



www.extremaratioassociazione.it

Gli arresti di ex terroristi rossi e le ragioni della prescrizione della pena

di Grazia Callipari

Il 28 aprile 2021, dopo il consenso dell'Eliseo alle richieste dell'Italia nell'ambito dell'operazione "Ombre rosse", si è proceduto all'arresto di 10 rifugiati politici, condannati per atti di terrorismo commessi durante gli "anni di Piombo". Si tratta di Marina Petrella (67 anni), ex Br condannata all'ergastolo, nel 2008 salvata dall'extradizione da Nicolas Sarkozy per le sue condizioni di salute. Roberta Cappelli

(66 anni), ex Br condannata all'ergastolo. Enzo Calvitti (66 anni), ex Br condannato ad una pena di 18 anni. Giovanni Alimonti (66 anni), ex Br condannato ad una pena di 11 anni. Sergio Tornaghi (63 anni), ex Br condannato all'ergastolo. Narciso Manenti (63 anni), ex membro dei *Nuclei Armati Contropotere Territoriale*, condannato all'ergastolo. Giorgio Pietrostefani (78 anni), ex membro di *Lotta Continua*, condannato ad una pena di 14 anni; nel 1988, con Sofri e Bompressi, fu accusato di aver ucciso il commissario Calabresi 16 anni prima. Come Sofri, si è sempre dichiarato innocente e, secondo il diritto francese, la pena sarebbe prescritta. Raffaele Ventura (72 anni), ex membro di *Autonomia Operaia*, condannato ad una pena di 20 anni. I suoi legali, Jean-Pierre Mignard e Pierre-Emmanuel Biard, hanno dichiarato che il movimento di cui Ventura faceva parte non ha mai previsto la lotta armata, né attentati contro le persone. Egli ha sempre negato i fatti che gli vengono imputati. Maurizio di Marzio (59 anni), ex Br; la pena di 5 anni e 9 mesi che doveva scontare si è prescritta il 10 maggio. Luigi Bergamin (72 anni), ex membro di *Proletari armati per il comunismo*. La pena di 16 anni e 11 mesi che doveva scontare si è prescritta, nonostante fosse stato dichiarato "delinquente abituale" dal Tribunale di sorveglianza lo scorso 30 marzo, perché, come chiarito dalla Corte d'Assise di Milano, la declaratoria, non essendo divenuta irrevocabile, non poteva interrompere il decorso della prescrizione della pena, maturato l'8 aprile 2021. A costoro si applicherà la procedura di estradizione, e non quella del mandato di arresto europeo, non potendo quest'ultimo avere efficacia retroattiva. I loro fascicoli dovranno passare dalla camera dell'istruzione della Corte d'appello; questa, valutando le condizioni legali e di salute, avrà un mese per dare un parere motivato, avverso il quale sarà poi possibile fare ricorso sia alla Corte (per ottenere delle indagini supplementari) che in Cassazione. Per concludere, sarà necessario un decreto firmato dal Presidente del Consiglio, altresì ricorribile dinanzi al Consiglio di Stato.

Gli arresti del 28 aprile hanno dato un duro colpo alla c.d. "*dottrina Mitterrand*", ovvero quella politica, introdotta nel 1981 dall'omonimo presidente socialista, relativa al diritto d'asilo in Francia. Prima di richiamare le parole di François Mitterrand, bisogna delineare il contesto in cui tale dottrina nacque. In quegli anni, erano state aperte le trattative fra i governi della Comunità Europea per affrontare collegialmente il problema del terrorismo. Grazie alla pressione dell'Italia, era stata preparata una convenzione che attribuiva al paese ospitante un terrorista la scelta fra due possibilità: estradarlo, ovvero processarlo nei suoi tribunali, secondo il principio "*aut dedere aut judicare*". Le difficoltà emersero, però, quando fu necessario definire i reati che avrebbero fatto scattare l'applicazione della convenzione. Inoltre, sebbene gli Stati affermassero di essere favorevoli a regole comuni, in ogni caso consideravano l'extradizione una prerogativa sovrana di cui non intendevano privarsi, e vedevano con preoccupazione il dovere di processare persone che avevano commesso reati in un altro paese, perché temevano che una condanna li avrebbe esposti al rischio di rappresaglie. Per queste ragioni, la convenzione non entrò in vigore. In alternativa, Valéry Giscard d'Estaing (Presidente della Repubblica dal 1974 al 1981) e Robert Badinter (Ministro di Grazia e Giustizia, a seguito delle elezioni del 1981) proposero rispettivamente la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" e di una corte penale europea. Ma i tempi

