

**Considerazioni ‘a prima lettura’ su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia**

di ANTONIO CAVALIERE

**SOMMARIO:** I. PREMESSE GENERALI. - 1. *Fini e mezzi*. - 2. *Una corposa novella a due velocità*. - II. LE STRATEGIE DI DEFLAZIONE E ACCELERAZIONE: PROBLEMI DI GARANZIE E DI EFFICIENZA. - 1. *Rinvio*. - 2. *Le deleghe relative alle indagini preliminari. I criteri di priorità e il contrasto con l’art.112 Cost.: efficienza o efficientismo?* - 2.1. *Il nuovo criterio di giudizio per l’esercizio dell’azione penale. Una svista legislativa*. - 3. *Il nuovo criterio di giudizio come asserito strumento deflattivo nell’udienza preliminare e in quella ‘predibattimentale’*. - 4. *Incentivi alla ‘giustizia contrattata’*. - 5. *Cenni su deflazione e appello*. - 6. *Ufficio per il processo: qualche inquietudine*. - 7. *Un provvisorio sguardo d’insieme*. - III. GLI INTERVENTI SUL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE. - 1. *Pena pecuniaria*. - 2. *Sanzioni sostitutive: luci ed ombre*. - 3. *Ipotesi di non punibilità in concreto e diversione*. - 3.1. *Un cenno alla delega in tema di giustizia riparativa*. - 3.2. *La particolare tenuità del fatto*. - 3.3. *L’ampliamento della sospensione del procedimento con messa alla prova*. - 4. *De profundis per la depenalizzazione?* - IV. PRESCRIZIONE DEL REATO E IMPROCEDIBILITÀ DELL’AZIONE PENALE. 1. *Un obiettivo condivisibile in un contesto difficile*. - 2. *Un cenno alle proposte della Commissione Lattanzi*. - 3. *Una premessa essenziale sui fondamenti della prescrizione del reato e della prescrizione dell’azione penale e sulla loro possibile interazione*. - 4. *La riforma Cartabia in tema di prescrizione: primi rilievi critici*. - 5. *Proroghe e sospensioni*. - 6. *Il triplo binario. La ragionevole durata del processo non è uguale per tutti?* - 7. *Un errore di fondo, in continuità con la riforma Bonafede*. - 8. *L’irretroattività e il rischio di frode delle etichette*. - 9. *Ancora una soluzione contingente e inadeguata al problema della prescrizione*.

**I. PREMESSE GENERALI**

1. *Fini e mezzi*. La riforma Cartabia mira al raggiungimento di obiettivi senz’altro condivisibili: riduzione del carico di procedimenti penali; ragionevole durata dei procedimenti; ampliamento delle possibilità di evitare il carcere in rapporto a reati anche non lievi, laddove possibile. Dunque, meno processi penali e più pronti e meno carcere. Tutto ciò merita preliminarmente apprezzamento.

Tuttavia, fin dall’inizio pare prevalere una riduttiva visione ‘endoprocessuale’ dei problemi della giustizia penale, a discapito di una più ampia visione integrata del sistema, che abbracci il diritto sostanziale. L’art.1 co.1 sancisce che le numerose deleghe legislative contenute nel lungo articolo avrebbero «finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale,

nel rispetto delle garanzie difensive». Anche quelle relative alla pena pecuniaria e all'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive? Non direi, ma questa indicazione generale di obiettivi costituisce un primo segnale della visione riduttiva di cui sopra; e le stesse direttive volte alla decarcerizzazione riflettono un orientamento alquanto timido ed angusto, come si cercherà di argomentare in seguito.

Ad ogni modo, non si può non rilevare un netto e lodevole mutamento di indirizzo rispetto al 'giustizialismo' ed al populismo che hanno caratterizzato la politica della giustizia penale nel recente passato. Altra caratteristica meritevole di valutazione positiva è l'impegno verso una riforma ampia, seppure novellistica – che, va ricordato, viene realizzata innestando una serie di emendamenti su un d.d.l. varato da una diversa compagine governativa -; una riforma che agisca su più fronti, in vista di uno scopo sostanzialmente unitario. Che un tale provvedimento sia stato approvato dal Parlamento nonostante l'eterogeneità delle forze che compongono l'attuale maggioranza costituisce senz'altro un esito di grande rilievo<sup>1</sup>; esito, naturalmente, reso possibile dal collegamento di mezzo a scopo instaurato tra la 'riforma' (o qualche modifica significativa) del processo penale e il finanziamento europeo e dall'argomento - per la verità un po' abusato - «vuolsi così a Bruxelles... e più non dimandare».

Ma la questione che bisogna porre – e su cui si sono incentrate diffuse critiche alla riforma - è se i mezzi impiegati siano adeguati agli scopi e conformi ai principi costituzionali. E, al di là di ciò, c'è da chiedersi se la stessa scelta dei mezzi non rifletta, come ho accennato, una certa miopia o timidezza nell'individuazione degli scopi stessi, sia pur nella debita considerazione della 'delicatezza' dell'argomento PNRR.

2. *Una corposa novella a due velocità.* La l. n.134/2021 costituisce una corposa novella racchiusa in appena due articoli, ma ben lunghi: l'art.1, che consta di 28 commi, contiene una delega legislativa articolata su diversi piani di intervento; l'art.2, in 24 commi, introduce invece direttamente innovazioni, principalmente in materia di prescrizione. Incidentalmente, va rilevato un dato al quale siamo ormai 'assuefatti', ma indebitamente: la struttura del provvedimento, in due articoli di oltre 20 commi ciascuno, elude il principio costituzionale - espressivo di una corretta democrazia parlamentare - per cui le leggi vanno approvate articolo per articolo. Si assiste, dunque, all'ennesima approvazione 'all'ingrosso' di un provvedimento, di iniziativa governativa, consistente in una nutrita e diversificata serie di misure significative in materia penale; alcune condivisibili e 'votabili', altre non condivisibili e talora problematiche sul piano della stessa legittimità costituzionale.

---

<sup>1</sup> Pone in evidenza i fattori di contesto cui si accenna nel testo F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8 settembre 2021, pp.1-2.

Sulla ‘doppia velocità’ che caratterizza la riforma – delega nell’art.1, immediata riforma della prescrizione nell’art.2 – ritengo vadano svolte due considerazioni. In primo luogo, la sfasatura risulta, certo, comprensibile, in quanto volta a disinnescare subito il conflitto politico in materia di prescrizione, sancendo, attraverso l’introduzione della prescrizione dell’azione penale in fase di impugnazione, il (tendenziale, v. *infra*, IV) superamento dell’idea di una ‘giustizia infinita’, incompatibile almeno con la ragionevole durata del processo, ma non solo. Tuttavia, tale sfasatura - come era stato rilevato dalla Commissione Lattanzi nella Relazione finale sui lavori svolti<sup>2</sup> -, oltre a non essere necessaria, impedisce una più razionale ed ampia revisione della disciplina della prescrizione e non è priva di insidie. In particolare, la ragionevolezza della riforma in materia di prescrizione - ovvero la sua conformità allo scopo di assicurare non solo la ragionevole durata del processo, ma anche l’accertamento processuale dei fatti e delle eventuali responsabilità penali e la tutela di beni giuridici - appare strettamente legata, nel disegno del legislatore, all’attuazione delle deleghe contenute nell’art.1. Soltanto allorché esse saranno attuate potrà diminuire, secondo il legislatore, il carico di procedimenti in dibattimento e in fase di impugnazione e soltanto in tal caso potranno risultare congrui i termini di improcedibilità per prescrizione dell’azione penale previsti all’art.2. In altri termini, in assenza dell’attuazione delle deleghe – che, per quanto molto probabile, non può considerarsi scontata, almeno non per tutte -, appare arduo realizzare, in particolare, l’obiettivo di concludere i processi di appello in due anni - ma anche nei tre anni previsti dalla disciplina transitoria per le impugnazioni proposte fino al 31 dicembre 2024 –, in quelle sedi giudiziarie in cui i tempi sono attualmente ben più lunghi.

In secondo luogo, va evitata un’ulteriore ‘assuefazione indebita’: quella alla delega legislativa in materia penale. Naturalmente, nel caso di specie non può ignorarsi che il ricorso alla delega sia stato scelto sotto la ricordata pressione di esigenze di speditezza in funzione dei finanziamenti europei ed allo scopo di superare problemi di consenso all’interno della maggioranza parlamentare. Ma, da studioso di diritto penale sostanziale, continuo a ritenere, con una parte non trascurabile della dottrina, che il ricorso alla delega sia in contrasto con il principio di legalità di cui all’art.25 co.2-3 Cost.<sup>3</sup>. In particolare, l’art.1 contiene alcune deleghe al Governo eccessivamente ampie e generiche: mi riferisco soprattutto a quelle in materia di pena pecuniaria, co.16, e di giustizia riparativa, co.18.

---

<sup>2</sup> V. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, COMMISSIONE DI STUDIO PER ELABORARE PROPOSTE DI RIFORMA IN MATERIA DI PROCESSO E SISTEMA SANZIONATORIO PENALE, NONCHÉ IN MATERIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO, ATTRAVERSO LA FORMULAZIONE DI EMENDAMENTI AL DISEGNO DI LEGGE A.C. 2435, RECANTE DELEGA AL GOVERNO PER L’EFFICIENZA DEL PROCESSO PENALE E DISPOSIZIONI PER LA CELERE DEFINIZIONE DEI PROCEDIMENTI GIUDIZIARI PENDENTI PRESSO LE CORTI D’APPELLO, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, reperibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), p.51.

<sup>3</sup> Cfr. per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8ª ed., Bologna 2019, pp.56-58.

Relativamente all'art.1, per una valutazione compiuta della riforma bisognerà attendere l'attuazione delle deleghe; tuttavia, è già possibile una prima valutazione, sia di carattere generale sull'intero provvedimento legislativo che su alcuni principi e criteri direttivi della delega.

## II. LE STRATEGIE DI DEFLAZIONE E ACCELERAZIONE DEL PROCEDIMENTO PENALE: PROBLEMI DI GARANZIE E DI EFFICIENZA

1. *Rinvio.* La delega persegue, come ho ricordato, «finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive». Lascio agli studiosi di diritto processuale il delicato compito di verificare se le deleghe e la loro attuazione in materia di processo penale telematico, art.1 co.5; notificazioni, art.1 co.6; processo in assenza, art.1 co.7; partecipazione a distanza con il consenso delle parti, art.1 co.8 lett. c, in relazione alle quali ricorre più volte l'espressa menzione di obiettivi di “celerità ed efficienza”, riescano a coniugare tali obiettivi con le necessarie garanzie individuali, in particolare quella di un'effettiva partecipazione dell'imputato al procedimento.

2. *Le deleghe relative alle indagini preliminari. I criteri di priorità e il contrasto con l'art.112 Cost.: efficienza o efficientismo?* Tra gli interventi sul procedimento penale, quelli contenuti nell'art. 1 co. 9 riguardano indagini e udienza preliminare.

Alcuni sono volti direttamente ad assicurare una maggior celerità in relazione alle indagini preliminari e alle determinazioni del p.m. relative all'esercizio dell'azione penale. Così è per le deleghe concernenti le modifiche in tema di durata delle indagini, la definizione di termini per le suddette determinazioni, l'individuazione di una disciplina volta a superare la “stasi” del procedimento: delega, quest'ultima, completamente in bianco. Allo stesso obiettivo, oltre che a condivisibili finalità di garanzia per l'indagato, sono rivolte le deleghe in tema di verifiche circa la tempestiva iscrizione del nome dell'indagato ai sensi dell'art. 335 c.p.p., art.1 co.9 lett. q e r l. n.134/2021.

Un ulteriore intervento contenuto nel co.9 è invece rivolto all'obiettivo della deflazione, che, indirettamente, potrebbe contribuire alla celerità dei restanti procedimenti. Incidentalmente, va rilevato che allo stesso obiettivo tende pure la delega – solo parzialmente determinata – all'estensione delle ipotesi di procedibilità a querela, di cui al co.15 dell'art.1 l. n.134/2021. La delega di cui al co.9, lett. i, però, affida la deflazione processuale a scelte discrezionali delle Procure: si prevede che esse, «nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle

procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre».

