

IL NUOVO VOLTO DELLA PRESCRIZIONE: DALLE CONCEZIONI GARANTISTE ALLE CONCEZIONI STATALISTE

di Roberto Bartoli

L'Autore prende spunto da alcuni recenti interventi in tema di prescrizione per mettere in evidenza come ormai la prescrizione abbia cambiato volto: se in termini tradizionali essa costituiva un limite al potere punitivo operante anche quando il processo si era attivato, adesso viene concepita come un qualcosa di disfunzionale al potere punitivo che si è manifestato con l'attivazione del processo, con conseguente imprescrittibilità a seguito di sentenza di primo grado. Ma al mutamento del volto della prescrizione contribuisce anche chi, nel tentativo di recuperare una funzione garantista della prescrizione, la ancora comunque al processo e la vede come un limite al processo infinito, senza rendersi conto che legare la prescrizione al processo potrebbe addirittura portare a ritenere plausibile l'idea di rendere tutti i reati sostanzialmente imprescrittibili, limitando il potere punitivo solo se si attiva il processo.

SOMMARIO: 1. La svolta: dalla prescrizione sostanzialistico-garantista a quella processualistico-statalista. – 2. L'orientamento processualistico-statalista. – 2.1. L'orientamento processualistico-statalista puro, basato sulla imprescrittibilità sostanziale del reato. – 2.2. L'orientamento processualistico-statalista temperato. – 2.2.1. La variante basata sull'imprescrittibilità processuale. – 2.2.2. La variante basata sulla prescrizione come limite al processo infinito. – 3. I limiti dell'orientamento processualistico-statalista. – 4. L'orientamento sostanzialistico-garantista. – 4.1. La variante generalpreventiva, apparentemente garantista. – 4.2. La variante personalistica. – 4.2.1. Gli strumenti di disciplina per tenere conto dei tempi del processo. – 5. Un passo indietro: il logorio storico che ha subito la concezione sostanzialistico-garantista. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La svolta: dalla prescrizione sostanzialistico-garantista a quella processualistico-statalista.

Mi permetto di inserirmi sulla scia dei recenti interventi in tema di prescrizione che hanno avuto il merito di fare chiarezza sulle ragioni a sostegno della soluzione entrata in vigore (imprescrittibilità del reato a seguito di sentenza [di condanna o di assoluzione] di primo grado o di decreto penale di condanna) e su quelle che invece sono contrarie¹.

¹ In ordine cronologico, cfr. O. MAZZA, [La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale](#), in questa Rivista, 21 gennaio 2020; G.L. GATTA – G. GIOSTRA, [Sul dibattito in tema di prescrizione](#)

Il punto centrale che vorrei evidenziare è il seguente: quale che sia l'esito, tutta questa vicenda sulla prescrizione sembra segnare un punto di svolta che non ho difficoltà a definire culturale-epocale, sul modo di concepire tale istituto, avendo determinato il passaggio (irreversibile?) da una concezione sostanzialistico-garantista a una concezione processualistico-statalista.

Detto diversamente, gli argomenti espressi a favore o contro l'attuale riforma e, più a fondo, le *rationes* della prescrizione che stanno alla base di questi argomenti, si giocano tutti ormai all'interno della prospettiva processualistico-statalista, che pone al centro e attribuisce prevalenza al potere punitivo dello Stato attualizzatosi con l'avvio del processo, secondo una visione completamente diversa da quella sostanzialistico-garantista e tradizionale, che invece pone al centro e attribuisce prevalenza alla persona destinataria del potere punitivo.

Ed è proprio qui che, a mio avviso, si pongono i problemi maggiori. Perché, come vedremo, la prospettiva processualistico-statalista non solo non è in grado di dare una giustificazione razionale alla prescrizione, distorcendone, nella migliore delle ipotesi, fondamento e funzione. Non solo crea una contrapposizione tra le diverse posizioni (entrambe processualistiche) che assume i caratteri di uno scontro nella sostanza insuperabile, per cui, da un lato, vi sono le ragioni (di Creonte e della magistratura), secondo le quali in presenza del processo la prescrizione non deve operare, salvo poi correttivi per evitare un'irragionevole durata del processo; mentre, dall'altro lato, vi sono le ragioni (di Antigone e dell'avvocatura), secondo le quali la prescrizione costituisce invece un limite indispensabile al processo attivato, in quanto potrebbe addirittura non avere mai fine. Ma soprattutto, la concezione processualistico-statalista della prescrizione assume come perno dell'intero ragionamento l'interesse dello Stato a punire concretizzatosi con l'attivazione del processo, interesse destinato inevitabilmente a prevalere sulle istanze dell'oblio e di garanzia, in virtù di un rapporto *fisiologicamente disfunzionale* intercorrente tra le dinamiche del processo e la prescrizione. Con la conseguenza che – per così dire – alla lunga, sono destinate a soccombere non soltanto le ragioni di chi, essendosi ormai inserito nella prospettiva processualistica, si oppone all'imprescrittibilità derivante dall'avvio del processo reclamando la prescrizione per porre fine al processo, ma anche le stesse ragioni che stanno alla base della prescrizione là dove il processo non è stato attivato, e cioè le stesse ragioni della prescrizione concepita in termini sostanziali e garantisti.

Diversamente, proprio nella concezione sostanzialistico-garantista, dove a prevalere sono le istanze di garanzia della persona, l'interesse processualistico a perseguire i reati assume indubbia rilevanza e deve essere preso in considerazione, ma non può mai compromettere le istanze di garanzia del reo e quindi non può mai prevalere comportando l'imprescrittibilità. L'interesse processualistico, piuttosto, entra all'interno di un bilanciamento capace di giungere a un punto di equilibrio,

[del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo](#), in questa *Rivista*, 11 febbraio 2020; D. PULITANÒ, [Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia](#), in questa *Rivista*, 19 febbraio 2020.

determinando, là dove il processo si sia attivato, un incremento dei tempi della prescrizione, al fine di dare la giusta *chance* al processo che si è attivato.