non erano maturi, ed entrambe le proposte rimasero tali¹. D'altra parte, però, la Francia voleva evitare che le migliaia di persone scappate dall'Italia durante gli anni di piombo finissero in *Action Directe*, una formazione di estrema sinistra francese simile alle *Brigate Rosse*, ma meno numerosa². Mitterrand promise di non estradare nessuno che avesse voluto rifarsi una vita e che avesse garantito di aver rotto i ponti con la lotta armata. Egli lasciò a Louis Joinet (magistrato e consigliere per la giustizia e i diritti umani del premier Pierre Mauroy) il compito di formulare i principi – tutti orali – dell'intesa di cui Mitterrand stesso aveva parlato con Bettino Craxi, poi premier nel 1983³. Si trattava di un accordo tacito che avrebbe consentito, anche a chi fosse stato condannato (purché non in via definitiva per fatti di sangue), di restare in Francia e non essere estradato, a condizione di aver abbandonato la clandestinità, essersi inserito in Francia con un lavoro e non essersi avvicinato lì alla lotta armata. La dottrina veniva così commentata e descritta da Mitterrand nel discorso al *Palais des Sports* di Rennes, il 1° febbraio 1985: *“Sì, ho deciso l'extradizione, senza il minimo rimorso, di un certo numero di uomini accusati d'aver commesso dei crimini. Non ne faccio una politica. Il diritto d'asilo, essendo un contratto tra chi ne gode e la Francia che l'accoglie, è sempre stato e sempre sarà rispettato; del resto non era stato, in questa circostanza, richiesto in tempo utile. Mi rifiuto di considerare a priori come terroristi attivi e pericolosi degli uomini che sono venuti, in particolare dall'Italia, molto tempo prima che esercitassi le prerogative che mi sono proprie, e che si erano appena ritrovati qui e là, nella banlieu parigina, pentiti...a metà, di fatto...non saprei, ma fuori dai giochi. Tra di loro, senza dubbio, una trentina di terroristi attivi e implacabili. Sono quelli che non controlliamo, nel senso che non sappiamo dove siano! Si dice che siano in Francia? La Francia è comunque un paese – non potendo dire come sarà domani – dove c'è stata un'esperienza meno sanguinosa che altrove, anche se comunque troppo sanguinosa. Ma io dico chiaramente: la Francia è e sarà solidale coi suoi alleati europei, nel rispetto dei suoi principi, del suo diritto: sarà solidale, rifiuterà ogni protezione diretta o indiretta del terrorismo attivo, reale, sanguinario”*⁴. Ma due mesi dopo, al Congresso della Lega per i diritti umani, il Presidente non si soffermava già più sulla condizionalità dei “fatti di sangue”, e diceva: *“Questi italiani in Francia hanno rotto i ponti con la*

¹ C. Martinetti, *La dottrina Mitterrand e i terroristi italiani*, in *La Stampa*, 3 febbraio 2010.

² *“Mitterrand voleva evitare che migliaia di persone confluissero in Francia dall'Italia e andassero a finire in Action Directe (le BR francesi, molto meno numerose). Era una politica con la quale Mitterrand riuscì ad evitare che in Francia si creasse una situazione 'all'italiana”*, Oreste Scalzone, ex leader di Potere Operaio, punto di riferimento della colonia di rifugiati italiani, in *La svolta di Parigi, addio alla dottrina Mitterrand*, in *Ansa*, 29 aprile 2021; *“Soprattutto, avevamo già un fronte aperto con il terrorismo mediorientale, non potevamo controllare anche gli italiani. Abbiamo stretto un patto: voi rinunciate a compiere qualsiasi reato e noi vi regolarizziamo. Fu una amnistia condizionata, nella tradizione francese. Lo avevamo già fatto dopo l'Algeria, e poi con i militanti dei Paesi Baschi e della Corsica e anche con i nostri terroristi rossi, quelli di Action Directe”*, Jean-Pierre Mignard, uno degli avvocati che negli anni Ottanta fu co-autore della dottrina Mitterrand, nell'intervista rilasciata a *Il Corriere della Sera*, 30 aprile 2021

