

LA PRESCRIZIONE DEFLATTIVA.

UNA RIVISITAZIONE *

Fausto Giunta **

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 26.9.2022

STATUTE OF LIMITATION AS A DEFLATIONARY MEDIUM.

AN UPDATE

The essay focuses on the recent evolution of the criminal statute of limitations in the Italian penal system. Currently, this limitation of the crimes has lost its traditional guarantee function. The Author criticizes the thesis of the statute of limitations as a means of ensuring the reasonable delay principle according to European parameters. Indeed, the statute of limitations has become the instrument for selecting crimes to be prosecuted. Law 134/2021 introduced priority criteria that can reconcile it with the constitutional principle of mandatory prosecution.

KEYWORDS Criminal statute of limitation – Reasonable delay principle – Principle of mandatory prosecution

1. Da un quarto di secolo circa, la prescrizione del reato, istituito prima di allora poco presente nella realtà processuale, occupa un posto centrale nel dibattito sui malanni della nostra giustizia penale, afflitta da disfunzioni sconosciute alla gran parte degli altri paesi europei. Per porvi rimedio sono state varate, nell'arco di pochi lustri, plurime riforme, perlopiù discontinue nell'ispirazione di fondo, quando non contrastanti. Tutto ciò ha amplificato l'eco protagonista e divisiva della prescrizione, che ha finito per investire finanche la *ratio legis* dell'istituto. Non deve ingannare, infatti, il consenso che si è guadagnato sulla carta il tradizionale ancoraggio della prescrizione alla logica del *tempori cedere*, per la semplice ragione che questa chiave di lettura non trova più il pieno conforto del diritto positivo.

Sia chiaro, non c'è un metodo sicuro per misurare il tempo necessario e sufficiente al compimento spontaneo della dimenticanza. Si tratta di valutazioni, che in quanto astratte e presuntive, possono compiersi solo in termini di plausibilità. Nondimeno in molti casi – ed è questa la novità apportata dal ravvicinato susseguirsi delle recenti riforme – il tempo della prescrizione ha subito un rallentamento generalizzato

* È il testo dell'intervento svolto al Convegno dell'AIPDP, sul tema: *I nuovi percorsi del sistema sanzionatorio tra ricerca di efficienza e garanzie*, Milano, 23-24 settembre 2022

** Ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze

rispetto all’assetto originario del codice Rocco, tale da inficiare la verosimiglianza delle soglie di dimenticanza fissate dalla legge.

Ricapitolando sommariamente: la l. 251 del 2005 (c.d. *ex Cirielli*), comunemente ricordata come lassista, ha allungato notevolmente il tempo prescrizione per i recidivi, attraverso lo stravagante collegamento tra la valenza soggettiva della ricaduta nel reato e il meccanismo oggettivo della prescrizione¹.

La l. 103 del 2017 (riforma Orlando) aveva aggiunto due ulteriori cause sospensive della prescrizione, per la durata in entrambi i casi di un anno e sei mesi, dopo la sentenza di primo grado e quella di appello, al fine di ossigenare, con un supplemento temporale, i processi in affanno. Questa “tassa temporale”, come noto, è stata eliminata dalla l. 3 del 2019 (riforma Bonafede) nella cornice di “uno scellerato progetto demolitorio” della prescrizione, bloccata dalla condanna di prime cure², con inevitabili ri- verberazioni negative sul versante della ragionevole durata del processo³.

Assumono rilievo, inoltre, le deroghe apportate via via al criterio-cardine della disciplina prescrizione, introdotto dalla citata l. 251 del 2005. A fronte della regola secondo cui il reato si estingue “decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale”, in molti casi tali termini sono stati raddoppiati; in altri, per ottenere un risultato simile, è stato innalzato il massimo edittale.

Per esemplificare, e prescindendo dall’eventuale incidenza della recidiva aggravata o reiterata, la corruzione in atti giudiziari aggravata e l’estorsione aggravata si prescrivono in 20 anni; la violenza sessuale non aggravata e la pornografia minorile in 24 anni; il disastro ambientale in 30 anni; i maltrattamenti contro familiari e conviventi aggravati dalla morte in 48 anni; il sequestro di persona estorsivo in 60 anni; l’associazione mafiosa in un massimo di 72 anni.