2. L'orientamento processualistico-statalista.

Nella prospettiva processualistica la *ratio* della prescrizione è connessa alle dinamiche del processo e più precisamente alla sua attivazione. L'attivazione del processo diviene, infatti, la chiave di lettura della prescrizione, sia nel senso che la prescrizione può divenire addirittura lo strumento per impedire l'attivazione del processo; sia nel senso che la prescrizione non può operare allorquando il processo si è attivato.

2.1. L'orientamento processualistico-statalista puro, basato sulla imprescrittibilità sostanziale del reato.

Più precisamente, secondo una prima variante, che potremmo definire processualistico-statalista pura, il reato non dovrebbe mai prescrivere, in quanto la prescrizione determinerebbe una sostanziale impunità perché impedirebbe l'attivazione del processo indispensabile per accertare la responsabilità e punire eventuali colpevoli.

Si tratta di una visione decisamente radicale che non attribuisce alcuna rilevanza all'incidenza del decorso del tempo sulle ragioni del punire, le quali, stando a questa visione, resterebbero sempre identiche a se stesse, immutabili nel tempo, nonostante che con il decorso del tempo tutti gli attori del punire siano destinati a cambiare in quanto immersi nello storico divenire. Una visione di giustizia che si fissa sul momento di commissione del presunto reato e che in definitiva si concentra così tanto sull'esigenza repressiva espressa dal potere punitivo che il reo scompare del tutto, siamo come uomo (retribuzione), sia come persona (prevenzione speciale).

A ben vedere, questa variante è presente nel nostro ordinamento, ma in forma decisamente circoscritta, perché prevista soltanto per le ipotesi di reato punite con l'ergastolo. Potremmo dire che si tratta di un'eccezione (imprescrittibilità) alla regola (prescrittibilità), connessa anche alla eccezionalità dell'ergastolo riferito a reati eccezionalmente gravi: insomma, per reati gravissimi, così gravi da essere puniti con l'ergastolo, si vuole che la responsabilità sia sempre e comunque accertabile e che il processo finalizzato a tale scopo possa sempre essere attivato in qualsiasi momento.

Vero che questa variante non ha mai trovato ingresso nel nostro ordinamento in termini generalizzati, è anche vero che, dal punto di vista argomentativo, essa è presente nell'attuale dibattito soprattutto politico più di quanto si creda. Ci riferiamo in particolare alle affermazioni espresse a sostegno della recente riforma secondo cui la prescrizione sarebbe *causa di impunità*, affermazioni pronunciate senza compiere alcuna distinzione sulla base della gravità del reato o a seconda che il processo sia stato o meno avviato. Dietro questo modo di ragionare, infatti, c'è nella sostanza una visione che vede nella prescrizione un istituto totalmente disfunzionale alla pretesa punitiva,

disfunzionale già nella sua previsione come istituto di diritto penale sostanziale operante a prescindere dall'attivazione del processo.

Ebbene, parlare di impunità è senza dubbio eccessivo e fuorviante, perché, a ben vedere, di impunità si può parlare soltanto quando, nonostante l'accertamento di una responsabilità con sentenza passata in giudicato, si tende a non eseguirla, oppure quando, dopo la realizzazione di un fatto, si creano le condizioni per impedire l'attivazione dei procedimenti destinati ad accertare eventuali responsabilità. E la prescrizione non rientra in queste ipotesi, perché la sua operatività, al pari di tutte le cause che incidono sulla punibilità, è prevista in termini generali ed astratti prima della realizzazione del fatto.

Piuttosto, l'affermazione che la prescrizione è causa di impunità ha di vero che si tratta di una causa di estinzione del reato che, sempre al pari di tutte le altre cause che incidono sulla punibilità, necessita di un fondamento razionale e costituzionale, determinando una sorta di eccezione alla regola della necessaria corrispondenza tra pena minacciata e pena irrogata/eseguita². Ma, a ben vedere, questo discorso vale per tutte le cause di non punibilità/estinzione del reato, prescrizione compresa.

Quanto detto ci serve per sgomberare il campo da quegli argomenti che per sostenere la recente riforma della imprescrittibilità "processuale" o per contrastarla, si soffermano sulle ipotesi di imprescrittibilità sostanziale connesse all'ergastolo. Così, ad esempio, da un lato, v'è stato chi, per avallare l'imprescrittibilità processuale ha fatto riferimento a quella sostanziale: «parlare di "abolizione della prescrizione", per effetto della riforma Bonafede, significa non solo dire qualcosa di inesatto, ma dimenticare che già esistono, da sempre, reati imprescrittibili; che la prescrizione del reato, cioè, non opera per tutti i reati. Questa considerazione, di per sé sola, dimostra che la prescrizione non è strumento indispensabile – e di sistema – per assicurare la ragionevole durata del processo: se così fosse, dovrebbe essere incostituzionale la previsione dell'imprescrittibilità dei più gravi reati previsti nell'ordinamento»³. Dall'altro lato, v'è chi, adottando la stessa prospettiva di ragionamento, ma avendo una posizione critica sulla riforma, giunge ad affermare che effettivamente i reati imprescrittibili non hanno ragion d'essere auspicando l'abolizione dell'imprescrittibilità anche per i massimi delitti⁴.

