

FAUSTO GIUNTA

LA PRESCRIZIONE DEL REATO:
OSSIA LA CAUSA ESTINTIVA CHE VISSE DUE VOLTE ^(*)

1. Se si volesse dare un titolo alla lunga storia della prescrizione penale, mi sentirei di proporre – parafrasando la versione italiana del celebre capolavoro cinematografico di Alfred Hitchcock – “*La causa estintiva che visse due volte*”, al fine di sottolineare la radicale diversità delle vite vissute da questo istituto.

L’attenzione di noi tutti si catalizza – com’è normale che sia per chi vive nell’attualità – sulla storia recente della prescrizione, sulla sua seconda vita, più breve della prima, ma in compenso più vivace e contrastata, scandita dalle riforme legislative subite e da quelle annunciate, entrambe capaci di alimentare un dibattito sovente polemico, che non ha coinvolto soltanto gli addetti ai lavori, ma larga parte delle élite culturali del nostro paese e dell’opinione pubblica *tout court*.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, da quando la domanda di giustizia è cresciuta per effetto di Tangentopoli, e il sovraccarico giudiziario non ha più potuto contare sulla valvola di sfogo delle amnistie periodiche, di fatto precluse dalla maggioranza qualificata richiesta dal riformato art. 79 Cost., la prescrizione è uscita dal cono d’ombra di una vita anonima e ha assunto una centralità funzionale e simbolica assoluta. Nell’arco di qualche anno la prescrizione, da istituto poco studiato e poco applicato, qual era, perché fagocitato dall’operatività dell’amnistia, è diventata un’autentica protagonista del mondo della giustizia, e ha sprigionato un’attitudine divisiva insospettata, ben più intensa di quella espressa da altri istituti penalistici che periodicamente occupano la scena e fomentano contrapposte visioni politico-criminali, come, ad esempio, la legittima difesa, la recidiva, il concorso esterno nell’associazione mafiosa, la normativa premiale per il concorrente dissociato, ecc. La prescrizione – non è un’esagerazione – ha spaccato il mondo penalistico in due fazioni: per l’una, sia tratta di una garanzia personalistica irrinunciabile, il cui mantenimento merita una battaglia di civiltà giuridica; per l’altra, rappresenta il male assoluto, l’emblema della giustizia denegata e fallimentare.

^(*) Il contributo è già stato pubblicato in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, vol. I, Mantova, 2017, pp. 233-238.

Eppure, le cose non stavano così in origine, posto che l'istituto, seppure dibattuto sul piano della sua giustificazione teorica, era comunemente accettato.

Valgano due brevi citazioni. La prima: "*L'implacabile volontà di punire, se può concepirsi come un fatto di psicologia individuale inferiore, non è immaginabile quale fatto di psicologia collettiva, rispetto ad azioni individuali, come i reati, presso popoli civili, e quando il tempo ha alterato le condizioni in cui normalmente viene esercitato il potere punitivo pubblico*". La seconda citazione: "*Il rigido principio di attuazione della giustizia, per cui al delitto dovrebbe seguire, in ogni caso, la pena, non tollererebbe idealmente ostacolo o deroga alcuna: tanto meno quello che si concreta nel solo decorso del tempo. Tuttavia io non ho creduto di accedere ad una concezione così rigida. Sarebbe andar contro una legge inesorabile di natura disconoscere tale azione corroditrice del tempo; o anche considerare il rapporto giuridico penale fra quelli, in verità rari, che l'ordinamento sottrae all'influenza estintiva del tempo. Data la natura squisitamente pubblicistica di tale rapporto, il problema consiste nel non eccedere nella valutazione di questo elemento naturale e nel non largheggiare nell'ammissione di questa causa di estinzione*".

Gli autori dei passaggi citati, all'evidenza espressivi di una visione moderata ed equilibrata del rapporto tra la punibilità e il trascorrere del tempo, non sono due recenti epigoni di un garantismo ipocrita e "peloso", ma due importanti artefici del codice penale del 1930, rispettivamente: Vincenzo Manzini, autorevole giurista di regime; e Alfredo Rocco, all'epoca Guardasigilli. Possibile che la dottrina coeva al varo del codice penale del 1930, certamente incline a una visione severa e autoritaria dello *jus puniendi*, fosse meno intransigente degli odierni nemici della prescrizione?