Una tale disciplina risulta palesemente problematica in rapporto all'art. 112 Cost. In proposito, va premesso che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, naturalmente, non va inteso - come talvolta però sembra ancora accadere - nel senso che il pubblico ministero sia vincolato a perseguire penalmente l'accusato, quasi che chiedere l'archiviazione di un procedimento sia una violazione dell'art.112 Cost. (!); sebbene, infatti, il codice di rito vigente ponga in alternativa archiviazione ed esercizio dell'"azione penale", la Costituzione fa riferimento ad un concetto più ampio ed astratto di azione penale, che abbraccia pure la fase delle indagini preliminari ed anche la richiesta di archiviazione<sup>4</sup>. L'obbligatorietà dell'azione penale vincola invece il p.m. - e, si badi, lo stesso legislatore! - al rispetto di principi di legalità ed eguaglianza in ogni attività del p.m., dall'inizio alla fine del procedimento penale<sup>5</sup>; non a caso, nella dottrina tedesca il concetto di obbligatorietà dell'azione penale è espresso con il termine *Legalitätsprinzip*, in contrapposizione ad un *Opportunitätsprinzip* che autorizzerebbe, invece, un agire del p.m. orientato a scelte discrezionali di opportunità<sup>6</sup>.

Come accennavo, lo stesso legislatore è vincolato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ovvero a legalità ed eguaglianza. Può, quindi, ben prevedere ipotesi precisamente descritte di archiviazione, oppure condizioni di procedibilità<sup>7</sup>, purché eguali per tutti - ragion per cui, ad esempio, con una risalente sentenza della Corte costituzionale fu dichiarato illegittimo l'art.16 c.p.p. Rocco, che conferiva «al Ministro di grazia e giustizia» il potere «di concedere o negare l'autorizzazione a procedere a carico degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza per fatti compiuti in servizio, e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica», per il ritenuto contrasto, oltre che con l'art.28, più in generale con l'art.3 Cost.<sup>8</sup> -; ma, all'opposto, il legislatore non può, ad esempio, prevedere che la scelta del p.m. tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale sia discrezionale ed orientata a scelte di 'opportunità', e soprattutto non

---

<sup>4</sup> Sulla risalente disputa intorno al concetto di azione penale, si vedano soprattutto le esaustive ricostruzioni critiche contenute nella raccolta di saggi di M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, p.20 ss., 31 ss., e nell'elegante studio di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli 1966, p.19 ss.; cfr. inoltre tra gli altri spec. T. BENE, *La dogmatica dell'azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*, Napoli 1997, *passim*.

<sup>5</sup> Per il collegamento tra il principio di obbligatorietà e quelli di legalità ed eguaglianza, cfr. già Corte Cost., sent. n.84/1979, in *Giur. cost.* 1979, I, 637, con nota di S. BARTOLE, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero?*, 871 ss.; Corte Cost., sent. n.88/1991, in *Cass. pen.* 1991, p.207; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., pp. 96-97.

<sup>6</sup> Cfr. ad es. K. VOLK, *Grundkurs StPO*, 7. Aufl., München 2010, p.23.

<sup>7</sup> In argomento, cfr. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., p.36 ss., 120 ss.; O. DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, p.410; G. NEPPI MODONA, *Art.112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, IV, *La magistratura (artt.111-113)*, Bologna-Roma 1987, p.46 ss.; G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, 1494-1495.

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., sent. n.94/1963, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

può affidare ai p.m. o alle Procure scelte discrezionali di “priorità” che equivalgono, negli effetti, ad un esercizio discrezionalmente selettivo dell’azione penale.

Sotto tale aspetto, l’ipotesi, da tempo discussa in dottrina ed ora prevista dalla delega, di affidare ad una legge del Parlamento – non a meri atti d’indirizzo, che sarebbero chiaramente in contrasto con l’art.112 Cost. – l’individuazione di criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale potrebbe in sé risultare accettabile, in quanto conforme a legalità; ma sul piano dell’eguaglianza appare alquanto problematica. Il Parlamento dovrebbe stabilire in via generale – non anno per anno con un atto di indirizzo, come era stato problematicamente proposto in passato<sup>9</sup>, ma, ripeto, con legge<sup>10</sup> - che alcuni reati vengano perseguiti prioritariamente (il che, visto il rischio di prescrizione, può voler dire esclusivamente) ed altri no? E quali dovrebbero mai essere tali criteri legislativi di priorità? Gli unici criteri che il Parlamento potrebbe, forse, legittimamente fissare paiono essere quelli della gravità del reato per cui si procede e, a parità di gravità, quello cronologico. Altri criteri - per quanto siano ormai ‘consolidati’ e ci sia indebitamente assuefatti ad essi - risultano problematici e potrebbero dar luogo ad esiti iniqui.

In effetti, si potrebbe essere tentati di codificare anche per le indagini – come in parte già è avvenuto nella prassi - una disciplina delle priorità analoga a quella prevista dall’art.132-*bis* disp.att. c.p.p., secondo cui, nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, dev’essere data “priorità assoluta” ad un elenco di procedimenti relativi a determinati reati. Ma si tratta di una disciplina gravemente problematica, di taglio casistico ed emergenziale, caratterizzata da non poche discriminazioni arbitrarie; una disciplina la cui estensione - laddove compatibile - alla fase delle indagini sarebbe francamente inquietante. Ad esempio: viene data priorità assoluta ai procedimenti per il reato di maltrattamenti di cui all’art. 572 c.p. – *ex* art.132-*bis* co.1 lett. a-*bis* disp.att. c.p.p. -, anche rispetto alle lesioni gravissime ed allo stesso reato di tortura (sic!), art. 613-*bis* c.p., che non rientrano nella lista delle priorità. Si è data priorità assoluta ai procedimenti per omicidio e lesioni colpose commessi nei casi di legittima difesa domiciliare o di eccesso non punibile *ex* art.55 co. 2 c.p. – v. co.1 lett. a-*ter* dello stesso art.132-*bis*, introdotto dall’art.9 co.1 l. n. 36/2019, contenente l’ennesima riforma in materia di legittima difesa domiciliare. Tuttavia, non si riesce ad intendere perché non si dia la stessa priorità pure agli omicidi colposi commessi in legittima difesa non domiciliare oppure nell’uso legittimo delle armi o in stato di necessità. Si dà priorità assoluta ai delitti in materia di immigrazione - co.1 lett. *b* dello stesso art. 132-*bis* – compreso, dunque, ad esempio il delitto di cui all’art.12 co.5-*bis* t.u. immigr., consistente nel dare alloggio ad uno straniero irregolare; ma perché mai dare priorità a tali delitti, e perché non dare

---

<sup>9</sup> Cfr. ad es. M. CHIAVARIO, *L’azione penale tra diritto e politica*, cit., p.136.

<sup>10</sup> In tal senso, L. MARAFIOTI, *L’archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell’azione ed opportunità «di fatto»*, in *Cass. pen.* 1992, 214.

piuttosto priorità al delitto di sfruttamento lavorativo di cui all'art.603-*bis* c.p.? E perché si è data “priorità assoluta” alle falsità commesse dall'immigrato in materia di permesso di soggiorno, art.5 co. 8-*bis* t.u. immigr, rispetto a qualunque falsità in atti prevista dal codice penale? Ancora, viene assegnata “priorità assoluta” ai procedimenti per corruzione propria rispetto a quelli per peculato – co.1 lett. *f-bis* dello stesso articolo, introdotto dall'art.1 co.74 l. n.103/2017, c.d. riforma Orlando -: ma il peculato ha un massimo edittale più elevato ed è dunque reato più grave, ai sensi dell'art.16 co.3 c.p.p.! Ancora, hanno priorità assoluta i procedimenti «nei quali l'imputato è stato sottoposto ad arresto o a fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata», co.1 lett. *d* dello stesso art. -: dunque, il p.m. potrebbe disporre il fermo di qualcuno o chiedere una misura cautelare ed in tal modo assegnare la priorità a quel procedimento in rapporto ad un singolo indagato. Infine, tra gli ulteriori casi di “priorità assoluta”, ricordiamo quella data «ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato», co.1 lett. *f*. Potrebbe sembrare una regola ragionevole, data la finalità di speditezza che caratterizza questi due riti alternativi; ma la giustizia penale “per direttissima” è quella con minori garanzie difensive, che spesso colpisce soggetti marginali, malamente assistiti, in relazione a forme di delinquenza ‘di strada’. Una sorta di ‘disarica processuale’, cui viene data priorità assoluta; con gli annessi effetti sulla popolazione carceraria.

La mera elencazione delle iniquità contenute nell'art.132-*bis* disp.att. c.p.p. dovrebbe essere sufficiente, non solo a ravvisare l'incostituzionalità di tale disposizione, ma anche a comprendere i gravissimi rischi insiti nell'individuazione ad opera del Parlamento di criteri di priorità dell'esercizio dell'azione penale.

Ma se è già gravemente problematica la legittimità di criteri di priorità di fonte legislativa, del tutto incompatibile con l'art.112 Cost. è la previsione secondo cui, «nell'ambito di criteri generali» indicati dal Parlamento, le singole Procure dovrebbero individuare criteri di priorità. Tutti sanno che ciò avviene, di fatto, almeno dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, quando furono emanate le prime circolari della Procura di Torino al riguardo, con tanto di elenchi di reati da perseguire prioritariamente a discapito di altri<sup>11</sup>. Ne sono seguite tante altre e lo stesso C.S.M. ha contribuito al consolidamento di tale prassi. Ma si tratta di una prassi che non può essere legalizzata ed alla quale non ci si deve indebitamente assuefare, perché è contraria a Costituzione<sup>12</sup>. Una prassi che dà luogo ad altrettanti sistemi di applicazione della legge penale quante sono le Procure: a

---

<sup>11</sup> V. *Corte d'Appello di Torino, Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Torino, Circolare 8 marzo 1989*, con commento di V. ZAGREBELSKY, *Una «filosofia» dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. pen.* 1989, 1615 ss.

<sup>12</sup> In argomento, cfr. spec. le considerazioni critiche di M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in AA.VV., *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. CONSO, Bologna 1979, pp.89 ss., 100, 113 ss., 118 ss.; ID., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 648 ss.

Napoli si perseguono prima le usure delle rapine, a Roma magari il contrario? Ed alla nomina del nuovo Procuratore, cambieranno le priorità?

Certo, in tempi di esaltazione del cosiddetto ‘diritto vivente’ a spese della legalità, si potrebbe affermare che è del tutto superata l’idea del p.m. o della Procura *bouche des lois* e si potrebbe sostenere che, in fondo, criteri di priorità avrebbero la funzione di vincolare una discrezionalità comunque ineliminabile, vista l’ipertrofia del sistema penale e la scarsità delle risorse dell’amministrazione della giustizia penale, evitando che si proceda in modo causale o che a decidere sia il singolo p.m. e non il Procuratore, ossia il capo dell’ufficio. Qui rileverei, incidentalmente e sommessamente, che secondo l’art.107 co.3 Cost. «i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni»; ma anche l’art.101 co.2 Cost. - prima di un singolare intervento della Redazione, con cui si corresse il testo definitivo risultante dai lavori dell’Assemblea Costituente - prevedeva che i “magistrati” e non soltanto i “giudici” fossero soggetti solo alla legge<sup>13</sup>. Dunque, una gerarchizzazione degli uffici è quantomeno problematica; risparmio al lettore considerazioni ulteriori sui rapporti tra tale gerarchizzazione e certi fenomeni carrieristici e di ‘correnti’ associative in seno alla magistratura.

In un ordinamento costituzionale che contiene i principi di eguaglianza, stretta legalità e obbligatorietà dell’azione penale, non può spettare alle Procure individuare criteri discrezionali di priorità dell’esercizio dell’azione penale. Perché ciò significa che il Parlamento rimette alle Procure, ai capi degli uffici, scelte politiche in materia di giustizia penale, relative alle ‘priorità tra le priorità’; per esempio, a Scilla si potrebbe dare priorità ai reati di traffico di migranti, a Cariddi a quelli di solidarietà verso i migranti, a seconda dell’orientamento del Procuratore...