Ebbene, a me pare che, da un lato, un paragone tra i reati "sostanzialmente" imprescrittibili e quelli che risultano processualmente imprescrittibili a seguito della riforma sia fuorviante, in quanto decisamente diversa è la *ratio* delle due ipotesi, visto che l'imprescrittibilità dei primi si fonda sulla gravità mentre l'imprescrittibilità dei secondi si fonda sulla prevalenza attribuita all'interesse a punire concretizzatosi con una attivazione "qualificata" del processo. Dall'altro lato, ci pare difficile e irragionevole rinunciare all'idea di reati sostanzialmente imprescrittibili: come abbiamo visto, non solo l'imprescrittibilità costituisce un'eccezione connessa alla particolare gravità dei reati a prescindere dall'attivazione del processo e quindi un'ipotesi decisamente diversa

² Corte cost., sent. 149/1983.

³ G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 5 ss.

⁴ O. MAZZA, *La riforma dei due orologi*, cit., p. 8 ss.

dall'imprescrittibilità processuale derivante dalla sentenza di primo grado, ma questa eccezione ha una sua indiscutibile plausibilità proprio perché connessa alla particolare gravità dei reati, ragion per cui le istanze dell'oblio soccombono rispetto alle ragioni che spingono per l'accertamento della responsabilità. Insomma, è del tutto plausibile che una comunità possa individuare reati ritenuti così gravi da porre un'esigenza di giustizia così forte da rendere i reati sostanzialmente imprescrittibili, secondo una logica regola/eccezione razionalmente fondata per l'appunto dalla eccezionale gravità dei fatti⁵.

2.2. *L'orientamento processualistico-statalista temperato.*

Per un'altra variante processualistica, l'attivazione del processo è elemento essenziale del ragionamento, ma non per eliminare *tout court* la prescrizione, bensì per modularla. Premessa implicita di questa variante, infatti, è che si hanno in buona sostanza due prescrizioni: la prescrizione che decorre prima che sia avviato il processo e quella che invece decorre dopo che il processo sia stato avviato.

La prima ipotesi in cui la prescrizione decorre prima che sia iniziato il processo si ritiene non problematica: «in questo caso la prescrizione del reato impedisce l'esercizio dell'azione penale: l'eventuale denuncia o querela sarà, di regola, destinata all'archiviazione»⁶. Vedremo in seguito, come in realtà, proprio una riflessione su questa ipotesi, muovendo dalla prospettiva processualistica, disveli in realtà scenari molto problematici.

Al contrario, la seconda ipotesi in cui il procedimento penale è stato avviato non solo risulta problematica, ma tale problematicità tende – per così dire – a “drammatizzarsi”, in quanto si vengono a delineare chiavi di lettura che risultano addirittura opposte e nella sostanza inconciliabili.

2.2.1. *La variante basata sull'imprescrittibilità processuale.*

Ed infatti, da un lato, v'è chi ritiene che, una volta attivato il processo, la prescrizione risulti nella sostanza disfunzionale all'interesse a perseguire i reati e che pertanto la prescrizione debba interrompersi e mai più decorrere.

In questa prospettiva si afferma che l'imprescrittibilità salvaguardia l'attività processuale compiuta e l'interesse della collettività a conoscere l'esito della giustizia amministrata in suo nome: disfunzionale è proprio la prescrizione che matura nonostante che un processo sia in atto. Ecco allora che l'interesse a punire manifestatosi attraverso l'attivazione del processo prevale interamente sull'interesse ad obliare da cui consegue l'estinzione del (sospetto) reato: «un aspetto che non ci pare sia stato messo

⁵ In termini analoghi, cfr. D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., p. 5.

⁶ G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 2 ss.

debitamente a fuoco nel dibattito in corso, è l'anomalia rappresentata da una prescrizione *del reato* che può maturare *nonostante* il processo sia in atto e lo Stato stia manifestando l'interesse ad accertare fatti e responsabilità, mentre le vittime e la società con esse, stanno attendendo una risposta alla loro domanda di giustizia. Non ci dovrebbe essere più possibilità della prescrizione del reato – che come si è detto sanziona il tempo che la collettività ritiene necessario per dimenticare – una volta iniziato il processo, che è il rito della memoria. Vi potranno essere soltanto strumenti per evitare la sua eccessiva durata»⁷.

In questa prospettiva, sono due le problematiche che si aprono. Anzitutto, si pone il problema di quando far scattare l'imprescrittibilità: secondo alcuni, sarebbe sufficiente il mero avvio del procedimento⁸; secondo altri, invece, sarebbe necessaria quanto meno una sentenza di primo grado, soluzione quest'ultima accolta dalla recente riforma.

In secondo luogo, si pone il problema del rischio di tempi lunghi del processo. Nel momento in cui salta la prescrizione, il tempo del processo può risultare senza fine. Da qui la necessità di introdurre rimedi e accorgimenti per evitare o almeno controbilanciare gli effetti di un'eventuale eccessiva durata del procedimento⁹. Da un lato, v'è chi parla di introdurre la prescrizione del processo, distinguendo quindi in termini per l'appunto netti tra prescrizione del reato (tempo dell'oblio), che si ha quando il processo non si è ancora attivato, e prescrizione del processo (tempo della memoria) che invece si ha quando il procedimento si è per l'appunto attivato. Ancora più a fondo, si prospetta la soluzione di prevedere termini di prescrizione per singole fasi processuali.

Dall'altro lato, c'è chi auspica la previsione di rimedi compensativi per l'irragionevole durata del processo, consistenti ad esempio in una diminuzione di pena da parte del giudice.