³ *La svolta di Parigi, addio alla dottrina Mitterrand*, in *Ansa*, 29 aprile 2021

⁴ *Discours de m. François Mitterrand, Président de la République, au palais des sports de rennes, notamment sur la situation économique et sociale de la France, l'Europe et l'unité nationale, vendredi 1er février 1985.*

macchina infernale in cui erano coinvolti, lo proclamano, hanno cominciato una seconda fase della loro vita, si sono inseriti nella società francese, spesso si sono sposati, hanno fondato una famiglia, trovato un lavoro. Ho detto al governo italiano che questi 300 italiani sono al riparo da qualsiasi estradizione". L'Italia, comunque, non smise mai di presentare richieste di estradizione; ne furono avanzate 5 nel 1981, 76 nel 1982, 110 nel 1984, 38 nel 1985 e 30 nel 1986, ma nessuna di esse fu mai accettata. Nel marzo 1998, l'allora premier socialista Lionel Jospin confermò la protezione per i fuoriusciti italiani, senza alcuna esclusione dei condannati per "fatti di sangue". Le ragioni erano riconducibili anche ad una certa diffidenza della Francia verso la giustizia italiana; principalmente, venivano contestati i processi in contumacia, l'impossibilità di ricelebbrare il processo al ritorno della persona condannata in Italia, la posizione dei collaboratori di giustizia e il concorso morale⁵. Si noti che la disciplina italiana sul processo in contumacia è stata più volte criticata dai giudici di Strasburgo⁶, i quali hanno sollevato problemi anche per quanto riguarda il sistema del M.A.E. (mandato di arresto europeo)⁷, tanto che la normativa è stata abrogata e sostituita da quella dell'assenza (L. 28 aprile 2014, n. 67). La prima crepa alla dottrina si aprì, nel 2002, con l'estradizione di Paolo Persichetti. Due anni dopo toccò a Cesare Battisti, che però riuscì a fuggire in Brasile prima del decreto di estradizione.

La vicenda, a parere di chi scrive, solleva due questioni. La prima riguarda la Francia, che in passato ha più volte negato l'estradizione, anche per condanne su "fatti di sangue". Se questo fosse giusto o meno, è discutibile; tuttavia è stato fatto, e sulla base di questa scelta quelle persone sono rimaste in Francia, hanno depresso le armi, si sono rifatte una vita, hanno intrapreso un percorso lavorativo e costruito una famiglia. Il dubbio che si vuole sollevare è se sia o meno possibile applicare, alla dottrina Mitterrand, il principio di irretroattività che vige in materia penale. Essa infatti non è una legge (e questo è anche uno dei suoi punti critici) ma, almeno in relazione agli effetti, si potrebbe intendere come una *abolitio criminis*. Dunque, se ad oggi l'interpretazione di quella dottrina, che lo stesso Macron non ha rinnegato⁸, è cambiata, è lecito chiedersi se tale nuova interpretazione possa essere applicata retroattivamente.

⁵ Cfr. S. Wahnich, *L'amnistie des années de plomb vue de France (2002-2009). Le terrorisme entre histoire et mémoire*, in *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010.

⁶ Dalla sentenza Colozza contro Italia (1985) in poi, la Corte EDU ha, a più riprese, richiamato l'Italia perché le varie normative succedutesi nel tempo non raggiungevano lo standard minimo richiesto della Convenzione per poter ritenere acclarata una rinuncia volontaria dell'imputato a partecipare al processo o rispetto ai rimedi da assicurare al soggetto condannato in contumacia. Tra i casi più importanti: Goddi (1984), Colozza (1985), Somogyi (2004), Hermi (2006), Sejdovic (2004 e Grande Camera 2006).

⁷ Si pensi al caso Melloni nella questione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo alla Corte di Giustizia, cfr. CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni; Amplius V. Manes – M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 76.