Altro che diritto alla dimenticanza. L’ordinamento si è ritrovato una memoria da elefante. Le deroghe prevalgono sulla regola e confermano come il termine ordinario di prescrizione dei delitti, 7 anni e 6 mesi, compresa l’incidenza dei fattori inter- ruttivi, sia diventato residuale. Appare chiaro, soprattutto, che non vi è alcuna

¹ “È un tipico esempio di demagogia (che almeno noi magistrati non dovremmo permetterci) dire che è stata la riforma del 2005 a creare il problema “prescrizione”, abbassandone i termini di operatività”, così R. BRICCHETTI, *Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione “ammazza-pro- cesso” (e altro ancora)*, in *disCrimen*, 17.2.2020, p. 2.

² Le espressioni virgolettate sono di D. MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, anche in *disCrimen*, 8.10.2018, p. 1.

³ Tra i tanti critici, v.: N. PISANI, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *disCrimen*, 4.7.2020, p. 6; L. MARAFIOTI, F. CENTORAME, *Prescrizione del reato e processo penale nell’esperienza italiana*, *ivi*, 3.5.2021, p. 17.

coerenza sistematica nella previsione dei termini prescrizionali. Il loro continuo rimangiamento risponde a valutazioni contingenti di allarme sociale.

2. D'altro canto, non si può dire nemmeno che la prescrizione del reato sanzioni l'eccessivo protrarsi del processo. A questa conclusione non si oppone soltanto il dogma, per il vero non insuperabile, della natura squisitamente sostanziale dell'istituto⁴. La ragione *tranchant* è un'altra: è l'evoluzione normativa, volta ora a procrastinare ora a scongiurare l'inesorabilità della tagliola temporale, che non consente più una simile conclusione.

A ciò si aggiunga che la ragionevole durata del processo non può contare su un retroterra valoriale unanime. La tesi che più l'avvicina alla prescrizione, valorizzandone la fisionomia di garanzia soggettiva, è minoritaria⁵. Per l'opinione prevalente si tratterebbe di una garanzia oggettiva⁶, con la duplice conseguenza, da un lato, di risultare bilanciabile con altri valori, come la tutela della vittima, e dall'altro di costituire un'obbligazione di mezzi, non di risultato, a carico dell'ordinamento, ossia un contenimento temporale ben più duttile dello sbarramento intransigente della prescrizione.

Quanto all'attuale normativa, introdotta dall'art. 2 della l. 134 del 2021, non vi è dubbio che essa abbia inteso rimediare alla perpetuità della condizione di imputato, voluta dalla citata riforma Bonafede. Decorso il già lungo tempo della prescrizione – dispone il nuovo art. 161-*bis* c.p. – la pronuncia della sentenza di primo grado fa scattare due distinti compassi temporali, rispettivamente di due anni, per definire il giudizio di appello, e di un anno per il grado della legittimità. Spirati infruttuosamente gli anzidetti termini di fase, previsti come aggiuntivi, ne consegue l'improcedibilità dell'azione penale.

Il sibillino disposto del nuovo art. 344-*bis* c.p.p. consente inoltre di aggirare la dichiarata rigidità del nuovo segmento temporale dedicato alla prescrizione processuale. Nei casi che risultano particolarmente complessi l'epilogo estintivo può essere impedito dal giudice, ossia dall'organo nei cui confronti dovrebbe operare l'improcedibilità, purché motivi la sua decisione; garanzia, questa, poco consolatoria e comunque destinata, per forza di cose, a restare priva di controllo nel giudizio di legittimità.

⁴ In tal senso v. anche Corte cost. 115 del 2018; 278 del 2020, 140 del 2021 e 182 del 2021.

⁵ Cfr. E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422.

⁶ Per tutti, v. P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quad. giust.*, 2000, p. 52 s.

In breve: stante l'“amplissima discrezionalità decisoria”⁷, la prescrizione è sempre possibile, ma non è più inesorabile.

3. Vale la pena di indugiare ancora sull'odierna funzione della prescrizione, esplicitando una premessa di metodo che potrà apparire eterodossa. E precisamente: a fronte della discordante evoluzione normativa, la funzione della prescrizione non può definirsi in base al solo diritto positivo che si è venuto stratificando. Decisiva è l'osservazione empirica della realtà ordinamentale nel suo complesso, ossia l'esame del sistema “in azione”, quale fatto normativo capace di rimodellare gli istituti secondo necessità.

Ebbene, esaminata da questa angolazione, la prescrizione del reato appare oggi principalmente un meccanismo deflattivo, che opera come succedaneo di un'altra causa estintiva del reato, oramai desueta, anch'essa utilizzata impropriamente in passato come strumento di smaltimento del sovraccarico processuale.