Che le disfunzioni della giustizia penale non dipendano dalla prescrizione è dimostrato da una semplice constatazione. La disciplina della prescrizione ha subito nel tempo, ora per via legislativa, ora ad opera di una giurisprudenza pretoria, una costante evoluzione in senso sfavorevole al reo. Basti pensare alla riforma del 2005 (la c.d. *ex Cirielli*), che, erroneamente considerata espressione di lassismo punitivo, allungava per lo più i termini di prescrizione, collegando arditamente l'operatività di questo istituto a quello della recidiva, la cui *ratio* repressiva è incontestata e incontestabile. Ma non è tutto: si considerino la crescita numerica e l'estensione interpretativa (ovviamente *in malm partem*) delle cause di sospensione della prescrizione, l'elevazione parossistica dei massimi edittali come escamotage legislativo per allontanare ulteriormente il termine prescrizionale, le forzature giurisprudenziali in materia di consumazione del reato (fino all'estremo di considerare permanenti taluni reati formali, sovente contravvenzionali, al chiaro fine di differire il termine di decorrenza della prescrizione). E ancora: come trascurare la lettura *praeter legem* della categoria dell'inammissibilità dell'impugnazione, allo scopo di farne discendere effetti impeditivi della prescrizione formalmente

già maturata? Per non dire del recente progetto di riforma Orlando, che prevede, tra l'altro, ulteriori cause sospensive connesse alla sopravvenienza della condanna, su cui si tornerà in chiusura: una sorta di limbo temporale per quegli imputati nei cui confronti la presunzione di non colpevolezza comincia a vacillare.

Ebbene, deve far riflettere che a fronte di una disciplina viepiù severa della prescrizione, si continui a lamentare il protagonismo operativo dell'istituto, là dove in passato, quando la sua disciplina era assai più mite, l'esistenza della prescrizione non ostacolava la funzionalità del sistema punitivo, né favoriva la mortalità prematura del processo.

A ben vedere la prescrizione non costituisce il problema, ma segna il punto del circuito repressivo dove affiorano e si disvelano talune gravi inadeguatezze, di natura sistemica e generale, che affliggono da tempo la nostra giustizia penale.

2. Come noto, per chi muove dalle (risalenti e oramai per lo più abbandonate) concezioni retributive della pena, risulta difficile giustificare l'operatività della prescrizione. Nella metafisica dei disvalori, la gravità di un fatto e la colpevolezza del suo autore non sbiadiscono per il semplice decorso del tempo. L'illiceità rimane, a meno che non muti il parametro di giudizio e non intervenga una rivalutazione del fatto di reato, nel senso della sua abrogazione; nel qual caso il sopraggiungere della non punibilità non è effetto del decorso del tempo nel diritto penale, ma è un fenomeno che attiene al diverso capitolo dell'intertemporalità, ossia alla tematica del mutamento del diritto penale nel tempo.

La prescrizione – e più in generale le deroghe alla punibilità in concreto – sono espressione, infatti, di una concezione secolarizzata del diritto penale, che cala la dinamica della punizione nella storia sociale e assume la prevenzione dei reati come compito primario della giustizia penale. Fatti troppo lontani nel tempo perdono la forza evocativa necessaria alla riaffermazione del divieto, secondo la logica della c.d. prevenzione-integrazione.

Vi è largo accordo nel riconoscere che la prescrizione attui il principio, si può dire generale, del *tempori cedere*. E non meraviglia che meccanismi estintivi, vicini al modello della nostra prescrizione o ad essa equivalenti negli effetti, siano presenti nella gran parte dei sistemi penali contemporanei.

Per converso, non esiste un'ontologia in grado di guidare la disciplina positiva della prescrizione, la quale è piuttosto il campo delle variabili storiche e comparatistiche. L'operatività concreta della prescrizione dipende in modo decisivo dalla normativa processuale, con la quale essa si interseca in modo trasversale. Per esempio, anche altri sistemi (tra cui quello delineato dai §§ 78b e 78c StGB) prevedono, distinguendole, ipotesi di sospensione e interruzione della prescrizione; diversi, però, sono tanto i casi di sospensione e interruzione, quanto i loro effetti.