⁸ "La decisione di procedere all'operazione che ha portato all'arresto di 7 ex brigatisti italiani è stata presa direttamente dal presidente francese Emmanuel Macron, secondo quanto riferito dall'Eliseo. La presidenza sottolinea che Macron ha deciso di trasmettere alla Procura i 10 nomi sulla base di domande italiane che riguardavano in origine 200 persone. L'Eliseo ha precisato che la decisione del presidente Emmanuel Macron 'si colloca strettamente nella logica della 'dottrina Mitterrand' di accordare l'asilo agli ex brigatisti, eccetto ai responsabili di reati di sangue'", *Dossier "Ombre Rosse" Terrorismo, sette ex membri Brigade Rosse italiani arrestati in Francia*, in rainews.it (25 maggio 2021).

La seconda questione, che riguarda anche l'Italia, tocca i fondamenti della prescrizione e le ragioni del punire. Come dichiarato dall'avvocata Irene Terrel, che ha legato il suo nome a queste vicende, “*vengono rimessi in discussione i fondamenti della filosofia del diritto. In sostanza si dice ‘basta, non accettiamo più la prescrizione, il principio che anche il peggiore può cambiare, può evolvere, andare nel senso di una riconciliazione della società civile’. Se tutto questo non conta più, ad essere abolite sono le basi del diritto*”⁹. La prescrizione, per alcuni arrestati, è già maturata; per altri, trattandosi di condanne all’ergastolo, non può essere applicata. La *ratio* della prescrizione – sia del reato, se intesa in senso sostanziale, che della pena – è indissolubilmente legata alla concezione della pena adottata. Facendo riferimento ad una formulazione risalente a Seneca¹⁰, se ne possono individuare due: da una parte, vi sono le dottrine che giustificano la pena in base al concetto del “*quia peccatum est*”, che, con uno sguardo rivolto al passato, considerano solo il delitto commesso; qui troviamo la teoria retributiva della pena. Dall’altra parte, vi sono le dottrine che giustificano la pena in base al concetto del “*ne peccetur*”, che guardano al futuro, mettendo in luce lo scopo e l’evoluzione positiva che può derivare dall’irrogazione della pena. Qui, invece, troviamo le dottrine della prevenzione, che si possono distinguere, a seconda del destinatario, in prevenzione “generale” – se la pena è rivolta alla totalità dei consociati e persegue il fine di trattenere la collettività dal delinquere –, e prevenzione “speciale” – quando è indirizzata solo al trasgressore, e ha lo scopo di evitare la recidiva. In entrambi i casi, il fine ultimo è la difesa sociale¹¹.

Nella teoria retributiva, la pena è rapportata al danno cagionato ovvero alla colpevolezza dell’autore del reato, secondo l’assunto per cui il bene va ricompensato con il bene, e il male con il male. La retribuzione “etica” ha trovato la sua formulazione più decisa nel pensiero penalistico kantiano. La legge penale, per Immanuel Kant, è un imperativo categorico. Paradigmatico in questo senso un passo della “*Metafisica dei costumi*” per cui chiunque commetta un reato dev’essere punito, anche se la società di lì a poco si dovesse sciogliere, altrimenti i membri di essa diverrebbero complici di una violazione di giustizia¹². La pena quindi rappresenta la realizzazione di un male a titolo di risarcimento per l’infrazione giuridica commessa. Da qui, l’esplicito richiamo alla legge del taglione¹³: “*se ha ucciso, deve morire*”. La pena è intesa come risposta che

⁹ *Ivi*.

¹⁰ In *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (“Nessun uomo avveduto punisce perché si è peccato, ma perché non si pecchi”), *De Ira*, libro I, in *Operette morali*, a cura di R. del Re, Bologna, 1977, II, 55.

¹¹ M. Pavarini, *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*4, I, a cura di G. Insolera - N. Mazzacupa - M. Pavarini - M. Zanotti, Torino, 2012, 441.