Il riferimento è all'amnistia, che ha scandito la politica criminale nell'epoca della Prima Repubblica, fino a quando non è intervenuta, nel 1992, la riforma dell'art. 79 Cost., con la previsione della vigente maggioranza qualificata. Così facendo, la prescrizione ha finito per affidare alla magistratura (segnatamente a quella inquirente) la responsabilità dell'opzione deflativa che l'amnistia riservava al Parlamento, ossia alla politica. Bisogna riconoscere, infatti, che l'amnistia era espressione di una scelta trasparente, là dove la prescrizione ha favorito da ultimo una gestione opaca dei reati da abbandonare alla falce del tempo. Gli illeciti penali non si prescrivono perché è passato del tempo dalla loro commissione, ma perché si consente al tempo di trascorrere inoperoso quando la loro repressione non è considerata prioritaria.

Se si prescinde dalle contravvenzioni, quali illeciti nani destinati a una vita breve, si delineano quattro classi di delitti, a seconda che siano imprescrittibili di diritto, imprescrittibili di fatto, difficilmente prescrivibili o soggetti al regime della prescrizione ordinaria. È a questi ultimi che bisogna aver riguardo, perché è qui che la prescrizione gioca il ruolo deflattivo di cui si è detto.

Insomma, la prescrizione non è più principalmente un limite garantistico, ma la valvola ordinamentale che flessibilizza in negativo e surrettiziamente l'esercizio dell'azione penale. Non è un caso che nonostante le severe critiche mosse alla

⁷ Così G. MARTIELLO, *Brevi note sulle disposizioni immediatamente esecutive della c.d. “riforma Cartabia” in materia di prescrizione sostanziale e processuale*, in *disCrimen*, 15.12.2021, p. 9.

prescrizione, nessuno dei tanti detrattori dell'istituto ne propone l'abolizione radicale⁸. La sua eliminazione porterebbe al collasso del sistema per ingolfamento da sovraccarico processuale.

I processi non muoiono per incuria o capriccio, ma per necessità.

4. L'originaria disciplina della prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, era coerente espressione di un ordinamento non ancora ipertrofico. Quel contesto consentiva alla causa estintiva di operare in casi eccezionali. Il resto lo faceva, come si è detto, l'impiego cadenzato dell'amnistia. Di conseguenza, la funzione garantistica della prescrizione poteva essere affermata senza troppi costi. I fattori di sospensione ed interruzione erano davvero pochi: la prescrizione dava rilevanza a un tempo "vuoto" o "nudo", che dir si voglia.

In effetti, nel campo penale, data la natura dei beni in gioco, il tempo non può non rilevare, almeno in linea di principio, nella sua accezione storica, la quale, essendo chiamata a misurare la vita delle persone e della comunità, ha una valenza esistenziale. Dal punto di vista del cittadino giudicabile, non c'è differenza tra tempo sostanziale e tempo del processo. Anzi, il trascorrere di quest'ultimo, proprio perché accompagnato dalla formulazione di un'accusa, può essere più doloroso di quello che decorre dal reato rimasto ignoto. Il nostro originario assetto codicistico era espressione di questa visione. Ciò spiega la preferenza sincretistica per un'unica unità di misura: quella della prescrizione sostanziale.

Quando l'inflazione penale e l'impraticabilità di fatto dell'amnistia hanno rovesciato la prospettiva, sono aumentati gli accadimenti processuali che, sotto forma di sospensione e interruzione, interferiscono con la prescrizione allontanando il momento del suo compimento. Conseguentemente il tempo ha assunto un significato, almeno in parte, convenzionale.

L'odierna distinzione tra prescrizione sostanziale e improcedibilità aspirerebbe a essere lo sviluppo di quest'ultima impostazione. La necessità di valutazioni più articolate, adeguate all'odierna complessità del sistema penale, si fonda sull'idea che il tempo dell'una e quello dell'altra non possano più misurarsi con lo stesso calendario.

Non sempre però la traduzione normativa è stata fedele espressione di questa ispirazione. Il riferimento è ad alcune proposte di riforma avanzate già una ventina di

⁸ F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, in *Giust. pen.*, 2015, c. 188; ID., *La prescrizione, ovvero chi odia, ama*, in *disCrimen*, 13.11.2018, p. 1 s.

anni fa circa, che individuavano nella sentenza di prime cure il discrimine tra la prescrizione e l'improcedibilità. Ciascuno dei tre gradi di giudizio – questa la principale novità – aveva un tempo prefissato per legge⁹. Si trattava, tuttavia, di compassi temporali molto ampi, finalizzati a scongiurare la prescrizione. A ben vedere l'innovazione era apparente. I calendari prescrizionali operavano in sequenza: quando si esauriva il primo, partiva il secondo e poi il terzo. In breve: la distinzione tra prescrizione sostanziale e processuale era nominale.