Si potrebbe continuare, osservando che negli ordinamenti imperniati sul principio della discrezionalità dell'azione penale, la scelta se attivare o meno la tutela repressiva può dipendere anche dalla risonanza sociale del fatto di reato o all'opposto dalla sua lontananza nel tempo; con la conseguenza che l'istanza del *tempori cedere* perde di autonomia, perché viene assorbita nella valutazione, in termini di opportunità, del bisogno sociale di pena, affidata al pubblico ministero. Per questa ragione, nel campo della prescrizione, la comparazione con sistemi stranieri può risultare fuorviante quando si concentra su profili normativi troppo specifici: è difficile isolare singoli segmenti di disciplina e valutarli a prescindere da una visione olistica dei contesti. In questa materia la comparazione maggiormente proficua è quella che valorizza le funzioni svolte dal sistema, più che la corrispondenza della loro traduzione normativa.

Anche per quel che concerne la nostra esperienza legislativa recente, l'operatività della prescrizione non va isolata dai cardini strutturali del sistema repressivo nel suo complesso. Come cercherò di argomentare, infatti, la prescrizione è fuoriuscita dal suo alveo funzionale dichiarato. Per cogliere la portata di questa trasformazione bisogna abbandonare il diritto penale libresco e concentrarsi su quello vivente, che ci consegna un presente più difficile da comprendere del passato, perché il sistema si è evoluto troppo più velocemente delle categorie utilizzate per descriverlo.

3. Sebbene la prescrizione non abbia affatto smarrito l'originaria *ratio* sostanziale legata al *tempori cedere*, negli ultimi anni l'istituto ha finito per perseguire, in modo surrettizio e prioritario, altri due obiettivi. Il riferimento è, da un lato, alla durata ragionevole del processo, dall'altro, al contenimento del sovraccarico giudiziario attraverso la selezione, ad opera del pubblico ministero, dei fatti bisognosi di pena. Si tratta di due autentiche patologie del sistema, con le quali *bon gré mal gré* la prescrizione interferisce.

Per quanto riguarda la durata ragionevole del processo penale, non è certo la prescrizione lo strumento per perseguirla. È ben vero il contrario: la prescrizione presuppone che l'ordinamento assicuri in altro modo, e per così dire "a monte", la ragionevole durata del processo. Nella fisiologia del sistema, infatti, il tempo necessario per la prescrizione sopravanza quello della durata ragionevole del processo, la quale, secondo la giurisprudenza CEDU e la legge Pinto, non può eccedere mediamente il tetto di sei anni. Non solo: il decorso della prescrizione durante lo svolgimento del processo è temperato dalle cause di sospensione previste dall'art. 159 c.p. Quest'ultima disposizione muove dall'idea che il tempo prescrizione debba essere abbondantemente sufficiente a celebrare il processo, tanto è vero che le cause di sospensione, ossia le eventuali parentesi di stasi del processo,

si sommano senza limiti e si considerano come tempo processuale non trascorso, ossia tempo “fermo” non contemplato dal legislatore nella valutazione presuntiva della durata ordinaria del processo. Le ipotesi di sospensione rispondono, dunque, all’esigenza di ricalcolare e aggiornare il tempo della prescrizione quando rischia di essere più breve della durata ragionevole del processo. Diversamente, l’incidenza delle cause di interruzione, che dimostrano unicamente la persistenza dell’interesse ordinamentale alla persecuzione del fatto, è contenuta, indipendentemente dal numero dei fattori interruttivi, al di sotto di un nuovo tetto insuperabile, destinato per lo più a scattare – data la numerosità delle cause interruttive – e a costituire il vero tempo massimo di prescrizione, per l’appunto in modo da renderlo superiore a quello che si ritiene astrattamente necessario all’esaurimento del processo.

Passando alle interferenze con il principio di obbligatorietà dell’azione penale, è noto che la prescrizione matura per lo più nella fase delle indagini preliminari. Dall’intensità della spinta iniziale e della persistente attività della magistratura inquirente dipendono le probabilità che l’indagine venga instradata verso l’epilogo estintivo, quale alternativa rispetto alla chiusura rituale delle indagini o all’archiviazione del procedimento. La sostanza del discorso è che nel primo caso la prescrizione consente scelte selettive dei fatti da perseguire destinate a rimanere opache sotto il profilo dei criteri che le guidano.