La risposta costituzionalmente corretta al problema del sovraccarico di procedimenti penali dev’essere, al contrario, orientata a contenere al massimo siffatti spazi di discrezionalità, attraverso un’ampia, decisa e mirata depenalizzazione oltre che un netto e strutturale incremento delle risorse umane e strumentali destinate alla giustizia penale. Vi è un preciso nesso tra i principi, di rango costituzionale, di *extrema ratio*, frammentarietà del diritto penale, legalità ed obbligatorietà dell’azione penale; si tratta di un’acquisizione risalente, in Italia, a lavori di Franco Bricola<sup>14</sup> e Alessandro Baratta<sup>15</sup> di circa quarant’anni fa, e tuttora valida.

---

<sup>13</sup> G. NEPPI MODONA, *Art.112*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p.60 ss., spec.64.

<sup>14</sup> V. ad es. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art.25, commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ‘70*, in *Quest. crim.* 1980, 210.

<sup>15</sup> Sul «principio della implementabilità amministrativa della legge», nell’ambito di un’esposizione esemplare del rapporto di implicazione necessaria tra obbligatorietà dell’azione penale e depenalizzazione, v. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in AA.VV., *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA, Napoli 1986, p.443 ss., spec.455-456.



A questo punto, dalla prima lettura del provvedimento comincia ad affiorare il dubbio se la dichiarata finalità di celerità ed efficienza non rischi di tradursi in un efficientismo ‘pragmatico’, ma ben poco attento ai principi costituzionali<sup>16</sup>.

2.1. *Il nuovo criterio di giudizio per l'esercizio dell'azione penale. Una svista legislativa.*  
L'art. co.9 lett. a, sempre in una prospettiva deflattiva, prevede di introdurre un criterio di valutazione più restrittivo che il p.m. dovrebbe seguire nell'alternativa tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale: l'archiviazione dovrebbe essere richiesta anche quando non sia formulabile una «ragionevole previsione di condanna». Il criterio sostituirebbe quello dell'insussistenza di «elementi... idonei a sostenere l'accusa in giudizio», art.125 disp. att. c.p.p.

Di una tale disposizione può apprezzarsi l'orientamento deflattivo; ma – lasciando da parte, nell'economia del presente lavoro, la questione circa lo spazio discrezionale che entrambe le formule lasciano al p.m. – l'innovazione fa sorgere più di un dubbio, che gli esperti del diritto processuale penale sicuramente scioglieranno. Mi chiedo, in particolare, quanto una tale modifica sia realmente in grado di incidere sulla prassi; e, d'altro canto, quanto sia compatibile con un sistema accusatorio, con il principio del contraddittorio per la prova e con la stessa presunzione di non colpevolezza di cui all'art.27 co.2 Cost. la disposizione secondo cui il pubblico ministero dovrebbe formulare una «ragionevole previsione di condanna» sulla base dei soli elementi da lui raccolti nelle indagini preliminari.

Ma, al di là di tali dubbi, una convinzione vorrei manifestarla: la formulazione proposta contiene un grave errore tecnico. Quale esso sia, lo lascio per ora indovinare all'attento lettore; la mia convinzione al riguardo è espressa e motivata nel paragrafo seguente.

3. *Il nuovo criterio di giudizio come asserito strumento deflattivo nell'udienza preliminare e in quella 'predibattimentale'.* La logica deflattiva viene perseguita dal legislatore delegante pure con riguardo alla fase successiva all'esercizio dell'azione penale. In particolare, nell'udienza preliminare, allo scopo, in sé condivisibile, di risparmiare all'imputato il dibattimento ampliando la possibilità di una sentenza di non luogo a procedere, si prevede di modificare l'art.425 co.3 c.p.p. Attualmente «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio»; in futuro, dovrà farlo quando quegli elementi non consentono una «ragionevole previsione di condanna».

---

<sup>16</sup> Sulla differenza tra 'effettualità' ed effettività conforme a Costituzione, cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 500.

Anche stavolta, si ripropongono i dubbi già prospettati; in particolare, nel senso che la «ragionevole previsione di condanna» eventualmente pronunciata dal g.u.p. mi pare possa configurare una problematica anticipazione di giudizio in rapporto alla sentenza di primo grado. Ma mi rimetto al giudizio dei processualpenalisti.

D'altro canto, l'art.1 co.12 della riforma, nell'ampliare considerevolmente – a quanto pare, per scopi di celerità ed efficienza – i casi di citazione diretta a giudizio nel procedimento dinanzi al giudice monocratico, prevede un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, nella quale (lett. *d*) il «giudice valuti, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna». Rimangono gli stessi dubbi di cui sopra, ed ulteriori perplessità su tale udienza predibattimentale sono state diffusamente sollevate.

A questo punto, peraltro, emerge la svista legislativa cui accennavo, relativa alla richiesta di archiviazione che il p.m. deve formulare quando non ritiene ragionevole una «previsione di condanna».

Infatti, in relazione all'udienza predibattimentale, il legislatore corregge quanto disposto alla lett. *d*, prevedendo alla lett. *f* che «il giudice non possa pronunciare sentenza di non luogo a procedere, nei casi di cui alla lettera *d*), se ritiene che dal proscioglimento debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca». La correzione è necessaria, perché se il giudice dovesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando ritiene irragionevole una previsione di condanna, dovrebbe farlo pure quando ritiene ragionevole prevedere che, tuttavia, all'imputato non “condannato”, ma “prosciolto” perché non imputabile, vada applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca! In rapporto alla sentenza di non luogo a procedere pronunciata nell'udienza preliminare, la stessa ‘correzione’ deriva dall'immutata vigenza dell'art.425 co.4 c.p.p., secondo cui «il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

Tale correzione, però, manca in relazione alla modifica in tema di richiesta di archiviazione, cui ho accennato nel paragrafo precedente: richiesta che il p.m., secondo il legislatore delegante, dovrebbe formulare anche quando ritiene che all'indagato, pur ‘ragionevolmente’ non da condannare, ma da prosciogliere, vada applicata una misura di sicurezza... Quindi il p.m. non potrebbe esercitare l'azione penale nelle ipotesi in cui ragionevolmente preveda – non la “condanna”, bensì - un “proscioglimento”, ma con contestuale applicazione, nei confronti dell'imputato prosciolto, di una misura di sicurezza. Occorre, dunque, porre rimedio a tale svista legislativa.

4. *Incentivi alla 'giustizia contrattata'*. Sempre all'interno di una logica deflattiva si collocano i ritocchi alla disciplina del c.d. patteggiamento, con un'estensione dei relativi effetti favorevoli, e del rito abbreviato, ove si segnala in particolare l'ulteriore riduzione della pena di un sesto se l'imputato rinuncia all'appello. Al di là della prognosi circa la reale efficacia deflattiva di tali modifiche, non si può non constatare l'ulteriore espansione di una logica da "giustizia contrattata"<sup>17</sup>, laddove l'ordinamento cerca addirittura di 'comprare l'appello' all'imputato con mesi o anni di carcere (per esempio: condanna in rito abbreviato a 18 anni; ulteriore diminuzione di 3 anni per la rinuncia all'impugnazione). È una mera domanda retorica quanto ciò sia compatibile con la funzione della pena, che con un tale mercato - e più in generale con le diminuzioni di pena per il consenso a riti premiali - non ha alcunché da vedere, come è stato da tempo lamentato in dottrina<sup>18</sup>.

Si può immaginare la risposta di una parte della dottrina processualistica: è la logica del consenso, bellezza! La volontà delle parti... Ma il consenso può essere coartato; e certamente un consenso prestato sotto minaccia di altri tre anni di pena non è libero. La logica 'liberale' del consenso e della volontà delle parti dovrebbe fare i conti con il dato per cui l'imputato in carne ed ossa, nonostante ogni proclamata parità delle armi, è sempre la parte debole del procedimento penale; specie quando si tratta di un soggetto marginale, la cui difesa troppo spesso è ineffettiva.

Ancora una volta, l'impressione è che l'efficientismo prevalga sul perseguimento di un'efficienza conforme ai principi costituzionali.

5. *Cenni su deflazione e appello*. Il co.13 dell'art. 1 continua a perseguire una logica deflattiva in rapporto all'appello, in particolare richiedendo la specificità dei motivi ed eliminando le esclusioni al concordato in appello. Tra le previsioni della delega, mi pare particolarmente inquietante quella di cui alla lett. e: «Prevedere l'inappellabilità della sentenza di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità»; si ponga attenzione al dato per cui lo stesso art.1 co.17 lett. e prevede che il lavoro di pubblica utilità possa sostituire la pena detentiva fino a tre anni, ed abbia la stessa durata di tre anni, v. lett. f. Ebbene, l'inappellabilità da parte dell'imputato di una condanna ad una pena sostitutiva della durata di ben tre anni mi pare abnorme ed in contrasto con l'art.14 co.5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo cui «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano

---

<sup>17</sup> Mutuando il titolo del volume di AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998.

<sup>18</sup> Cfr. fra gli altri F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.* 1989, 330 ss.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino 1992, p.14 ss.

riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». Ancora una volta, la questione è: efficienza o efficientismo?

6. *Ufficio per il processo: qualche inquietudine.* Una novità molto pubblicizzata della delega, sempre in chiave di deflazione dei procedimenti, è quella di cui all'art.1 co.26: ovvero, l'istituzione, per scopi di efficienza e celerità, di un «ufficio per il processo penale» che potrà coadiuvare giudici - anche di Cassazione - e pubblici ministeri.

Sicuramente un tale ufficio, per il quale è disposto un apposito finanziamento, potrà servire agli scopi indicati ed in particolare allo smaltimento dell'arretrato. Anche il tirocinio formativo dei neolaureati presso gli uffici giudiziari svolge di fatto, in qualche misura, una tale funzione. Peraltro, sono state avanzate da più parti riserve in rapporto al dato per cui gli assistenti previsti dalla riforma Cartabia saranno dipendenti a tempo determinato, dunque precari; ed occorrerà del tempo per la loro formazione, che ne abbrevierà il periodo di reale e proficuo impiego. Ma, in collegamento con tali perplessità, mi paiono soprattutto condivisibili le riserve di quanti paventano quello che si potrebbe forse definire uno 'strisciante affievolimento' della riserva di giurisdizione; quando si legge che tra i compiti degli assistenti vi sarà persino la «predisposizione delle minute dei provvedimenti» (26 lett. b co.1) o, in Cassazione, la «sintesi dei motivi» del ricorso, non può non sorgere qualche inquietudine. E riserve analoghe, in riferimento alla funzione del pubblico ministero, riguardano la previsione che i collaboratori presso la Procura generale della Corte di Cassazione abbiano compiti di assistenza anche «per la formulazione delle richieste e per il deposito delle memorie dinanzi alle sezioni unite e alle sezioni semplici della Corte».

Un secondo ordine di preoccupazioni riguarda la valorizzazione, per fini di celerità, del precedente, con il rischio di una burocratizzazione e 'serializzazione' della giurisdizione - ma anche delle funzioni di accusa, vista l'analoga previsione riferita alla Procura generale della Cassazione -: compito precipuo dell'Ufficio per il processo è «incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei precedenti, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità» (lett. b co.3). La camera di consiglio della Cassazione dev'essere il luogo di formazione di una decisione collegiale, oppure il luogo per contare e prendere atto dei precedenti, individuati ed analizzati dagli assistenti? Il giudice può sfornare sentenze 'precotte' e preconfezionate da assistenti? L'imputato ha diritto ad un giudice precostituito per legge che decida all'esito di un esame in contraddittorio anche in rapporto alla *quaestio iuris*, oppure solo a una "minuta" dell'assistente elaborata sulla base della banca dati dei precedenti (o magari solo - problema nel problema - di quelli 'filtrati' dall'ufficio del Massimario)?