Per rendere funzionale la distinzione tra prescrizione sostanziale e improcedibilità, è invece necessario distinguere, nei due casi, il significato e le funzioni del tempo, relativizzandone il decorso in ragione del suo compasso e dei fattori che possono influire sulla sua misurazione. In questa direzione guardava una proposta alla quale resto affezionato, e che mi permetto qui di ricordare per le sue particolarità, prima tra tutte l'individuazione del *dies ad quem* della prescrizione nel decreto che dispone il giudizio¹⁰. Diversamente, il tempo del processo lo si faceva partire dalla prima formalizzazione dell'accusa. Con la condanna in primo grado solamente per l'imputato si sarebbero dischiusi tempi supplementari alquanto brevi per l'esercizio del diritto di impugnazione. In mancanza di una sentenza di annullamento intervenuta entro il termine supplementare, sarebbe passata in giudicato la condanna. Il calendario sostanziale e quello processuale avrebbero funzionato, pertanto, contestualmente nella fase delle indagini preliminari con l'effetto sperato di indurre la pubblica accusa a risparmiare il tempo per eventuali impugnazioni. Quanto alla natura del tempo, la prescrizione sostanziale avrebbe dovuto fondarsi sul tempo storico, meno influenzato da accidenti sospensivi e interruttivi, rilevanti invece sul versante della improcedibilità.

Ma era un'altra epoca: la funzione deflattiva della prescrizione non aveva ancora preso il sopravvento sulla sua *ratio* di garanzia.

5. Si può tornare adesso all'attuale assetto normativo. Le soluzioni che lo caratterizzano possono apparire un progresso solo se confrontate con lo spirito illiberale della riforma Bonafede. In realtà, la disciplina attuale innova poco e non in meglio, non solo perché, al pari di quelle che l'hanno preceduta, non ha inteso porre rimedio all'"intollerabile connessione tra prescrizione e recidiva"¹¹. Lascia a desiderare

⁹ V. in particolare il d.d.l. Fassone n. 260 del 20 giugno 2001.

¹⁰ F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino, 2003, p. 108 s.

¹¹ G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in *Lp*, 13.9.2022, p. 2.

l'impostazione di fondo: prescrizione e improcedibilità si saldano e operano senza soluzione di continuità. La loro distinzione è cronologica, non funzionale. La seconda è un'estensione della prima. Se il processo muore, la causa più probabile – dicono le statistiche¹² – sarà stata la prescrizione sostanziale; se sopravvive, lo si dovrà al tempo aggiuntivo della prescrizione processuale, cui la prima cede il testimone affinché prosegua sulla stessa corsia.

Questa impostazione non spezza l'unitarietà complessiva del decorso del tempo. Non a caso si è evocato il gioco delle tre carte¹³, ossia la truffa delle etichette: la riforma ha allungato ulteriormente l'esposizione dell'autore di un reato alla spada di Damocle del tardivo esercizio della potestà punitiva. L'innovazione, però, discutibile sul piano politico-criminale, non dovrebbe avere ripercussioni ai fini della disciplina intertemporale¹⁴. Con riguardo al controverso settore delle cause estintive del reato, il loro inquadramento dogmatico sostanziale o processuale non costituisce il solo e decisivo criterio per stabilire se trovi applicazione il principio di irretroattività sfavorevole o quello del *tempus regit actum*¹⁵. Specie nella logica della recente riforma, l'improcedibilità è assimilabile alla prescrizione, con la conseguenza di ricadere sotto l'ombrello protettivo dell'art. 25, comma 2, Cost.

Per il resto, il mantenimento di una maggiore dilatazione temporale per la prescrizione in senso stretto, rispetto al tempo necessario per l'improcedibilità, garantisce ampio spazio di manovra per le scelte selettive del pubblico ministero.

6. Fin qui il bilancio non può dirsi positivo. Dietro l'etichetta dell'improcedibilità è stato introdotto un nuovo e ulteriore tetto prescrizione, perdipiù derogabile dal giudice sulla sola base della sua parola. In breve: la funzione garantistica della prescrizione vive solo entro il raggio di azione dell'oramai consolidata *ratio* deflattiva dell'istituto.