¹² “Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri (se, per esempio, un popolo abitante un’isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo), l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima essere giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta, e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione: perché questo popolo potrebbe essere considerato allora come complice di questa violazione pubblica della giustizia.” in E. Kant, *Metafisica dei costumi. Parte prima, la dottrina del diritto* (1797), trad. it. G. Vidari, Torino, 1923, 177.

¹³ “Soltanto la legge del taglione, però ben compresa, può alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato) determinare la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono vacillanti e non possono, a cagione delle considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi colla sentenza della pura e stretta giustizia.”, *Ivi*, 175.

“*deve assolutamente seguire al delitto, inesorabilmente*”¹⁴. Per questo motivo, la prescrizione è stata fortemente osteggiata dalla maggior parte dei retribuzionisti, ritenendo che questa “*alimentasse la speranza di impunità*”, “*eccitasse alla perpetuità dei delitti*”, che fosse il mezzo attraverso cui “*la legge penale uccide sé stessa*”¹⁵ e, ancora, una forma di “*tenerezza verso i malfattori*”¹⁶. La teoria retributiva, nella sua versione più pura, si basa sulla massima per cui è giusto restituire il male ad altro male, configurando in questo modo un diritto penale della vendetta, del tutto incompatibile con i principi fondamentali dello Stato sociale di diritto¹⁷. Sul piano logico, poi, tale idea della pena viola la legge di Hume. Al di là delle posizioni dottrinali, è stato sottolineato come ai giorni nostri il populismo penale abbia dato “nuova linfa” al paradigma retributivo, con delle storture – tra l’altro non indifferenti – per cui “*da questa angolazione, l’indeffettibile retribuzione punitiva, lungi dal rispondere a un imperativo astratto così come proposto dai suoi più illustri teorizzatori (Kant ed Hegel), sarebbe chiamata nient’altro che a riflettere, veicolare e appagare l’istinto giustizialistico del gruppo*”¹⁸.

Venendo ora alla prevenzione generale, questa si può intendere come negativa (dell’intimidazione) o come positiva (dell’integrazione)¹⁹. La prima, si rifà all’intimidazione dei cittadini con la minaccia della pena ovvero attraverso l’irrogazione di una pena esemplare, ed ha quindi un valore deterrente. La seconda ritiene, invece, che la pena sia necessaria a confermare la validità della norma, ripristinando la fiducia dei consociati in quest’ultima. Entrambe, nel rapportarsi alla prescrizione, richiamano il concetto di “memoria sociale”. Nell’ambito della prevenzione generale negativa, la pena comminata prontamente rende l’associazione delitto-pena più impressa nei consociati. Dunque, la prescrizione si giustifica perché una pena tardiva, non essendo efficacemente deterrente, è inutile. Dal punto di vista della prevenzione generale positiva, invece, la prescrizione si giustifica perché la pena tardiva, perdendo di attualità confermativa per i consociati, smarrisce la propria potenzialità di rassicurazione. Marco Mantovani, rispetto al concetto di “memoria sociale” scrive che questa ormai rappresenta “*uno stereotipo tralatizio al quale comodamente ricorrere senza nemmeno l’onere di specificarne le modalità d’uso. Un serio confronto con questo concetto è sempre mancato, malgrado l’importanza che gli si è annessa in rapporto al tema della prescrizione. Tutto questo laddove studi di scienze sociali si sono, viceversa, ampiamente soffermati sulla nozione di memoria sociale e sul suo ubi consistam. Né si può parlare in modo appropriato di una sorta di atteggiamento autoreferenziale della*

¹⁴ G. Forti, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 113.

¹⁵ E. Bianchini, *La prescrizione in diritto penale*, Reggio dell’Emilia, 1881, 10 ss. come cit. in F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 22.

¹⁶ V. Olivieri, *La prescrizione dell’azione penale*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 257 s., come cit. in D. Micheletti, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in *Discrimen*, 4 luglio 2020.

¹⁷ A muovere tale critica sono Karl Grolman e Arthur Schopenhauer, che scrive: “ogni retribuzione di un male mediante dolore che non si traduca in conseguenze future è pura vendetta”. Nei paesi anglosassoni opposizioni analoghe sono rinvenibili in Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e in John Hospers. Più di recente in questi termini Giorgio del Vecchio e Claude Roxin.