2.2.2. La variante basata sulla prescrizione come limite al processo infinito.

Dall'altro lato, v'è chi, muovendosi sempre nella prospettiva processualistica, ritiene che la prescrizione sia invece funzionale alla ragionevole durata del processo ovvero all'interruzione di un processo che rischia di essere infinito¹⁰. Posto che, nel momento in cui è attivato, il processo potrebbe avere una durata illimitata, si ritiene che sia proprio la prescrizione lo strumento per porre fine a un processo che altrimenti non avrebbe mai fine. Anzi, la prescrizione viene considerata addirittura il mezzo per accelerare la definizione del processo: proprio perché v'è la consapevolezza che il potere punitivo può essere esercitato entro un certo termine, la macchina della giustizia non può che sveltirsi e velocizzarsi.

⁷ G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 2 e p. 11 ss.

⁸ F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, p. 25 ss.

⁹ G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 12.

¹⁰ Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, Delibera 30 settembre 2019.

La posizione merita attenta considerazione perché se da un lato tenta di recuperare un ruolo garantista della prescrizione, dall'altro lato, però, lo recupera su un piano argomentativo ormai inclinato che in realtà risulta problematico. Detto diversamente, e in termini ancora più espliciti, a me pare che i sostenitori di questa posizione, pur muovendo da posizioni garantiste, senza rendersene conto, non solo sono entrati in una prospettiva che garantista non è, ma avanzano argomenti che, proprio perché è mutata la prospettiva, possono risultare addirittura controproducenti.

Due parole sul legame tra prescrizione e ragionevole durata del processo. Tale legame non sussiste ed ormai il punto sembra essere condiviso¹¹. Si è trattato di un argomento nella sostanza retorico-politico privo di fondamento che nel tempo ha mostrato la sua assoluta inconsistenza, come dimostra la circostanza che nel nostro ordinamento abbiamo il più alto numero di declaratorie da prescrizione e, al contempo, di condanne per irragionevole durata dei processi.

Piuttosto occorre soffermarsi sull'idea che la prescrizione è indispensabile per porre fine al processo. Anzitutto, non si può fare a meno di osservare come con questa posizione ci si collochi nella prospettiva processuale contribuendo a determinare un vero e proprio mutamento genetico della prescrizione: un istituto nato per porre fine alla pretesa punitiva *tout court* viene concepito come un istituto che pone un limite alla pretesa punitiva processuale, come se la prescrizione fosse nata per porre fine ai processi in corso.

In secondo luogo, si deve registrare come si venga a delineare una contrapposizione addirittura speculare all'interno della stessa prospettiva processualistica temperata: a chi afferma che la prescrizione è in sostanza un impedimento al processo, si ribatte che la prescrizione è indispensabile per porre fine a processi che possono essere infiniti. Disvelandosi così, oltre alla strumentalità delle argomentazioni, anche l'impossibilità di un dialogo e quindi di un equilibrio tra le stesse.

Infine, e direi soprattutto, si deve notare come proprio questo forte ancoraggio della prescrizione al processo risulti altamente rischioso. Se infatti la prescrizione viene connessa alle dinamiche processuali e serve per porre fine al processo, vi potrebbe essere chi, spingendo con coerenza questa argomentazione fino alle estreme conseguenze, giunge alla conclusione che in realtà tutti i reati devono essere "sostanzialmente" imprescrittibili, ponendosi un problema di "prescrizione", vale a dire di fine del processo, soltanto se il processo si attiva.

Insomma, affermare che la prescrizione serve per porre un limite ai processi significa muoversi sulla stessa scia processualistica che in realtà concepisce la prescrizione come disfunzionale ai processi, e significa attribuirle una funzione che non ha mai avuto. Non solo, ma significa anche mettere in pericolo le stesse ragioni garantiste che si vorrebbero perseguire, perché apre la stura a ragionamenti diretti ad eliminare la stessa prescrizione sostanziale.

¹¹ G. GIOSTRA, [Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione](#), in questa *Rivista*, 13 gennaio 2020, p. 2; D. PULITANO, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., p. 5 ss.

3. I limiti dell'orientamento processualistico-statalista.

La concezione processualistica suscita notevoli perplessità anche nella sua forma temperata.

Anzitutto, processualizzare la prescrizione significa in realtà attribuire prevalenza all'interesse dello Stato ad accertare fatti e responsabilità, con la conseguenza che la prescrizione è nella sostanza disfunzionale. Certo, questo ragionamento si può temperare, affermando che la prescrizione è disfunzionale "soltanto" quando il procedimento è avviato, ma il dato di fondo è che la prescrizione è nella sostanza disfunzionale. Processualizzare la prescrizione significa, quindi, modificare e delineare un nuovo assetto problematico dove la prescrizione costituisce un ostacolo al potere punitivo.

Seconda notazione: la partita di chi auspica il ritorno della prescrizione come strumento per porre una fine al processo è una partita nella sostanza già perduta, per la semplice ragione che, una volta attribuita prevalenza all'interesse statale ad accertare la responsabilità e configurato un assetto in cui la prescrizione è disfunzionale, la prescrizione con la sua valenza garantista e di limite al potere punitivo allo Stato non può essere recuperata. Non solo, ma, come abbiamo visto, concepire la prescrizione come limite al processo offre argomenti per sostenere che i reati devono essere "sostanzialmente" imprescrittibili, salvo per l'appunto l'attivazione del processo.

In terzo luogo, gli stessi rimedi prospettati per evitare una eccessiva durata dei processi rischiano di essere peggiori del male che si vuole curare. Da un lato, l'idea di attenuare la pena in presenza della violazione della ragionevole durata del processo, pur bilanciando, annichilisce completamente la prescrizione, non solo quella sostanziale, ma anche quella processuale, rimettendo il cittadino interamente nelle mani dello Stato, non potendosi dimenticare che anche il potere giudiziario fa parte dello Stato che esercita il potere punitivo. La previsione di termini di prescrizione per singole fasi processuali, se recupera un ruolo della "prescrizione", tuttavia potrebbe aprire a esiti paradossali e del tutto casuali: da un lato, una disfunzione del processo che cagionasse la scadenza del termine avrebbe come esito concreto proprio quella impunità che si vuole evitare; dall'altro lato, le ragioni di scadenza potrebbero essere le più imprevedibili. Senza considerare che la non punibilità deriverebbe per l'appunto soltanto da mere ragioni processuali e non sostanziali.