Tutto ciò è conforme ad efficienza o ad efficientismo? Chiedo ai processualisti. Ma, forse, andrebbe chiesto soprattutto all'imputato, delle cui garanzie e della cui libertà personale si tratta. Quando, dal chirurgo, veniamo dirottati verso un assistente che non è ancora chirurgo o non lo sarà mai, che non abbiamo mai visto in faccia e che non ci conosce - ma ha letto i precedenti casi clinici -, in genere, come pazienti, la cosa non ci fa piacere e non ci lascia proprio tranquilli. E non ci rasserena l'assicurazione che, alla fine, darà uno sguardo anche il chirurgo. Magari, in concreto, l'assistente sarà pure più bravo del chirurgo e, per fortuna, andrà tutto bene; resta il fatto che siamo stati operati da chi non aveva una piena legittimazione a farlo. Se, però, l'intervento va male, sicuramente potremo rimproverare al chirurgo di essersi fatto coadiuvare nell'operazione da un assistente che chirurgo non è e forse non sarà mai, e che, magari, alla fine ha fatto tutto lui. Non era previsto; doveva solo, per così dire, "predisporre la minuta"... Ma suavia, si sa come vanno queste cose nella prassi! Intanto, però, io ho subito un danno per via dell'assistente, e ora mi trovo qui in ospedale (o in carcere).

Beninteso, non s'intende qui porre in questione l'istituzione dell'ufficio per il processo in sé, ma i compiti dell'ufficio, oltre che il suo fondarsi su collaboratori precari. E qui s'inserisce una considerazione di fondo: l'amministrazione della giustizia, anche penale, ha urgente bisogno di interventi strutturali consistenti nel reclutamento in pianta stabile di molti più magistrati, assistenti giudiziari ed altro personale amministrativo, oltre che di risorse materiali e di miglioramenti organizzativi. Sotto tale profilo, occorrono investimenti significativi e strutturali, non provvedimenti tampone. Nella legge di cui si discute, le uniche risorse previste sono quelle destinate alla giustizia riparativa e all'ufficio per il processo. I finanziamenti europei hanno una scadenza; per adottare provvedimenti strutturali bisogna, invece, cambiare la composizione della spesa pubblica italiana aumentando stabilmente il *budget* per la giustizia, il che richiede una maggiore consapevolezza dell'importanza e delle carenze dell'amministrazione della giustizia statale.

Ma, accanto al versante delle risorse, ce n'è un altro su cui occorre necessariamente intervenire: l'eccessivo carico di procedimenti penali dipende anzitutto dall'ipertrofia penalistica. L'amministrazione della giustizia non può gestire un sistema penale connotato da alcune migliaia di incriminazioni; nessuno – neanche negli uffici legislativi - sa esattamente quante! Sul punto si dovrà tornare: ma si può registrare fin d'ora che manca completamente, nella riforma, la prospettiva della depenalizzazione. Anche sotto tale profilo, l'istituzione dell'ufficio del processo appare quale una risposta efficientistica e di corto respiro ai problemi della giustizia penale.

7. *Un provvisorio sguardo d'insieme.* Fin qui, la delega prospetta una deflazione tutta chiusa in una ristretta ed efficientistica prospettiva procedimentale e organizzativa. Deflazione imperniata,

per giunta, in punti qualificanti su valutazioni discrezionali del p.m. o del giudice: criteri di priorità, nuovi criteri di giudizio. Ciò suscita riserve, sia nella prospettiva di un'effettività conforme a Costituzione, sia sul piano delle garanzie.

### III. GLI INTERVENTI SUL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE

Le modifiche al sistema sanzionatorio tendono principalmente a ridurre gli spazi di applicazione della pena detentiva. Una parte di esse, su cui mi soffermerò più avanti, mira pure ad una deflazione processuale. Ad ogni modo, anche e forse soprattutto per questa parte del provvedimento valgono le considerazioni introduttive circa la condivisibilità degli obiettivi. Ma pure qui residuano alcune perplessità.

1. *Pena pecuniaria.* L'art.1 co. 16 delega il Governo a riformare i meccanismi di conversione e riscossione della pena pecuniaria. Si tratta di interventi necessari, com'è noto, a rendere effettiva la pena pecuniaria, che attualmente non lo è affatto, il che contribuisce a perpetuare un sistema di pene principali incentrato sulla pena detentiva. Ma si tratta di una delega in bianco, giacché il legislatore non fornisce alcun criterio o direttiva circa il modo in cui tali interventi dovrebbero essere realizzati<sup>19</sup>; per altro verso, viene persa l'ennesima occasione per introdurre il sistema dei tassi giornalieri.

2. *Sanzioni sostitutive: luci ed ombre.* L'art.1 co.17 delega il Governo a modificare la disciplina delle sanzioni sostitutive, applicabili dal giudice di cognizione in luogo di quella detentiva. Si prevede di abolire semidetenzione e libertà controllata e di «prevedere come sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: la semilibertà; la detenzione domiciliare; il lavoro di pubblica utilità; la pena pecuniaria». In particolare, la pena detentiva potrà essere sostituita, entro il limite di quattro anni, con semilibertà o detenzione domiciliare; entro il limite di tre anni, anche con il lavoro di pubblica utilità, salvo che l'imputato si opponga; entro il limite di un anno, anche con la pena pecuniaria. La sostituzione sarà subordinata ad una prognosi di funzionalità alla rieducazione ed alla «prevenzione del pericolo» di futuri reati, «anche attraverso opportune prescrizioni».

Una certa inquietudine suscita la lett. d: «Ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare»; la disposizione parrebbe evocare l'art.4-*bis*, oltre che l'art.58-*quater* ord.penit.; ma si spera che non

---

<sup>19</sup> Cfr. in proposito E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 settembre 2021, par.5.

si intenda vincolare la sostituzione della pena detentiva alla collaborazione di giustizia, magari anche per delitti di peculato e corruzione!

Più in generale, l'anticipazione alla fase di cognizione della previsione di sanzioni alternative alla detenzione corrisponde ad auspici da tempo formulati in dottrina e va dunque salutata con favore. Peraltro manca, significativamente, l'anticipazione alla fase di cognizione del "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria del 1975: l'affidamento in prova al servizio sociale<sup>20</sup>. Si potrebbe replicare che in fase di cognizione c'è già la sospensione condizionale; ma è evidente che si tratta di istituti diversi e che si poteva proprio pensare ad un'innovazione relativa alla fase di cognizione.

All'ampliamento dell'ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive fino a 4 anni corrisponde la previsione di misure maggiormente afflittive: tali sono la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità rispetto alla libertà controllata, e la semilibertà lo è anche rispetto alla semidetenzione, peraltro raramente applicata. Quindi, per le pene fino ad un anno, in alternativa alla pena pecuniaria il giudice di cognizione si troverà a disporre solo di sanzioni sostitutive più pesanti della mera libertà controllata. Fino al limite dei due anni, ove applicabile, rimarrà comunque prevalente la sospensione condizionale della pena. D'altro canto, per espressa previsione le sanzioni sostitutive non saranno suspendibili condizionalmente.

L'innalzamento del limite di pena sostituibile da due a quattro anni, in sé condivisibile, testimonia comunque che non si tratta più di sanzioni sostitutive delle pene detentive 'brevi', bensì del superamento del monopolio della pena detentiva, in fase di cognizione, anche per reati di media gravità astratta, dal momento che la sostituzione potrà operare anche laddove il minimo edittale sia superiore a cinque anni, se si tiene conto di attenuanti e/o diminuzioni legate alla scelta del rito.

Non si può parlare, tuttavia, di 'fuga dalla sanzione', perché in particolare semilibertà e detenzione domiciliare hanno un contenuto fortemente afflittivo. Meno il lavoro di pubblica utilità, che si sarebbe potuto inserire in una cornice di 'affidamento in prova' più ricca di contenuti rieducativi.

A questo punto, però, vanno svolte due considerazioni. In primo luogo, l'investimento sulle sanzioni sostitutive - e, più in generale, sulle alternative alla detenzione - non si può limitare alle modifiche normative, ma necessita di risorse, da destinare in particolare agli uffici di esecuzione penale esterna. In caso contrario, il lavoro di pubblica utilità rischia una sostanziale ineffettività; ma anche per la semilibertà e per la detenzione domiciliare occorrono investimenti che consentano di strutturarle in modo da implementarne il contenuto rieducativo. In particolare, la detenzione domiciliare, ove limitata ad uno 'stare chiusi in casa', non sarebbe certo una sanzione orientata al reinserimento sociale, ma solo segregante.

---

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. i rilievi di E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par.3.

Quello delle risorse, va ribadito, è un problema generale che riguarda tutte le alternative alla detenzione, anche meccanismi di *diversion* come la sospensione del procedimento con messa alla prova. La riforma Cartabia, come ho accennato, stanziava risorse per ufficio del processo e giustizia riparativa, ma neppure un euro per l'attuazione delle ulteriori riforme in materia di sistema sanzionatorio.

La seconda considerazione relativa alla riforma del sistema sanzionatorio è che, ancora una volta – secondo un modello che risale addirittura alla novella del 1974 – la mitigazione del rigore repressivo del codice Rocco e del primato del carcere viene affidata alla discrezionalità giudiziale. L'auspicio ormai risalente della dottrina, rivolto alla previsione edittale di pene principali diverse da quelle detentiva e pecuniaria, rimane lettera morta. Anziché introdurre nuove pene non detentive, previste in astratto dalla legge per determinate fasce di reati, si insiste, ancora una volta, solo su una deflazione carceraria – o su una mitigazione sanzionatoria - discrezionale, rimessa in concreto al singolo giudice. Con esiti diversi caso per caso, che possono contribuire ad aumentare l'incertezza della pena e, dunque, il disorientamento dei consociati.

Le sanzioni sostitutive introdotte avrebbero potuto costituire tutte delle sanzioni principali.

Indubbiamente pesa sul provvedimento, anche sotto questo aspetto, la composizione eterogenea della maggioranza di governo; ma ciò non toglie che l'esito sia insoddisfacente in rapporto alle reali e pressanti esigenze di riforma.

3. *Ipotesi di non punibilità in concreto e diversion*. Ad un condivisibile obiettivo di ampliare le ipotesi di non punibilità, di rinuncia alla pena detentiva e di deflazione processuale sono orientate ulteriori deleghe relative alla particolare tenuità del fatto, art.2 co.21; alla sospensione del procedimento con messa alla prova, co.22; all'estinzione delle contravvenzioni a seguito dell'adempimento di prescrizioni, co.23.

3.1. *Un cenno alla delega in tema di giustizia riparativa*. Un discorso parzialmente a sé riguarda la delega relativa all'ampio tema – su cui non è possibile soffermarsi in questa sede - della giustizia riparativa; delega che, nonostante alcune indicazioni legislative, rimane alquanto generica, o quantomeno 'sfuggente', sotto profili significativi, com'è stato prontamente osservato in dottrina<sup>21</sup>: il Governo è delegato ad adottare «una disciplina organica della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato». Ora, tutto questo, in un sistema penale conforme a stretta legalità, non può essere delegato al Governo. È pur vero che nelle varie lettere del co.18 sono indicati alcuni

---

<sup>21</sup> F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., pp.14-15.



criteri direttivi; tuttavia, un punto fondamentale, in particolare, resta del tutto aperto. Alla lett. *e*, infatti, si dispone di «prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena»: ma che cosa significhi l'espressione «possa essere valutato», cioè quali conseguenze giuridiche possano derivare dall'esito favorevole dei programmi, è interamente rimesso all'esecutivo.

3.2. *La particolare tenuità del fatto.* L'art.1 co.21 prevede che l'ambito di applicabilità dell'art.131-*bis* c.p. venga esteso, sostituendo il limite della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni con quello della pena detentiva non superiore nel minimo a due anni. La modifica va salutata con favore, nella misura in cui amplia l'operatività dell'istituto prendendo atto che la considerazione di una possibile tenuità del fatto appaia riflessa maggiormente, sul piano della comminatoria edittale, nel limite minimo, piuttosto che nel massimo; un dato già valorizzato dalla Corte cost., sent. n. 156/2020, con la declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 131-*bis* c.p.