¹⁸ D. Micheletti, *Il regime*, cit., 1.

¹⁹ La distinzione in prevenzione generale o speciale risale a J. Bentham, mentre la differenza tra prevenzione positiva e negativa è più recente e consegue alle teorizzazioni della prevenzione positiva.

cultura penalistica nell'accostarsi ai risultati maturati in seno di altre discipline: ciò avrebbe presupposto che dal suo interno venisse delineato un qualche modo di intendere la memoria sociale, che prescindesse dagli apporti forniti da altre scienze. Il che, precisamente, è quanto non è avvenuto"²⁰. Egli individua nel concetto di "memoria culturale" una nozione di memoria congruente ai nostri scopi; questa, però, è caratterizzata dal ricomprendere non soltanto i dati che vengono ricordati, ma anche quelli che vengono, almeno contingentemente, dimenticati²¹: "quello di una memoria che dimentica è, peraltro, un ossimoro solo apparente. In realtà, le informazioni che non vengono memorizzate non sono definitivamente cancellate. Sono piuttosto archiviate. In altri termini, sono accumulate in apposite aree della latenza in attesa, se e quando ciò si verificherà, che maturino le condizioni che loro consentano o impongano di riattualizzarsi"²². Il meccanismo è il medesimo di quello descritto da Proust con la sua *Madeleine*. Trasponendo il discorso in ambito penale, si potrebbe dire che a partire dal giorno in cui il delitto viene conosciuto dalla società, la realizzazione di qualsiasi atto processuale sarebbe idonea a ravvivare il ricordo del delitto evitando quindi che la società se lo dimentichi. L'autore infatti si chiede: "quand'è che di un fatto, in questo caso della commissione del reato cui dovrebbe seguire la conseguente applicazione della pena, viene meno il ricordo sociale? Deve essere scomparso nella maggioranza dei consociati o, viceversa, in tutti? Di talché, in questo secondo caso, basterebbe che un singolo cittadino ne conservasse il ricordo perché l'effetto estintivo, ordinariamente collegato alla prescrizione della pena, non si producesse? Riemergono, sul punto, tutte le imprecisioni e le approssimazioni che il predetto concetto di memoria sociale sconta. Ché qualora, invece, se ne circoscrivesse la riferibilità ai soli organi deputati al perseguimento dei reati, risulterebbe che questa non viene mai meno. Rebus sic stantibus, anche il tentativo di coniugare la prescrizione della pena con le esigenze della sua ricostruzione in chiave generalpreventiva si rivela destinato ad un invariabile insuccesso"²³. Per questi motivi, la prescrizione della pena non può trovare il proprio fondamento nell'ambito della prevenzione generale.

Per ultima, la prevenzione speciale, che si distingue in positiva ("della rieducazione") e negativa ("della neutralizzazione del reo"). Per quanto diversi, tutti gli orientamenti riconducibili a questa finalità della pena prendono in considerazione non tanto i reati, ma i loro autori²⁴. In Italia, la prevenzione speciale negativa ha trovato il suo sviluppo nella Scuola positiva. Secondo questa concezione, il delinquente è un essere inferiore e deviato, perciò la pena deve assumere caratteristiche terapeutiche a seconda della tipologia di delinquente: occasionale, passionale, abituale, pazzo o nato tale²⁵. Diversamente dalle altre dottrine della pena, che presuppongono il libero arbitrio, questa è il precipitato del determinismo positivisticò ricavato dagli studi di Lombroso²⁶. La

²⁰ M. Mantovani, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimediazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, 86 e s.

²¹ A. Assmann, *Zur Mediengeschichte des kulturellen Gedächtnisses*, in A. Erll-A. Nnning (a cura di), *Medien des kollektiven Gedächtnisses. Konstruktivität – Historizität -Kulturspezifität*, Berlino-New York, 2004, 47.

²² M. Mantovani, *Op. cit.*, 89 e s.

²³ M. Mantovani, *Op. cit.*, 133.

²⁴ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 252.

²⁵ E. Ferri, *Sociologia criminale* 4, Torino, 1900, 864 ss.

