

regime, il perseguimento degli indicati scopi di «tutelare la posizione dell'emittente e del possessore» risulti, fondamentalmente, a somma zero, non introducendo il decreto delegato costi applicativi della legge maggiori o più onerosi a carico del risparmiatore anche sotto il versante della ripartizione del rischio, il giudizio sulla idoneità dell'assetto complessivo della gestione accentrata di strumenti finanziari quale risultante dalla sommatoria di questo provvedimento con la nuova disciplina del t.u. finanza, è destinato a rimanere sospeso per ciò che attiene all'altra finalità espressa di «assicurare il regolare svolgimento delle operazioni di compensazione, liquidazione, garanzia e pagamento». Ciò non con riferimento alla introdotta dematerializzazione, senz'altro utile ed auspicata anche in questa chiave, quanto piuttosto al pluralismo soggettivo di società di gestione accentrata.

Ed invero, se in costanza di duopolio Monte titoli - Gestione accentrata, si lamentava da fonte autorevolissima la duplicazione di costi a carico degli operatori derivanti dalla necessaria apertura di distinti depositi presso i due gestori, nonché le disconomie sottese a «due sistemi solo parzialmente omogenei dal punto di vista tecnico-operativo e con profonde differenze nella tariffazione dei servizi» (19), maggiori problemi, sotto il versante considerato, sono destinati a porsi nel nuovo assetto, dichiaratamente concorrenziale. Sarà perciò interessante verificarne le ricadute in termini di efficienza, considerato peraltro che la soluzione adottata costituisce un *unicum* nel panorama europeo, ove sono certo presenti modelli normativi di dematerializzazione di primo livello dei titoli di massa, mai tuttavia accompagnati dal pluralismo soggettivo dei gestori.

(19) Banca d'Italia-Monte titoli s.p.a., *La gestione accentrata, ecc.*, cit., 27.

## Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale (\*)

### A

Le linee son sempre quelle. E sempre dello stesso tipo, proposte, innovazioni. E sempre identico — da circa venticinque anni — un ragionamento che, presentato come medicina, si risolve invece in spirali destinate ad alimentare vizi del sistema.

Lo ricordiamo bene: iniziò a circolare, producendo i primi frutti normativi nel 1974. Da quel momento ce lo siam portati dietro, imperterrito e distortivo: «poiché l'apparato non funziona — che volete mai farci? —, bisognerà pur correre ad altri rimedi». Allora fu la volta del carcere preventivo: lo si dilatò, via via, a massimi di quasi undici anni; venne consacrato in termini di difesa sociale; si elaborarono argomenti per avallare effetti retroattivi dei vari inasprimenti. Dovremo riparlarne tra breve.

Ma l'avventurosa storia (così si espresse Franco Cordero) non finì lì. Anzi, il repertorio dei progetti sprigionati da quell'assoma pressoché non conosce confini: ogni qualche anno ritorna l'idea di sottrarre pezzi del processo alla presunzione d'innocen-

(\*) A fronte di proposte, interventi, polemiche in tema di prescrizione ed effetti retroattivi di eventuali riforme, l'Associazione «Franco Briccola» promosse, al proprio interno e fra le sue prime iniziative, incontri e relazioni anche sugli aspetti interdisciplinari. Più in particolare si volle non lasciare inascoltata la «provocazione» lanciata da Giorgio Marinucci (*Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole-24 Ore* del 12 marzo 1998), che si era espresso, ivi, a favore di rimedi praticabili con effetti retroattivi. Ne sono scaturite le pagine che seguono: una traccia introduttiva di Massimo Nobili e interventi di Luigi Stortoni, Massimo Donini, Maria Virgilio, Marco Zanotti, Nicola Mazzacuva.

za (quasi a introdurre una specie di «condanna provvisoria» e come se l'innocenza o gli errori accertati in appello, oppure dalla Corte di cassazione, non fossero più tali), o si escogitano soluzioni qua e là, una più degradante dell'altra (far sentenziare uno, anziché tre giudici; incrementare altre soluzioni svelte, basate su confessioni, «conclusioni» del pubblico ministero, contrattazioni, premi e così via). E guai a chi fiata: «grilli saccenti», «ipergarantisti» che fan l'occholino a Tangentopoli, «anime belle», incapaci di farsi carico dei problemi reali.