Stando così le cose, assume centralità il nesso tra prescrizione e obbligatorietà

¹² R. BRICCHETTI, *Poche parole*, cit., p. 2 e 3.

¹³ M. DONINI, *Prescrizione ibrida, cosa prevede la nuova norma metà di diritto sostanziale, metà di diritto processuale*, ne *Il Riformista*, 14 luglio 2021.

¹⁴ Avanza questo dubbio R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in *disCrimen*, 16.7.2021, p. 5.

¹⁵ In argomento, O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, p. 190. Con riferimento alla giurisprudenza CEDU, v. anche B. GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo. Tempus regit actum?*, Torino, 2012, p. 184 s.

dell'azione penale. La questione è oggetto di dibattito specialmente dall'angolo visuale dell'improcedibilità. A fronte di chi la ritiene incompatibile con l'art. 112 Cost., osservando che il processo penale non può svanire nel nulla per il decorso del tempo¹⁶, vi sono posizioni più concilianti. L'azione penale – si osserva – è stata validamente esercitata¹⁷, al punto che sarebbe più corretto parlare di improseguibilità. E questo basterebbe per il rispetto del principio costituzionale.

Sennonché, comunque la si pensi al riguardo, il punto di maggiore tensione con l'obbligatorietà dell'azione penale non riguarda l'improcedibilità, bensì la funzione deflattiva che ha assunto la prescrizione sostanziale. La prima è pensata per portare a termine i processi, la seconda (nei casi in cui trova applicazione la regola dei 7 anni e 6 mesi) seleziona quelli da coltivare, a fronte dei casi per i quali è preferibile non procedere affatto o in via prioritaria.

La questione ha superato il piano del diritto positivo. La flessibilizzazione dell'azione penale è uno stato di fatto cui è difficile rimediare. Una soluzione potrebbe essere la riforma dell'art. 112 Cost.: prospettiva al momento utopistica e comunque caratterizzata dalla capitolazione del principio costituzionale di fronte alla irriducibilità della realtà processuale. Un'altra via – di fatto già percorsa – sarebbe quella di accettare lo *status quo* e convivere riducendo il tasso di ipocrisia che l'accompagna. Da questa angolazione sembrano costituire un passo avanti, almeno sul piano della trasparenza, i criteri di priorità dell'azione penale, di recente approvazione (art. 1, comma 9, lett. i, l. 134 del 2021). Sia perché in tal modo si rischiarava una zona d'ombra che incombe sulla selezione di fatto da parte delle Procure, sia perché, se non si risolve il problema del sovraccarico processuale, non si può progettare un coerente riassetto del tempo tra la commissione del reato e il suo accertamento processuale.

L'ipertrofia penale e il sovraccarico processuale non sono destinati a regredire. D'altro canto, nella gran parte dei sistemi penali la selezione dei reati meritevoli di essere perseguiti in via prioritaria è soddisfatta attraverso adeguati temperamenti della obbligatorietà dell'azione penale, fondati anche sul tempo trascorso dalla commissione del reato.

Una volta ridotta la quantità dei processi “in entrata”, ne risulterebbe ridimensionata la necessità di un meccanismo prescrittivo per quelli “in uscita”.

¹⁶ P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penaledp.it, 24.1.2022, 4 s. V. anche G. BALBI, *Il decorso*, cit., p. 30.

¹⁷ G. SPANGHER, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.giustiziainsieme.it, 9.2.2022.

Tutto ciò, però, non basterà. Per ripartire, la macchina repressiva ha bisogno di essere alleggerita. Una voce autorevole della magistratura lo ha ribadito di recente¹⁸. Ci vorrebbe... l'amnistia, il sogno proibito del penalista. Uno scenario improbabile, ma non impossibile. In un territorio normativo dove nomi e identità sono, come si è visto, intercambiabili, la prescrizione potrebbe prendere del tutto il posto dell'amnistia. Basterebbe che il legislatore riducesse drasticamente i tempi di prescrizione per classi di reati commessi prima una certa data. Si tratterebbe di un'amnistia mascherata, di un *bluff* che, stante la gravità della situazione, varrebbe la pena di assecondare.

¹⁸ R. BRICCHETTI, *Commento all'art. 79 della Costituzione. Amnistia e crisi del sistema giudiziario: ci si è dimenticati che si deve anche dimenticare. Amare considerazioni*, in *La Magistratura*, rivista *on line*, 16.5.2022.