²⁶ C. Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia*, Torino, 1885; E. Ferri, *Sociologia*, 175; R. Garofalo, *Op. cit.*, 30.

pena è a tempo indeterminato con la revisione periodica della sentenza di condanna²⁷. Per quanto riguarda la prescrizione, Raffaele Garofalo scrive “*la scuola positiva non può ammettere le norme assolute dei codici e delle teorie che li hanno a loro similitudine foggiate. Essa vuole che il provvedimento sia quello richiesto nei singoli casi dalla necessità della tutela sociale. Essa esclude come inutile la pena quando si può avere la prova della completa emenda del reo. Viceversa, essa esclude dalla prescrizione tutti quei delinquenti che con la loro condotta posteriore hanno confermato la diagnosi della loro incorreggibilità*”²⁸. Dunque, per la Scuola positiva, l’applicazione della prescrizione è subordinata a valutazioni in concreto sulla pericolosità, mentre sono sempre fatte salve le presunzioni assolute di pericolosità (delinquenti pazzi, nati o abituali)²⁹. In relazione alla prevenzione speciale positiva – che si esplica nella rieducazione –, il rischio principale è di richiedere, come per la Scuola positiva, un accertamento in concreto cambiando solo il nome della verifica, non più sulla pericolosità ma sulla risocializzazione del reo. Tali ricostruzioni partono dal presupposto della ritenuta fungibilità tra pena e tempo, riconoscendo a quest’ultimo le medesime potenzialità specialpreventive della prima, mentre non si deve “*cadere nella fallacia del ragionamento presuntivo, attribuendo al tempo un significato simmetrico negativo della pena*”³⁰. Non solo la natura fisica di una persona, ma anche la natura psichica e morale è soggetta ad una continua evoluzione e, laddove la pena non avesse il carattere della prontezza, allora la “*tendenziale finalità rieducativa*” (art. 27 Cost.) risulterebbe fortemente pregiudicata³¹. Se mancasse, infatti, un intimo legame tra autore e fatto, la pena non sarebbe in grado di assolvere la propria funzione e lo stesso “*legame*”, col decorso del tempo, “*a poco a poco si logor[erebbe], ed infine si spezz[erebbe]*” determinando “*un intervallo incolmabile tra l’autore e la propria condotta*”³². L’approccio che qui viene privilegiato individua nella corrispondenza tra soggetto responsabile e soggetto punito un presupposto irrinunciabile affinché la pena possa assumere il suo scopo rieducativo³³, e il tempo, il solo decorso del tempo, possiede la capacità di interferire su questa equivalenza, determinando il venir meno della potestà punitiva dello Stato. La ricostruzione della prescrizione in chiave rieducativa va privilegiata perché, com’è stato affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2018, vale il “*principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*”³⁴.

Da questa prospettiva, appaiono censurabili gli arresti per fatti accaduti quaranta o addirittura cinquant’anni fa, anche laddove la prescrizione non sia formalmente

²⁷ E. Ferri, *Sociologia*, 826 ss.

²⁸ R. Garofalo, *Criminologia*², Torino, 1891, 449.

²⁹ E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, I, parte II, Milano, 1926, 343.

³⁰ G. Stea, *L’ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Milano, 2020, 239.

³¹ F. Giunta- D. Micheletti, *Op. cit.*, 32.

³² S. Lourié, *Die Kriminalverjährung*, (1914), vist. Frankfurt a.M., 1977, 59, come cit. in F. Giunta- D. Micheletti, *Op. cit.*, 32.

³³ G. Insolera- L. Stortoni, *La punibilità*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 430.

³⁴ Così in Corte cost., sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del “*Considerato in diritto*”. La sentenza ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58 quater, comma 4, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati all’art. 4 bis, comma 1 legge, cit, i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata.

maturata. Il dolore dei familiari delle vittime è indubbio e qui non si dirà oltre, per non definire qualcosa che probabilmente non è né quantificabile, né descrivibile. Tuttavia, l'applicazione di pene ingiuste, nel senso di inidonee a raggiungere il loro scopo, non rimarginerà tale ferita, ma aggiungerà solo male ad altro male, dividendo famiglie e sottoponendo a pena sessantenni e settantenni che hanno abbandonato ogni forma di violenza.