Il tutto sempre in virtù di quella deduzione mal combinata e, per esser sinceri, dal sapore un po' ricattatorio. Ecco il punto: visto che ci misuriamo a cicli ormai pluridecennali, non sarebbe tempo — per il prossimo — di cambiar registro? E d'iniziare a rivedere proprio quella premessa e, con lei, la «resa della macchina» (espressione comprensiva — è ovvio — anche dei nostri ottomila magistrati)? O siam capaci — a fronte d'inefficienze, improduttività e quant'altro dell'apparato penale — di refluire sempre e soltanto in erosioni, aggiramenti, sgretolio di garanzie e diritti?

Se dunque — dal 1974 al nuovo codice — fu la volta del carcere preventivo, adesso tien banco la prescrizione. Un primo esempio potrebbe venirci da quattro o cinque pronunzie reintervenute in pochi anni, a sezioni unite (sino alla più recente: 26 marzo 1997, Attinà), per imporre interpretazioni limitative, che evidentemente non riescono a convincere. Ma interessa di più il resto, ossia il brulicare di proposte normative, quasi una gara a chi escogita l'ultima idea: spostare il *dies a quo* per il computo della prescrizione al momento delle indagini (così dimenticando la *ratio* dell'istituto); neutralizzare in qualche modo gli effetti ex art. 157, 2° e 3° comma, c.p. (come se le circostanze non valessero più a individuare l'effettiva gravità dell'illecito), oppure introdurre questa o quell'altra causa di sospensione, con ulteriore ventaglio di alternative (esercizio di diritti difensivi, rogatorie, incombenze procedurali di diversa natura, ecc.).

La sequela delle scappatoie va così ad ingrossarsi, oscillando non casualmente fra diritto e processo, non di rado con taciti patti a sgusciar via — proprio con quell'ondeggiare — dal centro del problema, ossia dalla praticabilità di effetti retroattivi: i soli che — semmai — consentirebbero di presentare le riforme come rimedio ai collassi odierni. Comunque, non v'è chiarezza sul punto e certo pecca d'eccessivi ottimismo, un disegno di legge (29 aprile 1998 n. 3245, d'iniziativa dei senatori Fassone, Salvi ed altri; § 7 della relazione) in cui s'annota: «quanto al regime transitorio, soccorrono i principi generali, per cui non si ritiene necessaria un'apposita normativa».

Uniche questioni meritevoli d'interesse — al riguardo — sarebbero quelle processuali o, per dir meglio, interdisciplinari. Ma può servire una preliminare invasione nel campo del diritto sostanziale «puro», che — nonostante la sua chiarezza — ha bisogno di parole schiette. Distinguiamo i livelli e partiamo dal codice del 1930 che fissa in termini peculiari la garanzia dell'irretroattività. Ad esempio (ma occorrerebbe un discorso più articolato) l'art. 2, 1° comma, è, di per sé, costruito su una categoria limitativa: le norme sul fatto-reato. Rilievi analoghi valgono pure per i «principi minimi» del diritto penale internazionale (art. 7, 1° comma, della convenzione europea sui diritti dell'uomo; art. 15, 1° comma, del c.d. patto di New York, nonché art. 11, 2° comma, della dichiarazione 10 dicembre 1948, adottata dall'Assemblea delle Nazioni unite): essi — proprio perché destinati a valere nei più diversi ordinamenti giuridici — circoscrivono la garanzia alla disciplina sull'azione od omissione costitutiva del reato e sulla misura della pena.

Su questo piano può dunque esservi spazio per approfondimenti interpretativi e per conclusioni discutibili. Non è così invece, e non possono esservi dubbi, per il nostro testo fondamentale, nonostante i tempi proclivi a scombussolii, novità, improvvisazioni e «riletture» dirompenti: l'art. 25, 2° comma, Cost. sta ancora lì, chiaro e tondo, a vietare un'efficacia retroattiva *in pejus* per l'intera disciplina «in forza» della quale si è o non si è puniti (*an* e *quantum*), comprese le condizioni obiettive, le cause di giustificazione, la prescrizione per l'appunto, la querela, la sospensione condizionale, e quant'altro quella formula individua senza incertezze.

Insomma, proprio non v'è terreno per tergiversare: sarebbe costituzionalmente illegittimo un termine di prescrizione, ampliato — per qualunque via — con effetti retroattivi. Un paragone «terra-terra» ci dà conferme, anche a prescindere da ap-

profondimenti sull'interesse tutelato dalla storica regola: infatti non credo proprio che si troverebbe un solo magistrato disposto ad applicare la pena «x+n» per un fatto sanzionato, all'epoca della commissione, con la pena «x». Ma, se ciò vale per la garanzia minore, ossia per il *quantum* della sanzione, come pervenire a conclusione opposta per ciò che addirittura concerne l'*an* della condanna?