Tuttavia, in rapporto alla riforma, si potrebbe obiettare che meglio sarebbe rinunciare del tutto all'indicazione di un limite di pena, perché, anche così modificata, la disciplina si presta ad esiti irragionevoli per eccessivo rigore repressivo.

Per chiarire il punto, partiamo dalle ipotesi di reato impossibile di cui all'art.49 co.2 c.p.: il furto con destrezza, dal banco del fruttivendolo, di un mandarino marcio, è un fatto inoffensivo e la punibilità va esclusa, sebbene la pena prevista per un tale furto pluriaggravato, *ex* artt.625 co.1 nn.4 e 7 e co.2, sia la reclusione da tre a dieci anni, più la multa. Se il mandarino è alla giusta maturazione il fatto sarà di particolare tenuità. Magari, facciamo almeno due mandarini: è mai possibile che il furto di un mandarino sia considerato un fatto offensivo del patrimonio, ossia un fatto di reato, 'soltanto' non punibile per la sua particolare tenuità? L'assoluta esiguità dell'offesa dovrebbe piuttosto equivalere all'inoffensività e rientrare nell'art. 49 co.2 c.p.; ma lasciamo stare. Ad ogni modo, nonostante l'indubbia particolare tenuità, l'art.131-*bis* c.p., anche secondo la riforma, potrebbe sembrare inapplicabile, in base al quarto comma dello stesso articolo.

In realtà, invece, l'art.131-*bis* c.p., a seguito della riforma, dovrà ritenersi applicabile perché, in base al quarto comma dello stesso articolo, ai fini del limite di pena si tiene conto delle circostanze ad effetto speciale, ma non è previsto che si tenga conto pure dell'aumento per il concorso di tali circostanze ad effetto speciale. Si deve invece prendere in considerazione la pena stabilita per la singola circostanza, il cui minimo è proprio di due anni; sì, caro lettore straniero, hai letto bene, in Italia per il furto di due mandarini dal banco del fruttivendolo la pena minima è due anni di reclusione...

Ma il problema rimane in relazione ad altre ipotesi: il *munusculum* a pubblico ufficiale è tradizionalmente considerato un'ipotesi di reato impossibile; ma se lo si volesse considerare un fatto di particolare tenuità, non rientrerebbe nell'art.131-*bis* c.p. neppure a seguito della riforma, perché la pena minima per la corruzione di cui all'art.318 c.p. è tre anni; piuttosto, si applicherebbe l'attenuante speciale ad effetto comune di cui all'art. 323-*bis* c.p.. Non parliamo del peculato di una penna da un euro - due mandarini costano di meno, e dunque non si tratterebbe di un reato impossibile -: il limite minimo di pena è quattro anni; anche qui, non si potrà applicare l'art.131-*bis* c.p., ma solo l'art. 323-*bis* c.p., scendendo a due anni ed otto mesi di reclusione... per una penna!

Siffatte incongruenze dipendono, in parte, dal dato per cui l'art.131-*bis* c.p. rischia già oggi di sottrarre spazio applicativo all'art.49 co.2 c.p.; dall'altro, dalla presenza, nell'art.131-*bis* c.p., di limiti assenti nell'art.49 co.2 c.p., disposizione che nessuno ha mai contestato per tale assenza, essendo, invece, la previsione del reato impossibile di fondamentale importanza per assicurare la non punibilità di fatti astrattamente rientranti in norme incriminatrici relative anche a reati considerati dal legislatore quali gravi. Si pensi solo alle falsità documentali e ai falsi innocui o grossolani. Sotto altro profilo, le incongruenze dipendono dalle elevate cornici edittali previste dal codice – e talora inasprite – e dal dato per cui esse riflettono gerarchie o, meglio, rapporti relativi tra i beni tutelati che da lungo tempo non sono più rispondenti al mutamento sociale e costituzionale. Rapporti relativi, inoltre, resi assolutamente arbitrari ed indecifrabili dalla caotica legislazione penale complementare.

In definitiva, una disciplina ragionevole e conforme ai principi costituzionali dei fatti di particolare tenuità presupporrebbe una revisione delle cornici edittali di parte speciale; in alternativa, vanno eliminati i riferimenti a limiti di pena, minimi o massimi che siano. Ma si tratta di un'alternativa meno conforme ad esigenze di legalità, perché si rimette comunque al giudice la scelta tra punibilità e non punibilità alla stregua di un criterio non proprio preciso, come la “particolare tenuità”; si considerino pure le controversie suscitate dall'infelice definizione di comportamento “abituale” di cui al co.3 dello stesso art.131-*bis* c.p..

Un secondo ordine di considerazioni relativo alla particolare tenuità del fatto riguarda le ipotesi di esclusione della stessa, di cui al co.2 dell'art.131-*bis* c.p.. In primo luogo, il dato per cui all'innalzamento dei limiti di pena entro cui è applicabile l'art.131-*bis* c.p. il legislatore intenda far corrispondere un ampliamento delle esclusioni è emblematico proprio del carattere per un verso anacronistico, per altro arbitrario dei rapporti relativi tra le comminatorie edittali. Ciò comporta che si avverta la necessità di esclusioni per specie di reati o addirittura per singole fattispecie caso per caso; esclusioni che, però, a loro volta possono risultare altrettanto arbitrarie e talvolta rispondere a logiche emergenziali.

Lo dimostrano sia la formulazione originaria dell'art.131-*bis* c.p., sia le modifiche introdotte dai pacchetti sicurezza.

Le esclusioni di cui all'art.131-*bis* co.2 c.p. sono talora di per sé singolari ed arbitrarie: ad esempio, perché mai l'offesa non può ritenersi di particolare tenuità se il motivo è futile? La motivazione interiore non ha nulla a che vedere con l'offesa e neppure, più ampiamente, con il "fatto" di particolare tenuità; e pare naturale che fatti tenui, ovvero 'futili' siano commessi per motivi futili! Ancora, nei limiti edittali vigenti rientrerebbe l'uccisione o il maltrattamento di animali - per esempio di un gambero tenuto sul ghiaccio in un ristorante -; ma se vi è "crudeltà" "in danno di animali", è esclusa la particolare tenuità del fatto.

Il c.d. decreto sicurezza *bis*, d.l. n.53/2019, conv. con modif. in l. n.77/2019, ha inserito nella parte finale dell'art.131-*bis* co.2 c.p. l'esclusione della particolare tenuità «quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni». Non si comprende, invero, perché qualsiasi fatto di particolare tenuità, anche un furto semplice – massimo edittale: tre anni – non possa essere ritenuto tale, per il superamento del limite 'differenziato' di due anni e mezzo, solo perché si svolge in occasione di una partita di *basket*, mentre può esserlo se si svolge in occasione di un concerto *rock* allo stadio.

Ancor più arbitraria, in termini di odioso privilegio, risultava l'esclusione della particolare tenuità per i reati di violenza, resistenza od oltraggio commessi nei confronti di qualunque pubblico ufficiale; con il c.d. decreto Lamorgese, d.l. n.130/2020, conv. con modif. in l. n.173/2020, si è ristretto tale privilegio ai soli ufficiali o agenti di p.s. o p.g., estendendolo all'art.343 c.p. Ma resta comunque un privilegio indebito, che riflette una «concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini», per riprendere l'espressione impiegata dalla Corte cost. nella nota sent. n. 341/1994 in materia di oltraggio.

Sotto tale profilo, diversamente da quanto ritenuto dalla stessa Corte cost. nella sent. n.30/2021<sup>22</sup>, non è affatto sufficiente affermare che «la scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell'esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale» non sarebbe «manifestamente irragionevole, poiché viceversa corrisponde all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione»<sup>23</sup>. Infatti, proprio la scelta legislativa di conferire una «speciale protezione» al bene del «buon andamento della pubblica amministrazione» - laddove, secondo la Corte, «il normale funzionamento della pubblica

---

<sup>22</sup> Pubblicata in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) con nota critica di VALENTE, *La Consulta ritiene legittima l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema?*, 17 settembre 2021.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n.30/2021, *Considerato in diritto*, punto 5.2.3, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

amministrazione tutelato dall'art. 337 cod. pen. va inteso "in senso ampio", poiché include anche "la sicurezza e la libertà di determinazione" delle persone fisiche che esercitano le pubbliche funzioni»<sup>24</sup> - ripropone, ancora una volta, nel XXI secolo quella concezione «autoritaria e sacrale» dei rapporti tra individuo e autorità propria del codice penale del 1930. In tal senso, la Corte costituzionale mostra una mancanza di coraggio a fronte di opzioni legislative inquietanti.

Va aggiunto che il dato della «particolare complessità» del bene giuridico tutelato, e persino quello della sua problematica «speciale protezione» in termini di privilegio per la pubblica autorità, non tolgono che, nonostante un tale asserito rango del bene giuridico, il fatto possa essere di particolare tenuità: in ciò, la Corte mostra di non discernere due profili da tenere distinti, ossia l'importanza del bene giuridico e la possibile tenuità in concreto dell'offesa e delle modalità di aggressione. Si potrebbe obiettare che ci sono lesioni di beni giuridici talmente gravi da non poter mai dar luogo a fatti di particolare tenuità: ma è fin troppo agevole replicare che lo stesso art.131-*bis* co.2 c.p. esclude la particolare tenuità solo in rapporto agli eventi morte o lesioni gravissime, mentre non considera preclusivo neppure un evento di lesione personale grave. Figuriamoci se nel nostro ordinamento costituzionale possa essere considerata preclusiva della particolare tenuità del fatto l'offesa al «buon andamento» della p.a., sia pure inteso come bene «particolarmente complesso», come ricostruito dalla Corte.

Ad ogni modo, anche a voler comprendere il *self-restraint* della Corte costituzionale in rapporto a scelte inquietanti compiute dal legislatore nel decreto *sicurezza-bis* del 2019, risulta avvilente la conservazione, sia pure parziale, di quelle scelte nel decreto Lamorgese e nella stessa riforma Cartabia. Quest'ultima, a fronte di tutte le incongruenze diffusamente rilevate nel catalogo delle esclusioni di cui all'art.131-*bis* co.2 c.p., prevede soltanto il loro possibile ampliamento, sulla base di imprecisate «evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica»; in realtà, alcune delle predette esclusioni risultano, come si è detto, arbitrarie e andrebbero, quindi, eliminate.

3.3. *L'ampliamento della sospensione del procedimento con messa alla prova.* L'art.1 co.22 l. n.134/2021 prevede di estendere la sospensione con messa alla prova a «specifici reati», non meglio individuati dal legislatore delegante, che «si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori» e siano punibili in astratto con la pena detentiva fino a sei anni.

Nella prospettiva della deflazione e della decarcerizzazione, si tratta di un ulteriore passo avanti. Allo stesso tempo, nonostante il diverso avviso manifestato in proposito dalla Corte

---

<sup>24</sup> Si osservi che la Corte costituzionale si richiama, qui – loc.ult.cit. -, al "diritto vivente" delle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

costituzionale<sup>25</sup>, rimangono alcune forti perplessità relative all'istituto, che prevede forti limitazioni della libertà personale e di circolazione e prescrizioni impegnative – obblighi di dimora, affidamento in prova al servizio sociale, lavoro di pubblica utilità, prestazioni riparatorie – a carico di una persona da considerarsi non colpevole fino alla sentenza definitiva, ai sensi dell'art.27 co.2 Cost. Tali prestazioni non sono oggetto di un consenso liberamente prestato, ma vengono stabilite quale alternativa alla prosecuzione di un procedimento penale che può comportare una pena detentiva di notevole entità; valgano, in proposito, le considerazioni precedentemente svolte in rapporto alle forme di giustizia contrattata ed agli inconvenienti, costituzionalmente rilevanti, della logica 'liberale' del consenso e della volontà delle parti.

