato non sufficientemente dimostrato, il legislatore, in bilico tra la fedeltà alla tradizionale *ratio* sostanziale dell'istituto e la necessità di dirimere la sua applicazione inflazionaria, ha approvato una riforma eterogenea e composita non in grado di soddisfare le aspettative. Quantomai evidente è, difatti, come in definitiva il vero punto dolente non sia l'assetto normativo della prescrizione del reato (che dovrebbe regolamentare il tempo dell'oblio⁶⁹, tornando eventualmente alla versione congegnata prima della riforma del 2005; e, ciò, sia detto nonostante l'istituto prescrittivo rischi, con interventi del tipo in oggetto, l'erosione dei suoi principi-cardine), bensì l'attuale processo penale *in action*, laddove questi non

⁶⁸ Vedasi in particolare, CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 672; MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, p. 680; PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, p. 661; PISA, voce *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 79; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Art. 157 c.p., nota marg. 2; per una posizione critica in merito, invece, seppure nel contesto più ampio delle cause di estinzione del reato, PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 481 ss.; sempre diff. e con ulteriori richiami, più di recente, GIUNTA/MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 66 ss.

⁶⁹ VIGANÒ, [Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 36.



11/2017

risulta capace di garantire l'attuazione dell'interesse pubblico alla persecuzione dei reati, applicando la legge penale entro un tempo ragionevole (tempo del processo).