D'altra parte, e benché riferirsi a vent'anni or sono, oggi assomigli all'archeologia del diritto penale, le sezioni unite già affermarono (sentenza 16 ottobre 1979, Maggi) che la disciplina della prescrizione non si sottrae alle usuali garanzie dettate per la successione di leggi penali nel tempo. Né più recenti indirizzi — pur volti a distinguere il «reato» dalla «punibilità» (sentenze della Corte costituzionale, 369/88 e delle sezioni unite, 26 marzo 1997, già ricordata) — hanno prodotto soluzioni diversificate per gli aspetti che qui interessano.

Veniamo ora al versante processuale. Qui, alla radice di tutto, troviamo una biforcazione, ossia concezioni antitetiché: solo chi identifica la procedura penale con una mera pratica e una neutra organizzazione, riesce a sfociare — per la successione delle leggi nel tempo — nell'indistinto, generico *tempus regit actum* (formula, per giunta, tutt'altro che esaustiva). Per chi ricorda, invece, che la procedura è armamentario tale da incidere a fondo su diritti dell'individuo e garanzia (non di rado ancor più pregnante di quelle del diritto sostanziale), ben diversi sono i corollari.

È vero: la tesi illustre e più radicale (Carnelutti, Marcello Gallo, Siniscalco, ecc.) che riconduceva anche le norme sul processo fra quelle in forza delle quali si è puniti (irretroattività ex art. 25, 2° comma, Cost.), trova basi serie nei lavori dell'Assemblea costituente (per rinvii e specificazioni: NOBILI, in *Foro it.*, 1982, I, 2134), ma non ha attecchito per la sua onnicomprensività. Tuttavia, anche a non accoglierla, non si perviene a far d'ogni erba un fascio. Si sfocia in interpretazioni varie (Conso, Cordero, Chiavario, ecc.), ma pur sempre volte a isolare materie e istituti, processuali sì, e tuttavia da sottrarre al regime d'una applicazione retroattiva sfavorevole. Che l'operazione — pur agganciata alle più robuste tradizioni ottocentesche — si presenti complessa, va ammesso. Ma qui poco importa, così come poco interessa discutere l'*ubi consistam* della distinzione: infatti, sfatati i miti di un indiscriminato *tempus regit actum*, fra le disposizioni la cui retroattività è preclusa, si annoverano con sicurezza quelle «miste», o — con maggior precisione — quelle che comunque, magari con l'apparenza dell'intervento (solo) procedurale, determinano tuttavia, per un verso o per l'altro, (anche) dilatazioni del termine prescrizionale.

Torniamo da capo: l'art. 25, 2° comma, ci offre un suo parametro, per così dire autosufficiente, proprio perché la proibizione costituzionale cade su ogni norma che determini l'essere o non esser condannati. Così — ad esempio — sarebbe ipocrita affrontare il problema, discutendo sulla natura (procedurale o sostanziale) della querela: si tratta, comunque, di una disciplina in base alla quale si è puniti. Ma sarebbe altrettanto abnorme ammettere e salvare effetti retroattivi, sol che il legislatore — anziché intervenire direttamente (il termine prescrizionale è accresciuto per il delitto di corruzione — poniamo — di quattro anni) — preferisse ottenere gli stessi effetti, giovandosi del «raccordo» ex art. 159 c.p. e dettando invece: i processi per quel reato s'intendono sospesi nel lasso temporale che corre fra la richiesta di decreto ex art. 429 c.p.p. e l'udienza preliminare; fra tale decreto e l'apertura del dibattimento, ecc. Così l'asserito *tempus regit actum* produrrebbe una sorta di retroattività nascosta, indiretta.

Dunque, il discorso risulta facile, a fronte di trucchi normativi come quelli. Ma resta facile anche rispetto alla giurisprudenza costituzionale che si potrebbe supporre abbia già implicitamente risolto pure la nostra questione: quella che ammise termini legali maggiorati di custodia cautelare, anche con riguardo a fatti anteriori. Fu un paradosso, quella lontana vicenda, che ci portò — alla fin fine — a prender lezioni di garantismo dalla legislazione e dalla dottrina del periodo fascista, anche se i giudici della Consulta pervennero a conclusioni sfavorevoli, assumendo una premessa improntata a principi di civiltà ed alle regole della Costituzione (sentenza 15/82): poiché il carcere cautelare non è in alcun modo una pena — così si articolò la deduzione — le norme che ne regolano la durata non stanno

fra quelle in forza delle quali si è puniti; non riguardano il *quantum* di punizione, con conseguente irrilevanza del divieto di retroattività.