Certamente, si tratta di un istituto che ha avuto una diffusissima applicazione: secondo i dati del Ministero della Giustizia<sup>26</sup>, al 15 settembre 2021 erano ben 24.000 le persone messe alla prova, a fronte delle circa 18.300 in affidamento al servizio sociale. Considerando anche - alla stessa data - le 11.500 persone in detenzione domiciliare e le 8.700 ai lavori di pubblica utilità per guida in stato di ebbrezza o stupefazione, risulta un totale di oltre 68.000 persone sottoposte, in senso ampio ed atecnico, ad alternative alla detenzione che impegnano gli uffici di esecuzione penale esterna e i servizi sociali; ben un terzo di esse si trova dunque in sospensione con messa alla prova, un dato, questo, in forte aumento anche nell'ultimo anno. Nel frattempo, i detenuti in carcere restano sostanzialmente stabili: erano circa 54.000 al 15.9.2016, lo stesso al 30.9.2020 (dopo che all'inizio della pandemia, marzo 2020, il totale era aumentato ad oltre 57.000), e lo stesso pure al 15.9.2021.

Si tratta di un fenomeno noto in criminologia come *net widening*<sup>27</sup>. Le alternative alla pena detentiva, sovente, non fanno diminuire in misura rilevante il numero dei detenuti – anzi, se non vi fosse stata la pandemia, i detenuti sarebbero rimasti in aumento rispetto agli anni precedenti -, ma ampliano la rete del controllo penale; in effetti, a quanto pare leggendo i dati ministeriali, l'aumento delle persone sottoposte a misure alternative vi è stato ed è stato notevole, ma, in termini numerici complessivi, a discapito della libertà e non della detenzione in carcere.

Ancora una volta, la riforma punta su misure deflative in concreto, ma ciò non è privo di risvolti problematici, né dal punto di vista delle garanzie individuali, né da quello di un'effettività conforme ai principi.

Pure l'estinzione delle contravvenzioni 'condizionata' a condotte ripristinatorie, di cui al co.23 dell'art.1 – su cui non mi soffermo per ragioni di spazio - risponde alla stessa logica di deflazione in concreto nella fase delle indagini preliminari.

---

<sup>25</sup> Corte cost., sent. n.91/2018, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), v. spec. *Considerato in diritto*, punti 7 e 8.

<sup>26</sup> [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>27</sup> Cfr. fra gli altri T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M.I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2003, pp.372-373, 400.

4. De profundis per la depenalizzazione? Come si è avuto modo di porre in rilievo, l'art.1 della riforma Cartabia è orientato ad una deflazione, processuale e sanzionatoria, in concreto. Una tale prospettiva, per quanto in parte apprezzabile, risulta alquanto limitata. Sicuramente la sua adozione dipende in misura rilevante dalle contingenze politiche e dall'urgenza di provvedere. Ma non va persa di vista una visuale di più ampio respiro, che è compito, direi dovere, della dottrina dischiudere, allargando lo sguardo ristretto della collettività e della politica.

Si tratta della prospettiva di un'ampia depenalizzazione e, per altro verso, della previsione di sanzioni principali – non 'sostitutive', né alternative nella sola fase esecutiva – diverse dalla pena detentiva.

Dottrina autorevole ritiene ormai chiusi gli spazi per una depenalizzazione significativa. Resterebbe, dunque, solo la possibilità di una gestione selettiva della punibilità in concreto. Ciò non può essere condiviso e contrasta frontalmente con il dato fin troppo evidente dell'ipertrofia penalistica. Già nel 1990, Filippo Sgubbi rilevava l'inversione del principio di *extrema ratio*, secondo cui il diritto penale dovrebbe avere carattere frammentario: al contrario, ad essere frammentaria, allora ed oggi, era ed è la libertà<sup>28</sup>. Nonostante le depenalizzazioni nel frattempo intervenute, il sistema delle incriminazioni è cresciuto, alimentandosi con i vari pacchetti sicurezza – si pensi soltanto al reato di immigrazione irregolare (2009), alla reintroduzione dei reati di blocco stradale ed accattonaggio molesto (2019) - e tanti altri provvedimenti ispirati alla 'perenne emergenza'<sup>29</sup> ed al populismo penale. L'introduzione nel 2018, all'art.3-bis c.p., di una 'riserva di codice' fa tristemente sorridere, se solo si pensa alle nuove norme incriminatrici introdotte al di fuori del codice e di un qualunque provvedimento organico in soli tre anni...

Ma, al di là di ciò, vi sono ampi settori di incriminazioni specialmente contravvenzionali, di impatto tutt'altro che irrilevante nella prassi, in cui andrebbe operato un deciso intervento di depenalizzazione: si pensi solo alle contravvenzioni di cui al libro terzo del codice, non insovente al limite della legittimità costituzionale, oltre che inutili; a molte contravvenzioni del T.u.l.p.s., anch'esse talora al limite della legittimità; alle molte violazioni formali in materia edilizia (ad es. in materia di omessa esposizione di cartelli) o ambientale (ad es., immissioni con omessa comunicazione all'autorità regionale); alla disciplina dell'immigrazione. In particolare, la normativa in materia di stupefacenti richiederebbe una radicale revisione, visto l'intreccio di rigore repressivo – che si riflette in concrete carcerizzazioni di massa - e di flagrante ineffettività che la caratterizza<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p.11 ss.

<sup>29</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1997, *passim*.

<sup>30</sup> In argomento, mi sia consentito rinviare a *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.* n.5/2014, p.586 ss.

Di fronte ad un tale stato di cose, chiudere ogni porta a prospettive di depenalizzazione appare un'operazione culturale insostenibilmente conservatrice; insostenibile anche e proprio sul piano 'realistico', della prassi. Solo tenendo presente la ristrettezza di orizzonti dell'attuale circuito politico-mediatico-giudiziario, e in un'ottica di breve periodo, si comprende l'impianto della riforma; ciononostante, l'esito è insoddisfacente, e ciò va detto a chiare lettere.

Sempre sul piano delle incriminazioni, va pure considerata la necessità di un impegno costante per una riforma che comprenda una redazione delle norme incriminatrici più conforme ad *extrema ratio*, frammentarietà e determinatezza. Quando le fattispecie sono scritte in modo tale da far sì che, ad esempio, una manifestazione pacifica di ciclisti 'bici alla mano' realizzi il reato di blocco stradale; che l'invio di un paio di messaggi indesiderati realizzi nientemeno che uno *stalking*; che l'approssimarsi ad alta velocità e 'lampeggiare' con i fari in autostrada per sollecitare il veicolo davanti a spostarsi dalla corsia di sorpasso sia violenza privata; che la signora coi tacchi del piano di sopra realizzi il reato di cui all'art.659 c.p.; che l'appropriazione di una melanzana o di un ovetto *Kinder* sia reato – laddove, ad esempio, per reati tributari sono previste soglie di punibilità alquanto elevate –; insomma, quando si ricorre ad una tecnica legislativa così estensiva, si concorre a costruire un diritto penale ipercriminalizzante ed onnicomprensivo. Esso grava sulle persone, ma anche sull'amministrazione della giustizia, e non può che funzionare, in concreto, in modo fortemente e discrezionalmente selettivo<sup>31</sup>.

Va, infatti, posto nel debito rilievo che l'aumento degli spazi di sostituzione della pena, di *diversion* e deflazione processuale, scelte di priorità etc. contribuisce ad un complessivo spostamento di potere dal legislativo verso il giudiziario, ma non solo: pure verso il pubblico ministero e, in concreto, verso le forze dell'ordine. Tutto ciò non può suscitare preoccupazione – al di là delle contingenze temporali e politiche e di vedute, ripetiamo, di corto respiro - in un sistema penale costituzionalmente vincolato all'osservanza di principi di legalità ed eguaglianza.

Anche sul piano delle funzioni della pena e, in particolare, dell'orientamento dei consociati, l'ulteriore ampliamento dello iato - da tempo diffusamente lamentato - tra pena comminata in astratto, pena discrezionalmente applicata in fase di cognizione e pena discrezionalmente eseguita non può non suscitare forti perplessità, aggiungendo pure l'aperta legittimazione della selettività discrezionale delle Procure.

#### IV. PRESCRIZIONE DEL REATO E IMPROCEDIBILITÀ DELL'AZIONE PENALE

---

<sup>31</sup> V. spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p.99 ss., 159 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova 1985, p.231 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, pp.12-124; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p.7 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli 1994, p.32 ss., 145 ss.

1. *Un obiettivo condivisibile in un contesto difficile.* Almeno l'obiettivo principale della riforma Cartabia in tema di prescrizione merita un deciso apprezzamento. La previsione, con la l. n. 3/2019, della cessazione (finzionisticamente definita 'sospensione') del decorso della prescrizione del reato con qualunque sentenza di primo grado – anche assolutoria - o col decreto di condanna dava luogo ad un'intollerabile "giustizia infinita" in relazione al procedimento per qualsiasi reato, in contrasto con una raffica di principi costituzionali, dall'eguaglianza al finalismo rieducativo alla ragionevole durata del processo. Si rendevano possibili processi lunghi magari un quarto di secolo, e quindi anche assoluzioni dopo un inumano calvario processuale.

Occorre, inoltre, tenere conto della difficoltà 'politica' di un intervento in una materia da poco oggetto di due riforme diverse, volute da schieramenti fino a ieri opposti, e in diverso grado criticabili<sup>32</sup>. Non si riusciva a raggiungere il consenso sul ritorno alla disciplina prevista dalla riforma Orlando e non si voleva mantenere quella risultante dalla riforma Bonafede.

Tutto ciò va riconosciuto, sebbene la riforma non convinca, sia sul piano di alcune opzioni di fondo, sia sotto il profilo degli strumenti impiegati, ed abbia perciò attirato autorevoli ed ampiamente condivisibili critiche<sup>33</sup>.

2. *Un cenno alle proposte della Commissione Lattanzi.* La Commissione Lattanzi, nella relazione finale del 24 maggio 2021<sup>34</sup>, aveva proposto, in alternativa, o (ipotesi A) di riprendere in sostanza la sospensione, in caso di condanna, della prescrizione del reato per due anni in appello e un anno in Cassazione, secondo una linea analoga a quella della riforma Orlando, oppure (ipotesi B) di anticipare la cessazione della prescrizione del reato introdotta dalla riforma Bonafede all'esercizio dell'azione penale e di introdurre all'art.344-bis c.p.p. proprio l'istituto dell'improcedibilità per intervenuta prescrizione dell'azione penale – rinunciabile dall'imputato - poi varato dalla riforma Cartabia, con la differenza di prevedere la stessa improcedibilità anche per il periodo dalla formulazione dell'imputazione alla sentenza di primo grado (4 anni, più sei mesi nei procedimenti con udienza preliminare) e di sancire l'improcedibilità in appello dopo tre anni e in Cassazione dopo due.

---

<sup>32</sup> Mi sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni 'emergenziali' in tema di prescrizione del reato*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 7.12.2017; e ID., *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l.n. 3/2019*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 12.2.2020.

<sup>33</sup> Cfr. spec. il documento di M. DANIELE – P. FERRUA – R. ORLANDI – A. SCALFATI – G. SPANGHER su *Improcedibilità e prescrizione* del 30 agosto 2021, pubblicato in [www.pena ledp.it](http://www.pena ledp.it) 31.8.2021, che richiama ed integra il precedente documento critico pubblicato dagli stessi Autori il 27 luglio 2021.

<sup>34</sup> V. *supra*, nota 2.



Almeno alcune delle autorevoli critiche rivolte al nuovo istituto dell'improcedibilità per prescrizione dell'azione penale, su cui mi soffermerò più avanti, valgono dunque anche in rapporto all'ipotesi B delineata dalla Commissione Lattanzi.

Altra proposta significativa della Commissione Lattanzi, non recepita nella riforma, era quella di sostituire l'art.161 co.2 c.p. come segue: «Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più della metà del tempo necessario a prescrivere». Si trattava di una proposta puntiforme, orientata all'allungamento dei termini in caso di prima condanna – tornando alla disciplina vigente prima della legge c.d. ex-Cirielli, n.251/2005 – e, condivisibilmente, all'eliminazione delle discriminazioni per i recidivi; ma conservando la logica del 'doppio binario' per i reati di cui all'art.51 co. 3-bis e 3-quater c.p.p., di fatto 'imprescrittibili', salva però, nella sola ipotesi B, l'improcedibilità dell'azione penale. Va aggiunto che l'ipotesi B prevedeva pure che «per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, e per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), i termini di durata massima del processo possono essere sospesi per giusta causa con ordinanza del giudice precedente, su richiesta del pubblico ministero, per un periodo non superiore a sei mesi per ogni grado di giudizio».