Andando ancora più a fondo, la previsione di termini di prescrizione per singole fasi processuali, a dire il vero sostenuta sempre più con meno vigore, mi pare difficilmente praticabile sia da un punto di vista politico, perché in realtà vorrebbe dire negare e contraddire le premesse da cui si muove, e cioè che la prescrizione, qualsiasi prescrizione, è nella sostanza disfunzionale al processo, sia perché non so quanto tale posizione sarebbe condivisa dalla magistratura che si vedrebbe addossare su di sé tutta la responsabilità dell'eventuale fallimento dei processi.

Nella prospettiva processualistica, si deve osservare come lo stesso interesse statale all'accertamento della responsabilità attualizzato mediante il processo sia un interesse unilaterale, che proprio in ragione della sua unilateralità non presenta un peso

così significativo da poterlo considerare prevalente sull'interesse all'oblio. Si è detto: il processo è il rito della memoria¹². Ma è davvero così? A ben vedere, il processo non attiene a un reato, ma ad un sospetto reato e l'interesse punitivo attivato con il procedimento non può essere considerato "memoria" esprimendo piuttosto una memoria soltanto potenziale che non si attualizza con il processo stesso, ma attraverso la sentenza passata in giudicato. Tant'è vero che nella prospettiva tradizionale è con la sentenza passata in giudicato, che indica la memoria, che la prescrizione del reato non può più operare.

Ed ancora, se si muove da un'idea di reato imprescrittibile in virtù di un processo che già di per sé è memoria, a maggior ragione dovrebbe saltare completamente l'intera disciplina della prescrizione della pena, dove la sentenza di condanna esprime per l'appunto una piena ed effettiva attualizzazione della memoria.

Un'ultima notazione. Come abbiamo visto, nella logica processualistica temperata si distingue tra due ipotesi di prescrizione: quella che decorre in assenza dell'avvio del processo e quella che decorre in presenza della attivazione dello stesso, e mentre la prima ipotesi non si ritiene problematica, la seconda invece lo è.

Ebbene, anche la prima ipotesi, a ben vedere, risulta problematica, non potendo essere liquidata dicendo che «in questo caso la prescrizione del reato impedisce l'esercizio dell'azione penale». Da un lato, infatti, la circostanza che impedisca l'esercizio dell'azione penale altro non è che la conseguenza di disciplina, dovendosi indagare e chiarire la *ratio*. Dall'altro lato, è proprio quando ci si interroga sulla *ratio* di questa disciplina, che essa si fa meritevole di attenzione anche perché la sua giustificazione risulta più problematica di quanto non appaia, aprendosi la possibilità di due diverse chiavi di lettura.

Anzitutto, da una prospettiva rigorosamente processualistica, potremmo dire processualistica pura, si potrebbe arrivare addirittura ad affermare che tale ipotesi contrasta con l'interesse ad accertare mediante processo la responsabilità: proprio perché il processo non si è attivato, non v'è ragione per fare operare la prescrizione, dovendosi piuttosto concludere nel senso della imprescrittibilità. Insomma, come abbiamo visto in precedenza, una chiave di lettura rigorosamente processualistica della prescrizione dovrebbe con coerenza spingere ad affermare che la stessa prescrizione sostanziale salta e che quando si avvia il processo scatta la prescrizione del processo.

Dall'altro lato, da una prospettiva processualistica temperata, si può ritenere – come infatti si ritiene – che in realtà vi sono due diverse ipotesi di prescrizione che rispondono a *rationes* differenti: quella in cui il processo non si è attivato, ipotesi sostanziale; quella in cui invece il processo si è attivato, ipotesi processuale. Ebbene, l'ipotesi sostanziale può essere giustificata solo basandosi su argomentazioni generalpreventive e cioè su ragioni che in realtà giustificano le ragioni del punire dalla sola prospettiva statale: con il trascorrere del tempo, vengono meno le ragioni generalpreventive.

¹² G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato*, cit., p. 12.

Ed ecco assumere piena coerenza la prospettiva processualistica temperata: nel momento in cui il processo si attiva, quelle ragioni che si stavano affievolendo riprendono vigore, non potendosi più parlare di una prescrizione del reato in presenza di un processo avviato.

In sostanza, secondo la concezione processualistico temperata non è possibile tenere sotto lo stesso compasso temporale il tempo dell'oblio (la prescrizione del reato) e il tempo della memoria (il processo). Tali dimensioni devono essere tenute distinte. E tali dimensioni possono essere tenute distinte proprio perché ci si muove dalla prospettiva della prevalenza delle ragioni statali del punire, ci si basa sull'idea che la prescrizione è connessa all'affievolirsi delle esigenze di prevenzione generale in virtù del decorso del tempo. Insomma, la distinzione si giustifica soltanto in un'ottica generalpreventiva, vale a dire in un'ottica delle ragioni statali del punire.

4. L'orientamento sostanzialistico-garantista.

È venuto il momento di soffermarsi sulla prospettiva sostanzialistica, all'interno della quale si possono distinguere due varianti: una, come abbiamo appena visto, generalpreventiva, e quindi nella sostanza statalista e una, invece, personalistica e quindi fortemente garantista.