Se così stanno le cose, il vero problema che si agita dietro la prescrizione è l’elevata quantità dei procedimenti pendenti, tale da non consentire al sistema di gestirli, con un conseguente e generalizzato allungamento dei tempi di definizione del processo, a sua volta contrastato da una non dichiarata – e comunque insufficiente – sacca di discrezionalità pura nelle mani della magistratura inquirente.

Sia chiaro, i pubblici ministeri non usurpano alcun potere di selezione dei reati da perseguire; essi si trovano a gestire una situazione di fatto e fanno quello che tutti noi faremmo al loro posto: dare un ordine alle priorità in concreto. Questa attività equivale, però, a effettuare opzioni politico-criminali. Il problema merita al più presto una soluzione coraggiosa, che muova senza ipocrisia proprio dall’ineffettività del principio espresso dall’art 112 Cost. Finora si è cercato di salvare l’obbligatorietà dell’azione penale attraverso forme di *diversion* processuale indubbiamente utili (potenziamento della procedibilità a querela, irrilevanza penale del fatto, riti semplificati ecc.), le quali, tuttavia, non sono più sufficienti. Nei sistemi sociali complessi, non si può pretendere la repressione di tutto quanto è previsto come reato, risultando sufficiente per la prevenzione generale una repressione articolata, tendenzialmente a tappeto per quanto riguarda i reati gravi, e mirata ed esemplificativa per i rimanenti. La qual cosa significa rendere trasparente la dissociazione, oramai nei fatti, tra legalità penale sostanziale e obbligatorietà dell’azione penale: la prima, limitando il perimetro dell’area del penalmente rilevante, è espressiva di una garanzia cui non si può rinunciare senza

incidere sul nostro paradigma di giustizia penale; la seconda, operando in modo concentrico rispetto alla legalità sostanziale, ha perso l'originaria natura di obbligazione di risultato, per assumere un valore programmatico e tendenziale, che richiede una regolamentazione del potere di selezione anche sul piano della responsabilizzazione del suo esercizio.

4. Il disegno di legge Orlando in materia di prescrizione segna un deludente passo indietro, perché non risolve, bensì accentua i guasti della normativa vigente.

Anziché adoperarsi per assicurare la ragionevole durata del processo, quale diritto del cittadino, aprendo al contempo alla flessibilizzazione del principio stabilito dall'art. 112 Cost. (come ha fatto la recente proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione delle Camere penali), il progetto di riforma Orlando si preoccupa di ampliare ulteriormente l'operatività della prescrizione, assicurando così lunga vita al processo penale.

Come si è avuto modo di anticipare, questo obiettivo viene perseguito con l'introduzione di una nuova causa di sospensione della prescrizione, per un totale di tre anni, che scatta con l'impugnazione della sentenza di condanna, in appello o in Cassazione, ove coronata da successo.

Si prescinda pure dalla eterogeneità della nuova causa sospensiva, che, a differenza di quelle finora previste, non è ancorata a una stasi forzata del processo. Il punto debole della proposta sta soprattutto altrove. Essa muove dal corretto presupposto che, in un sistema dove la prescrizione decorre durante lo svolgimento del processo, come accade da noi, ma anche in Austria e in Germania, il processo deve durare meno del tempo necessario alla prescrizione. Senonché, piuttosto che incidere sul tempo del processo, si è preferito allungare ancora la prescrizione, dimostrando l'incapacità del sistema di garantire la ragionevole durata del processo. È vero, infatti, che la prescrizione falciava il processo, ma non è affatto vero che si tratti di una mortalità precoce.

A questo punto, e considerato che – se passa la riforma – la prescrizione non scatterà quasi mai dopo la sentenza di condanna, ci si può chiedere provocatoriamente perché non rinunciare del tutto all'istituto, facendo cadere il velo che avvolge la gestione temporale delle indagini preliminari da parte del suo *dominus*: il pubblico ministero. Ne conseguirebbe uno tsunami istituzionale, che tuttavia farebbe giustizia di molti silenzi e altrettante ipocrisie. Il sistema, infatti, già in crisi, diventerebbe ingestibile: il sovraccarico giudiziario reclamerebbe una regolamentazione trasparente dei flussi in entrata, con beneficio per la durata dei processi, che può ridursi se si riduce il numero dei processi celebrabili e si prevede una causa di improcedibilità per quelli irragionevolmente lunghi. È proprio il caso di dire: *hic sunt leones*.