3. *Una premessa essenziale sui fondamenti della prescrizione del reato e della prescrizione dell'azione penale e sulla loro possibile interazione.* Per cercare di affrontare su basi solide un discorso intorno all'introduzione dell'improcedibilità dell'azione penale legata al decorso del tempo, occorre partire da una breve premessa intorno al fondamento della prescrizione del reato e a quello di una prescrizione del procedimento o dell'azione penale<sup>35</sup>.

Com'è noto – ma non incontrovertito - e riconosciuto dalla Corte costituzionale, l'istituto della prescrizione del reato è funzionale agli scopi della pena e ha dunque un fondamento costituzionale, di diritto penale sostanziale. Il decorso del tempo, sul piano della prevenzione generale, affievolisce fino a far svanire l'allarme sociale intorno al fatto e mina la necessaria prontezza della pena, che perde progressivamente senso con il passare degli anni; ma anche sul piano della funzione rieducativa, il decorso del tempo fa sì che la pena perda progressivamente senso, intervenendo su una persona ormai diversa da quella che era anni prima. Si tratta in entrambi i casi – sia in riferimento alla prevenzione generale che a quella speciale - di valutazioni presuntive, che operano *pro reo*, o meglio, in favore dell'imputato: perché, da un lato, l'allarme sociale può effettivamente

---

<sup>35</sup> Per una più ampia argomentazione, anche in relazione alle riforme Orlando e Bonafede, e per i necessari riferimenti bibliografici sia consentito rinviare, oltre ai lavori citati *supra*, nota 32, a *Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol.8 (2021), <http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv>, p. 1 ss.

svanire o meno, o essere ridestato selettivamente dai *media*, e così pure il mutamento personale, a distanza di molti anni, può essere realmente avvenuto o no.

La ragionevolezza dei termini di prescrizione deve riflettere la ragionevolezza di tali presunzioni, riferite al venir meno di ogni legittima funzione della pena. E una disciplina che lega i termini di prescrizione alla pena massima edittale si fonda sul presupposto per cui, quanto più grave in astratto è il reato, tanto più tardi può presumersi il venir meno della funzione della pena, fino al limite – si badi, estremo e non incontrovertibile; ma non posso soffermarmi sul punto - dell'imprescrittibilità.

Per altro verso, il decorso del tempo dal fatto incide anche sulla legittimità del procedimento penale. Con il passare degli anni può divenire, in particolare, arduo l'esercizio del diritto di difesa, come rilevava già Filangieri nella *Scienza della legislazione*<sup>36</sup>; è difficile, ad esempio, difendersi da un'accusa di molestie sessuali avvenute dieci anni prima. Ma, soprattutto, secondo un celebre detto di Carnelutti, il processo è pena. La ragionevole durata del processo, se può avere, come viene sostenuto, un valore di esigenza obiettiva, è pure una garanzia per l'imputato, che è persona da presumere innocente fino alla condanna definitiva e non può essere sottoposta a tempo indeterminato alla 'pena del processo', con tutti i gravi inconvenienti che l'accompagnano.

Il dato per cui si tratti di una garanzia disponibile, cui l'imputato può rinunciare, non toglie che di garanzia costituzionalmente fondata si tratti. E neppure rileva il dato secondo cui il singolo imputato possa preferire un processo di durata irragionevole o cercare di prostrarlo, pur di non essere condannato; egli ha comunque diritto a non rimanere sotto processo all'infinito. Neppure per reati imprescrittibili si può ammettere un processo imprescrittibile: perché l'imputato non può certo aspettare trenta o quarant'anni o tutta la vita per vedere affermata la propria responsabilità o innocenza!

Funzioni sostanziali e processuali si sono intrecciate, finora, nella prescrizione del reato, un istituto polifunzionale di confine, che mette alla prova un formalistico *Trennungsdenken*, un pensare per compartimenti stagni, come pure un orientamento che pretenda di ipostatizzare una "natura" della prescrizione: ma gli istituti giuridici non crescono come piante...

La Corte costituzionale, già prima della famosa vicenda Taricco, aveva affermato la - quantomeno predominante - funzione sostanziale della prescrizione del reato, ricavandone il corollario dell'irretroattività. Ma non va dimenticato che secondo un orientamento ripreso ed

---

<sup>36</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III, Parte I, Capo II, ed. integrale, Napoli 2003, 121: «Niente di più difficile che difendersi da un'accusa, quando questa è di più anni posteriore al delitto. Il tempo, che ha scancellata la memoria delle circostanze che lo accompagnarono, toglie all'accusato i mezzi da giustificarsi, ed offre al calunniatore avveduto un velo col quale coprire le meditate menzogne. Riflessioni così ragionevoli non furono trascurate da' savii legislatori di Roma. Essi diedero alle accuse criminali una prescrizione».

espresso sul finire del secolo scorso da Massimo Nobili, seppure si intendesse la prescrizione come istituto processuale, si dovrebbe comunque applicare ad essa il principio di irretroattività<sup>37</sup>.

Sulla base di tali premesse si può provare a prendere posizione sulla discussione se la prescrizione del reato serva ad assicurare la ragionevole durata del processo penale.

Certamente, di fatto, spesso la prescrizione del reato interviene allorché il procedimento – compresa dunque la fase delle indagini preliminari – è durato troppo e ne sancisce proprio l'irragionevole durata.

Ma è stato diffusamente rilevato che vi è un'asimmetria tra prescrizione del reato e durata del procedimento. Infatti, schematizzando, un procedimento penale può essere avviato, ad esempio, subito dopo la realizzazione di un reato grave, per cui sia previsto un termine di prescrizione magari di 12 anni, che con l'aumento di un quarto relativo alle interruzioni dei termini divengono 15, senza contare le ipotesi di sospensione; in tal caso, il processo potrebbe essere irragionevolmente lungo, anzi lunghissimo, senza che intervenga però la prescrizione del reato. All'opposto, il procedimento penale potrebbe cominciare molto, troppo tardi, e dunque rimanere prematuramente estinto dalla prescrizione del reato, nonostante sia durato pochissimo.

Proprio tale asimmetria rende evidente la *ratio* delle proposte dottrinali, discusse da tempo, di affiancare – oppure, si noti bene la differenza, di sostituire, a partire da una certa fase processuale - alla prescrizione del reato, fondata su funzioni sostanziali relative agli scopi della pena, una prescrizione del procedimento o dell'azione penale, ispirata ad una *ratio* di ragionevole durata del procedimento (o del processo): ossia, la previsione di termini massimi di durata del procedimento, eventualmente anche articolati in termini intermedi, di 'fase'. Obiezioni e rilievi ugualmente risalenti a tali proposte erano, da un lato, l'eccessiva rigidità di una siffatta previsione, dall'altro la considerazione secondo cui la ragionevolezza della durata andrebbe rapportata non alla gravità del reato, ma alle difficoltà dell'accertamento. Ebbene, a me pare che, se i termini massimi sono fissati in modo ragionevole – e valgano, *mutatis mutandis*, le considerazioni relative alla congruità dei termini di prescrizione del reato rispetto alle finalità di tale istituto -, la previsione di una prescrizione del procedimento o dell'azione penale sia una corretta attuazione del principio costituzionale di ragionevole durata.

È vero che si tratta di limiti 'rigidi', che lasciano un po' interdetti, e potrebbero pure incoraggiare strategie difensive dilatorie, ma pur sempre rientranti pienamente e legittimamente nei diritti della difesa: ad esempio, sicuramente ne può risultare un potente incentivo al ricorso in appello e in Cassazione, sperando anche nella prescrizione dell'azione penale! Il che forse non denota uno spiccato senso pratico di un riformatore orientato alla deflazione processuale...

---

<sup>37</sup> Cfr. M. NOBILI, *sub A*), in M. NOBILI - L. STORTONI - M. DONINI - M. VIRGILIO - M. ZANOTTI - N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 317 ss.

Tuttavia, a favore della previsione di limiti rigidi di durata massima del procedimento penale depone il dato per cui, storicamente come nel momento attuale, l'idea di porre siffatti limiti a restrizioni statuali di libertà nasce dall'indignazione per l'abuso di quelle restrizioni di libertà: si pensi ai 'rigidi' termini massimi previsti per la custodia cautelare.

Resta però da chiarire un punto fondamentale, relativo all'alternativa tra l'affiancare alla prescrizione del reato quella dell'azione penale e il far cessare la prima per lasciar decorrere solo la seconda. Ebbene, sul punto, anticipando quanto proverò ad illustrare più avanti, condivido la posizione di quella parte della dottrina penalistica che ritiene ammissibile - e direi costituzionalmente legittima - soltanto la prima soluzione e non la seconda. La prescrizione del reato, in altri termini, non può cessare di decorrere né con l'esercizio dell'azione penale, come proposto dalla Commissione Lattanzi, né con la sentenza di primo grado, come stabilito dalla riforma Cartabia. La prescrizione dell'azione penale non può surrogare quella del reato.

4. *La riforma Cartabia in tema di prescrizione: primi rilievi critici.* Com'è noto, la riforma Cartabia conferma, con un correttivo per le ipotesi di annullamento della sentenza di primo grado e regressione del procedimento, la soluzione introdotta dalla l. n. 3/2019: anche in base al nuovo art.161-bis c.p., la prescrizione del reato cessa di decorrere dopo la sentenza di primo grado. Ma l'art.2 co.2 lett. a l. n.134/2021 introduce la prescrizione del processo, ovvero l'improcedibilità dell'azione penale dopo due anni in appello ed un anno in Cassazione, art.344-bis co.1-2 c.p.p.

Già durante l'*iter* di approvazione del provvedimento, ciò ha suscitato critiche in chiave di indebito sacrificio di esigenze di accertamento delle responsabilità e di tutela delle vittime, specialmente in relazione ad alcune specie di reati; ciò ha condotto ad una, a mio avviso problematica, diversificazione della riforma per 'binari' ed all'introduzione di un regime transitorio che ricalca l'originaria proposta della Commissione Lattanzi: tre anni per l'appello e due per la Cassazione.

Resta, però, un'incongruenza di fondo, rilevata dal C.S.M. nella delibera del 29.7.2021<sup>38</sup>: un procedimento penale continua ad avere durata senz'altro ragionevole, anche se si protrae per più di due o addirittura tre anni (regime transitorio) in appello, allorché è durato pochissimo nelle fasi precedenti: si pensi ai casi di rito direttissimo. Un tale rilievo critico risulta riferibile anche alla proposta della Commissione Lattanzi, sebbene essa prevedesse termini massimi anche per il periodo tra l'esercizio dell'azione penale e la sentenza di primo grado. L'errore tecnico mi pare risiedere nel non aver fatto riferimento ad un termine massimo complessivo - magari dall'esercizio dell'azione alla sentenza definitiva -, prevedendo, poi, termini di fase meno restrittivi.

---

<sup>38</sup> Reperibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5 agosto 2021.

È stato inoltre opportunamente sollevato il problema degli effetti sperequati che quel meccanismo rigido rischia di determinare in fase di appello, in rapporto ad alcune sedi giudiziarie ove i tempi medi superano di gran lunga i tre anni dello stesso regime transitorio previsto dalla riforma. Sotto tale profilo, la riforma andrebbe accompagnata con altri interventi, in particolare investimenti di risorse e misure organizzative relative a singole sedi, oltre che con i provvedimenti previsti dalle deleghe; che per ora però sono rinviati, e non è proprio certo che le deleghe stesse vengano attuate.

Ulteriori rilievi critici sono stati mossi in relazione agli effetti dell'improcedibilità sul piano delle conseguenze civili e della confisca. Al riguardo, l'art. 2 lett. *b* della riforma contiene modifiche all'art.578 c.p.p. e l'art.1 co.13 lett. *d* prevede un successivo intervento di coordinamento, anche in relazione alla confisca.