4.1. La variante generalpreventiva, apparentemente garantista.

La variante generalpreventiva della prescrizione si basa sull'idea che con il trascorrere del tempo si depotenziano le ragioni sociali del punire, perché scema lo stesso interesse generale alla repressione. Si tratta della lettura che è sempre andata per la maggiore, diffusissima nella manualistica, ma che tradisce una prospettiva statalista che pone al centro lo Stato con le sue pretese punitive, con la conseguenza che alla fine la prescrizione è una sorta di concessione da parte dello Stato.

Non solo, ma come abbiamo visto, è stata proprio questa lettura della prescrizione connessa alle ragioni "statali" del punire che ha offerto il destro per l'affermarsi della prospettiva processualistica temperata, inducendo alla scissione tra tempo dell'oblio e tempo del processo/memoria. Se infatti la prescrizione sostanziale opera in virtù del fatto che con il trascorrere del tempo scema l'interesse generale a punire, l'attivazione del processo riaccende tale interesse, venendo quindi meno l'esigenza di porre il limite della prescrizione. Anzi, più il processo va avanti, più l'interesse ad accertare la responsabilità aumenta di peso. Non mancando posizioni talmente radicali da portare a ritenere che lo stesso *dies a quo* dovrebbe decorrere non dal momento della commissione del fatto, ma dal momento della notizia di reato.

4.2. La variante personalistica.

Ebbene, a questa *ratio* sostanziale e generalpreventiva della prescrizione se ne contrappone un'altra, a carattere garantista, perché pone al centro la persona del reo: la prescrizione è un limite alla pretesa punitiva dello Stato, limite ancorato al decorso del tempo.

Questa lettura sostanziale della prescrizione muove da una prospettiva nella sostanza opposta a quella processualistica, in quanto la prescrizione opera anche quando lo Stato si attiva. Piuttosto, come vedremo, la dimensione processuale assume rilievo, ma mai nel senso di prevalere sulle ragioni del decorso del tempo.

Le ragioni per porre limiti alla pretesa punitiva sono sostanzialmente due. Da un lato, ci si muove in una prospettiva sempre ancorata alle funzioni della pena, ma alla funzione che ha a che fare con la persona in carne ed ossa, vale a dire alla prevenzione speciale (art. 27, comma 3, Cost.). Com'è stato ben evidenziato anche di recente, «una notevole distanza temporale tra punizione e tempus *commissi delicti* trascura il fatto che il reo potrebbe essere una persona “diversa”, non più la stessa persona che ha commesso il reato – perché gli uomini non sono, ma diventano – e potrebbe dunque non necessitare più di alcuna rieducazione»¹³. A ciò si aggiunge che la prescrizione, al pari nella sostanza di tutto ciò che infrange la sequenza tra reato e pena, potrebbe operare anche come incentivo indiretto alla risocializzazione.

Da altra angolatura, la prescrizione ha una *ratio* fortemente personalistica e viene ricondotta addirittura al venire meno della stessa responsabilità (art. 27, comma 1, Cost.). Con il trascorrere del tempo è lo stesso legame materiale, psichico e motivazionale che intercorre tra il soggetto e il fatto a dissolversi e venire meno, con la conseguenza che punire un soggetto per un fatto che si colloca a distanza di molti anni finisce per costituire l'attribuzione di un fatto che addirittura non gli appartiene più. E la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 23 del 2013 sembra fare riferimento a questa *ratio* là dove parla addirittura di un “diritto all'oblio” dei cittadini¹⁴.

Ebbene, la prospettiva garantista è una prospettiva fortemente unitaria, anche se mantiene un'importante differenziazione. È unitaria in quanto tempo dell'oblio e tempo della memoria sono tenute all'interno di uno stesso compasso tracciato dal tempo dell'oblio ovvero, detto diversamente, il tempo della memoria opera, ma opera all'interno dello spazio di tempo definito dal tempo dell'oblio. Anche perché il tempo dell'oblio, l'interesse garantista, non può che prevalere sulle istanze repressive attivate anche mediante il processo: è proprio questo aspetto che consente di soddisfare le esigenze garantiste determinando limiti al potere punitivo. Il limite alla pretesa punitiva si pone quindi sempre e comunque, non solo nell'ipotesi in cui lo Stato non ha attivato il procedimento, ma anche nell'ipotesi in cui lo Stato lo ha attivato. Con la conseguenza

¹³ V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 562.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 23/2013, secondo cui la prescrizione dei reati «è legata, tra l'altro, sia all'affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati, sia al “diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela».

che il limite che la prescrizione pone alla durata dei processi che si sono attivati è un effetto secondario dovuto proprio alla circostanza che la prescrizione opera indipendentemente dai processi. In sostanza, l'eventuale mannaia che cade sul processo in corso non è la ragione della prescrizione, ma è la conseguenza del fatto che si pone fine alla pretesa punitiva anche quando si è attivato un processo: la circostanza che si ponga fine al processo è perché si pone fine al reato.

Ma si tratta anche di una prospettiva in cui è presente una fondamentale distinzione, perché, a ben vedere, si torna a distinguere a seconda che il processo non si sia attivato oppure si sia attivato. Ma stavolta, la distinzione è di disciplina e non di *ratio* e si gioca sul bilanciamento di un interesse che sopravviene (l'attivazione del processo), che merita considerazione e che incide per l'appunto sulla disciplina determinando un ampliamento dei tempi di prescrizione. In particolare, nella prima ipotesi in cui il processo non si è attivato, il tempo dell'oblio opera senza intralci, nella consapevolezza che trascorso un certo tempo dalla commissione del reato, lo Stato non ha più ragione per punire il soggetto, in quanto si ha a che fare con un'altra persona da quella che ha realizzato il fatto e il fatto nella sostanza non gli appartiene più. Nella seconda ipotesi in cui il processo si è attivato, invece, il tempo dell'oblio si deve confrontare con l'interesse a punire attualizzato dall'avvio del processo. L'attivazione del processo, se non può prevalere, tuttavia non può nemmeno lasciare indifferenti. Il punto è che il processo, con i suoi tempi, deve essere preso in considerazione, ma come interesse per l'appunto da bilanciare e non da assolutizzare. Il processo deve essere preso in considerazione, perché gli deve essere data una ragionevole chance. Anche perché il processo può – per così dire – agevolare la prescrizione. Con la conseguenza che, una volta che il processo si è attivato, si possono prevedere meccanismi che allungano i tempi della prescrizione proprio in ragione della attivazione del processo.