Tralasciamo il coro delle critiche e la contraddizione della corte stessa, la quale — negli stessi anni — aveva invece avallato le finalità sostanziali (di difesa sociale), assunte dal legislatore per quell'istituto. Limitiamoci a evidenziare che proprio la linea argomentativa allora espressa ne esclude la riproponibilità al tipo di disposizioni che qui interessano: esse — è il caso d'insistere — involgono proprio l'*an* del punire. Non sarebbe perciò corretto invocare «precedenti» e questioni già risolte, per sottrarre le proposte oggi circolanti in tema di prescrizione al loro scontro con l'art. 25, 2° comma, Cost.

È il caso di aggiungere che, però, non stiamo discutendo solo di progetti e di futuribili: interventi sulla prescrizione già si sono incuneati 'di striscio', e con diffusa disattenzione, nell'ordinamento vigente (a volte con effetti retroattivi implicati o testualmente previsti dalla legge; altre volte con questione interpretativa aperta). Esempi si rinvengono nella disciplina sui vari c.d. condoni tributari o edilizi; sul nuovo regime di garanzie probatorie introdotto nell'art. 513 c.p.p. (art. 6, 6° comma, l. 7 agosto 1997 n. 267); nella riforma e nella disciplina (ora) «combinata» degli art. 304 c.p.p. e 159 c.p. (art. 15, 28 l. 8 agosto 1995 n. 332), ecc.

Pur con tecniche che non coincidono fra loro, tutte quelle norme determinano (o potrebbero determinare in via interpretativa) prolungamenti retroattivi del termine prescrizionale. Ma è innegabile: corrono differenze fra le situazioni disciplinate. Si pensi al caso in cui quel lasso temporale aumenta, mentre si può fruire di una concessione edilizia in sanatoria (con effetti ovviamente favorevoli: estinzione del reato) e a quelli in cui si tratta — invece — della malattia dell'imputato (o di altre eventualità del genere). Eppure anche qui — dopo la riforma del 1995 — aumentano i termini, non solo della custodia cautelare (art. 304, lett. a, c.p.p.), ma altresì della prescrizione (art. 159 c.p.).

Casi come quelli del primo-tipo si prestano a una considerazione unitaria del *jus superveniens*, compreso — in via «compensativa» — il corso prescrizionale: una sorta di bilanciamento, nell'insieme più favorevole. L'impostazione — va sottolineato — non è esente da seri pericoli, come lo sono quelle prospettabili in termini di «razionalità», «valutazioni complessive», scopi e intenzioni del legislatore o simili, anche perché non parrebbero agevoli — in ipotesi quali le nostre — criteri netti (valutazione, risultato, effetti nel caso concreto), come quelli usualmente elaborati, ad esempio, per l'applicazione dell'art. 2, 3° comma, c.p. E, sul piano della disciplina costituzionale, il criterio di ragionevolezza — assunto ex art. 3 Cost. come ingrediente delle diagnosi — sarebbe forse il più saggio, pure nelle nostre materie. È, tuttavia, come la dinamite: può portare a tutto, così come le «interpretazioni combinate» dei principi costituzionali. Son dunque sufficienti, quelle vie, e fino a che limite, per scalzare il dettato perentorio, senza eccezioni, dell'art. 25, 2° comma, Cost.?

Comunque, percorsi del genere non risultano proponibili nelle residue eventualità, ossia dove neppure si configuri una normativa, un istituto, una riforma «complessivamente» più favorevole. Per restare a un esempio già avanzato (la casistica sarebbe più ampia): nella nuova disciplina per l'ipotesi dell'imputato che s'ammala, non vi è nulla di favorevole, o suscettibile di «compensazioni» sul versante della prescrizione. Insomma, pare già assai discutibile ritorcere su di lui una garanzia difensiva (il rinvio del dibattimento, un tempo ben distinto dalla sospensione del processo: CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, 35), tramite prolungamenti della custodia cautelare. E ben poco regge — sul piano delle regole costituzionali — un ampliamento anche del termine di prescrizione. Ma, per restare a ciò che qui rileva, sarebbe di certo illegittimo — per violazione dell'art. 25, 2° comma, Cost. — assegnare a quest'ultimo aspetto della riforma del 1995 (per l'appunto il nuovo art. 159 c.p.), persino effetti retroattivi, come molto correttamente ha concluso l'unica autrice (Marta BARGIS, in *Lesiglazione pen.*, 1995, 721) che — a quanto pare — si è accorta dell'assai delicata questione.