4.2.1. *Gli strumenti di disciplina per tenere di conto dei tempi del processo.*

Vi sono diversi modi per prendere in considerazione i tempi del processo determinando un allungamento dei tempi di prescrizione.

Da un lato, si possono prevedere meccanismi là dove si vengono a realizzare atti processuali in cui l'interesse dello Stato a punire si concretizza, e questa era la soluzione adottata dal codice del 1930; dall'altro lato, si può prevedere la sospensione della prescrizione per periodi determinati, nelle fasi del giudizio di impugnazione, e questa era la soluzione adottata dalla riforma Orlando che oltretutto si è aggiunta a quella tradizionale.

Risultato finale di tutte queste soluzioni è che il tempo complessivo della prescrizione si allunga e si allunga proprio in virtù del processo in atto al fine di dargli una *chance*.

È opportuno osservare come il modello sospensivo determini una lieve processualizzazione della prescrizione, per la semplice ragione che l'incremento del tempo della prescrizione è direttamente connesso ai tempi del processo, nel senso che i tempi del processo in sé e per sé considerati incidono sui tempi della prescrizione, tant'è

vero che l'incremento opera indistintamente per tutti i reati, indipendentemente dalla loro gravità, a differenza di quanto avviene attraverso il meccanismo della interruzione che comporta aumenti proporzionali al tempo complessivo di prescrizione (con limiti invalicabili), a sua volta connesso alla gravità del reato. Detto diversamente, attraverso il meccanismo sospensivo, l'incremento del tempo di prescrizione è del tutto svincolato dalla gravità del reato.

Per ovviare a questo inconveniente, si potrebbe pensare a una disciplina ancora diversa, che allunga i tempi di prescrizione ogni volta che si raggiunge una condanna: considerato che ad ogni nuova affermazione della responsabilità si rafforza il legame tra il reato e il suo autore, nonché la memoria sociale del fatto, e che la pronuncia estintiva sarebbe tanto più diseconomica e disfunzionale quanto più è avanzato il processo, si potrebbe ipotizzare l'allungamento del "tetto massimo" di un certo quantitativo (ad esempio $1/3$ o $1/4$ con la sentenza di condanna di primo grado o con la sentenza di condanna in appello di riforma del proscioglimento in primo grado e di $1/3$ o $1/2$ con la "doppia conforme di condanna").

Tale meccanismo consentirebbe da un lato di prendere in considerazione l'interesse processuale che si concretizza in risultati significativi sul piano della memoria e dall'altro di tenere la prescrizione ancorata alla gravità del reato. Più precisamente, presenterebbe tre meriti. Anzitutto, e già questo non è poco, di semplificazione. In secondo luogo, incentiverebbe alla velocità e all'efficacia: per ottenere l'allungamento occorre raggiungere il risultato della sentenza. In terzo luogo, l'aumento sarebbe sempre connesso alla gravità del reato.

Una riflessione sulle dinamiche temporali del punire, mostra anche come l'interesse a punire che si attualizza con l'avvio del processo abbia un peso diverso a seconda che determinati atti siano compiuti – per così dire – nella prima metà del tempo della prescrizione oppure nella seconda metà. Insomma, c'è un'enorme differenza tra l'attivare il processo dopo un anno dalla commissione del fatto oppure a un anno dalla scadenza del tempo di prescrizione, risultando – per così dire – fisiologico e ragionevole dare più *chance* là dove il processo ha per l'appunto più *chance* per concludersi, mentre non deve scandalizzare una prescrizione allorquando il processo si è attivato a ridosso della scadenza.

Andando ancora più a fondo, si deve osservare come nel momento in cui ci si muove in una prospettiva sostanziale dove l'attivazione del processo è un interesse da prendere in considerazione, abbia senso distinguere tra sentenze di condanna oppure sentenze di assoluzione, proprio perché è nelle sentenze di condanna che si concretizza l'interesse dello Stato a punire e a ricordare, reclamando un'ulteriore *chance* e quindi tempi di prescrizione più lunghi.

Diversamente, nella prospettiva processuale, la distinzione finisce per perdere di senso per la semplice ragione che la prescrizione è di per sé disfunzionale al processo, interessando il raggiungimento della sentenza definitiva di condanna anche se le precedenti sentenze sono per l'appunto di assoluzione.

5. Un passo indietro: il logorio storico che ha subito la concezione sostanzialistico-garantista.

Non deve meravigliare se siamo arrivati a questa svolta, la quale ha origini molto lontane, potendosi considerare l'esito finale di un lungo percorso di logoramento della concezione garantista, al quale, a ben vedere, hanno contribuito anche coloro che si professavano paladini delle garanzie.

In particolare, questo processo di logoramento è iniziato con la riforma del 2005 che ha rotto l'equilibrio in cui si trovava il nostro sistema, determinando anche quella confusione argomentativa di cui ancora si risente. Da un lato, infatti, la riforma del 2005 venne sostenuta con argomenti garantisti, ma con soluzioni che in parte contraddicevano tali argomenti, visto che un eccessivo abbassamento dei tempi di prescrizione può effettivamente comportare l'impunità (torneremo a breve su questo punto) e che per l'individuazione del tempo di prescrizione si è sostituito il tradizionale sistema per fasce con il criterio del massimo edittale, vale a dire con un meccanismo che risente fortemente di considerazioni generalpreventive, non potendosi dimenticare le modifiche alla disciplina della interruzione volte a far giocare sui tempi della prescrizione valutazioni di pericolosità sociale del reo del tutto estranee alla gravità del reato. Dall'altro lato, questa riforma ha determinato una reazione fortissima, che nel contrastare i rischi di impunità ha tuttavia travolto anche l'istanza garantista espressa dalla prescrizione, facendo leva su argomenti che in modo più o meno consapevole si basavano su una prospettiva in cui la prescrizione risultava disfunzionale.

E questo processo di logoramento è proseguito con la riforma Orlando del 2017 che pur collocandosi nel solco della concezione tradizionale, ha concesso molto alle istanze processualistiche, svincolando l'incremento dei tempi di prescrizione dalla gravità del reato ed ancorandolo direttamente ai tempi processuali con valenza identica quale che sia il reato che viene in gioco.

Più nel dettaglio, si può affermare che alla processualizzazione della prescrizione hanno contribuito i seguenti passaggi. Anzitutto, la *ratio* generalpreventiva della prescrizione "inconsapevolmente" diffusissima nella scienza penalistica, fintanto che non sono stati promossi recenti studi volti a valorizzare l'istanza di garanzia¹⁵. Un *humus* ideale dove ha potuto incrementare il peso per l'interesse dello Stato a punire manifestato mediante l'attivazione de processo.

In secondo luogo, alla concezione sostanziale e garantista della prescrizione assesta un duro colpo la riforma che ancora il tempo necessario a prescrivere al massimo edittale di ciascun reato, trattandosi di riforma che per l'appunto rafforza la prospettiva generalpreventiva. Diversamente, era proprio il modello di disciplina che differenziava i tempi di prescrizione in ragione della gravità dei tipi di reato che rispondeva a un'esigenza di garanzia, per cui i tempi erano determinati da scelte di parte generale attraverso una valutazione mirata ed autonoma sui tempi dell'oblio. Quando si ragiona per fasce di reati la componente generalpreventiva si stemperata, perché parlare di

¹⁵ Cfr. F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino, 2003.

gravità per fasce significa parlare di proporzione, di retribuzione, significa attribuire rilevanza a tipologie di reati, significa riflettere sulle dinamiche del tempo con riferimento all'uomo e alla società. Diversamente, parlare di comminatoria edittale del singolo reato significa attribuire prevalenza proprio a considerazioni generalpreventive. Di più, il nuovo meccanismo ha significato deresponsabilizzare il legislatore dal prendersi la responsabilità in ordine ai tempi della prescrizione e sovvertire irrazionalmente il sistema per cui, come dimostrato anche dalle recenti riforme in tema di prescrizione, la scelta del massimo edittale non è nemmeno connessa alla gravità del singolo reato o comunque ispirata a una logica di proporzione distributiva, ma ai tempi di prescrizione.

Infine, l'ultimo passaggio è offerto dalla riforma Orlando, che pur raggiungendo un equilibrio accettabile, attribuisce diretta rilevanza ai tempi processuali dando ancora una volta un contributo alla processualizzazione della prescrizione, sempre più sganciata dalla gravità del reato.

6. Considerazioni conclusive.

Se vogliamo provare a razionalizzare un istituto così complesso e articolato come la prescrizione, possiamo provare a distinguere due ipotesi e quattro orientamenti.

Le due ipotesi si distinguono a seconda che il processo sia stato attivato o meno. I quattro orientamenti si distinguono a seconda che si dia prevalenza al potere punitivo oppure a limiti al potere punitivo.

Nella prima prospettiva in cui si dà prevalenza al potere punitivo, da un lato, si può parlare di un orientamento processualistico puro, dove la prescrizione è disfunzionale all'accertamento della responsabilità con la conseguenza che l'idea di fondo è di rendere tutti i reati imprescrittibili: alla base di questa concezione sta una visione che non esista a definire autoritaria, perché volta a trascurare completamente la stessa componente del divenire.

Dall'altro lato, v'è una concezione processualistica temperata, che distingue tra l'ipotesi in cui il processo non si è attivato, e che può portare alla prescrizione in virtù dello scemare delle esigenze preventive, e l'ipotesi in cui invece il processo si è attivato, dove la prescrizione diviene nella sostanza disfunzionale e quindi si tende alla imprescrittibilità.

Nella seconda prospettiva in cui prevalgono le istanze di garanzia, da un lato, v'è la concezione che continua a distinguere a seconda che il processo si sia attivato o meno, e nell'ipotesi in cui il processo si sia stato avviato si ritiene che l'interesse processualistico ad accertare la responsabilità debba essere preso in considerazione, allungando i tempi della prescrizione, per aumentare le *chance* per arrivare a un accertamento definitivo della responsabilità, anche perché l'attivazione del processo può agevolare la prescrizione.

Dall'altro lato, v'è la concezione che invece nel nome delle esigenze dell'oblio non attribuisce alcuna rilevanza alla attivazione del processo, contraddistinguendosi, quindi, per un eccesso altrettanto irragionevole come quello delle soluzioni che determinano l'imprescrittibilità.

4/2020

A nostro avviso, preferibile il modello sostanzialistico-garantista, in quanto capace di raggiungere un migliore equilibrio tra le esigenze dell'oblio e i tempi del processo.