5. *Proroghe e sospensioni.* Un dato ulteriore, che da un lato ridimensiona alcune critiche relative al rischio di 'vuoti di tutela' e dall'altro mina l'effettivo perseguimento, da parte della riforma, di una 'ragionevole durata' delle fasi di impugnazione del processo, è dato dalla previsione di proroghe rimesse alla discrezionalità del giudice. Quando il giudizio di impugnazione è «particolarmente complesso», il giudice può infatti prorogare la durata della fase di un anno in appello e di sei mesi in Cassazione; dal tenore della disposizione e dal contesto sistematico si evince che possa farlo una sola volta. Dunque, nel regime transitorio si potrà arrivare a quattro anni in appello e due e mezzo in Cassazione; dopo, a tre anni in appello e uno e mezzo in Cassazione.

Come è stato prontamente rilevato, in chiave critica, da illustri processualpenalisti<sup>39</sup>, ciò comporta un eccessivo potere discrezionale del giudice, che confligge con esigenze costituzionalmente imposte di legalità processuale.

Va aggiunto che la disciplina introdotta dalla riforma prevede una dilatazione ulteriore, ed in parte discrezionale, dei tempi, che rischiano di diventare tutt'altro che ragionevoli: infatti, in caso di annullamento in Cassazione con rinvio, bisogna intendere la disciplina nel senso che il giudizio di appello possa durare altri due anni (nel regime transitorio tre), più un ulteriore anno di proroga discrezionale, e in Cassazione un altro anno, più sei mesi di ulteriore proroga discrezionale. Ciò significa che, considerando le proroghe, le fasi di impugnazione potranno durare complessivamente, superato il regime transitorio, ad un totale di 9 anni; durante il regime transitorio, addirittura ad un totale di 13 anni!

Ma, attenzione, non abbiamo calcolato le sospensioni del procedimento, che interverranno, secondo l'art.344-*bis* co.6 c.p.p. in tutte le ipotesi di cui all'art. 159 c.p., ma anche, nota bene, per

---

<sup>39</sup> Cfr. il documento richiamato *supra*, nota 33. Ma si vedano pure i rilievi critici di F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p.16 ss.

tutto «il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». In tal modo si va oltre la stessa riforma Orlando, ove la sospensione del termine di prescrizione in corso di procedimento giungeva al massimo ad un anno e sei mesi. Va rilevato, infatti, che un'ipotesi di sospensione come quella prevista dalla riforma Orlando o come quella, di cui è si appena detto, della riforma Cartabia contrasta con la *ratio* tradizionale della sospensione della prescrizione: quella descritta dal brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è proprio un'ipotesi in cui il procedimento, lungi dal 'non poter agire', sta andando avanti; la riforma Orlando fu opportunamente criticata perché addossava all'imputato le lentezze della giustizia penale, ma lo faceva 'solo' per un anno e mezzo. Si tenga, inoltre, presente che per le sospensioni della prescrizione, diversamente che per le interruzioni, non esiste termine massimo.

Va pure segnalato che tutto ciò vale indipendentemente dalla gravità del reato per cui si procede; le stesse proroghe sono concesse in relazione alla complessità dell'accertamento, non alla gravità del reato ascritto.

In sintesi, si delinea il rischio di una durata tutt'altro che ragionevole delle impugnazioni. E ciò senza ancora considerare i 'binari differenziati' creati dalla riforma.

6. *Il triplo binario. La ragionevole durata del processo non è uguale per tutti?* Non nuova, ma non per questo meno problematica è la previsione di un doppio, anzi triplo binario processuale, stavolta in rapporto alla ragionevole durata del processo in fase di impugnazione.

L'art.344-bis co.4 c.p.p. prevede infatti che per i delitti aggravati dalla finalità o dal metodo mafiosi, di cui all'art.416-bis.1 c.p., il giudice possa discrezionalmente concedere ulteriori proroghe fino a "complessivamente" tre anni in appello e un anno e sei mesi in Cassazione; ciò va interpretato necessariamente nel senso che in caso di annullamento con rinvio si aggiungano ulteriori proroghe complessive, rispettivamente di tre anni e di un anno e sei mesi. Ciò significa ammettere che per tali delitti l'improcedibilità possa intervenire, calcolando tutte le proroghe e considerando solo i termini più brevi del regime definitivo e non quelli del regime transitorio, dopo cinque anni in appello e due anni e mezzo in Cassazione, più altri sette anni e mezzo in caso di annullamento con rinvio, per un totale di 15 anni solo nelle fasi di impugnazione. Se il processo, senza contare le indagini preliminari – probabilmente, data la tipologia di reati, con relativa custodia cautelare -, è già durato 5 anni dall'esercizio dell'azione penale, si arriva ad un totale di 20 anni; ma non abbiamo considerato le sospensioni, anche per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Giudichi il lettore se questa è una ragionevole durata del processo.

Ma non basta, perché c'è un terzo binario: nei procedimenti per gravi delitti con finalità di terrorismo e per i reati di cui agli artt. 416-bis e 416-ter c.p., 609-bis c.p. nelle ipotesi aggravate e

74 d.P.R. n. 309/1990 non c'è alcun limite massimo alle ulteriori proroghe concedibili discrezionalmente dal giudice.

Certo, si tratta di accuse gravissime, anzi infamanti. Ma proprio per la gravità delle accuse il procedimento deve mantenere una ragionevole durata; l'imputato vi ha diritto, non meno, anzi forse più degli altri imputati. O possiamo ammettere, nel nostro ordinamento costituzionale e tenuto conto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che una persona debba attendere magari trenta o quarant'anni o tutta la vita per vedere affermata la propria innocenza in rapporto ad accuse così lesive della sua dignità? L'art.111 co.2 Cost. deve valere per tutti; la previsione di binari differenziati che finiscano per escludere talune persone – da presumersi innocenti fino alla sentenza definitiva, *ex art.27 co.2 Cost.* - dalla garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo risponde ad una logica da diritto penale del nemico, incompatibile con l'art.3, l'art.111 e l'intero spirito della Costituzione.

7. *Un errore di fondo, in continuità con la riforma Bonafede.* Anche senza considerare doppi e tripli binari, la riforma appare viziata da un errore di fondo, che consiste nel mantenere – salva la ricordata ipotesi di annullamento – la cessazione della prescrizione del reato con la sentenza di primo grado, surrogandola con la prescrizione del procedimento. Tale errore era contenuto anche nell'ipotesi B prospettata dalla Commissione Lattanzi.

Contrariamente a quanto sostenuto negli anni da una parte della dottrina, recepita in ciò dalle riforme Bonafede e Cartabia, le ragioni sostanziali della prescrizione del reato non vengono meno in corso di processo<sup>40</sup>. Con il passare del tempo, la punizione perde senso dal punto di vista di legittime finalità di prevenzione generale e di rieducazione, anche se il processo è ormai cominciato o è arrivato ad una sentenza di primo grado.

L'idea secondo cui la prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado vanifica l'impiego di risorse dell'amministrazione della giustizia corrisponde indubbiamente al vero; ma farne derivare la conseguenza del blocco della prescrizione del reato significa presupporre una inaccettabile prevalenza, nella scala di valori, dell'amministrazione della giustizia sulle funzioni costituzionalmente legittime della pena e sulla stessa libertà e dignità della persona.

Neppure l'argomento fondato sulla tutela delle vittime convince: certamente, la vittima e tutta la collettività hanno diritto all'accertamento del fatto e delle eventuali responsabilità penali, ma non oltre un tempo ragionevole dal punto di vista delle esigenze di prevenzione generale e speciale.

---

<sup>40</sup> L'ordine di idee qui sottoposto a critica è ben rappresentato dalla posizione espressa da G.L. GATTA - G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11 febbraio 2020, spec. parr. 3, 8, 9.

Tempo che varia in funzione della gravità del reato commesso, al quale è rapportato il termine di prescrizione del reato.

A confronto con la soluzione risultante dalla l. n. 3/2019, era certamente più equilibrata la disciplina del codice penale del 1930 (sic!). Essa, infatti, teneva conto fin dall'origine, attraverso la disciplina della sospensione e dell'interruzione della prescrizione, dei necessari tempi del processo; ma ciò comportava il prolungamento, non il blocco della prescrizione del reato, perché persino nella prospettiva di deterrenza e 'giusto castigo' coltivata dal codice Rocco – che aveva per conseguenza sia elevati massimi edittali, sia lunghi termini di prescrizione del reato - veniva il momento in cui, nonostante il processo fosse in corso, era troppo tardi perché una pena avesse ancora senso.

In una prospettiva ordinamentale vincolata a principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e rieducazione, l'inizio del processo o la sentenza di primo grado non incidono affatto sul venir meno, per il passar del tempo, di qualsiasi senso rieducativo di un'eventuale pena. Potrebbe aver senso l'accertamento dei fatti – anche in chiave di innocenza, e difatti l'imputato può rinunciare alla prescrizione per veder affermata la sua piena innocenza -, ma non una punizione.

Tuttavia, anche dal punto di vista della prevenzione generale, le cose non stanno come ritengono, in modo semplicistico e artificioso, i sostenitori del blocco della prescrizione del reato dopo il primo grado di giudizio. L'interesse della collettività solo fittiziamente si può ritenere vivo e continuo dopo la sentenza di primo grado, che la collettività spesso non conosce affatto; il processo, anche dopo la sentenza di primo grado, non è, in realtà, una successione continua, ma discontinua di atti, tra i quali intercorrono fasi di inerzia, che fatalmente comportano un affievolirsi dell'attenzione della collettività. Da Beccaria in poi, è nota la necessità di prontezza della pena; pene non 'pronte' perdono senso, anche e proprio sul piano della tutela di beni giuridici. Certo, l'interesse della collettività può essere suscitato o ridestato dall'attenzione mediatica, in maniera inevitabilmente e sovente arbitrariamente selettiva. Ma qui ritornano in considerazione il primato della persona, il suo diritto a non essere strumentalizzato per finalità di politica criminale (art.27 co.1 Cost.) e l'idea rieducativa: l'imputato, dopo tanto tempo dal fatto di cui è accusato, è ormai una persona diversa ed ha un diritto ad essere lasciato in pace e all'integrazione sociale.

L'errore di fondo del 'blocco' della prescrizione del reato si può illustrare con un esempio, tenendo conto, oltretutto, del dato per cui quel blocco opera indiscriminatamente per qualunque reato. Ebbene, consideriamo le contravvenzioni, ossia i reati meno gravi, per i quali la prescrizione interviene dopo 4 anni - più uno, tenendo conto delle interruzioni, supponendo un imputato che non sia recidivo aggravato. In tali ipotesi, se la sentenza di primo grado interviene dopo quattro anni e mezzo, ossia quasi allo scadere del termine di prescrizione, non si comprende perché l'imputato, secondo la riforma Bonafede, assolto o condannato che fosse, non dovesse mai più avere diritto alla



prescrizione del reato, rimanendo sotto processo - con tutte le conseguenze che ciò comporta - magari altri dieci anni per una semplice contravvenzione! Ma neppure si comprende perché, in base alla riforma Cartabia, egli debba rimanere sotto processo, dopo che sono passati quasi 5 anni dal fatto, per ulteriori due anni più uno di eventuale proroga in appello, più uno più eventuali sei mesi in Cassazione, per vedere magari annullata la condanna con rinvio e rimanere sotto processo per altri due anni, più uno di eventuale proroga in appello, più uno, più eventuali sei mesi di proroga in Cassazione, per un totale di altri 9 anni di graticola, per una contravvenzione per la quale, magari, alla fine risulterà innocente...

E tutto questo dovrebbe servire a finalità di tutela di beni giuridici e delle vittime – che in molte contravvenzioni di mera trasgressione non vi sono affatto! - e di efficiente amministrazione della giustizia, e dovrebbe risultare compatibile con la funzione rieducativa della pena e con la ragionevole durata del processo?

L'esempio si potrebbe ripetere per un delitto dei più lievi, prescrivibile dunque in sei anni, più uno e mezzo. Si arriva a sentenza di primo grado dopo sette anni dal fatto; in più, il processo dovrebbe poter durare all'infinito (riforma Bonafede) o altri nove anni, salvo sospensioni o doppi e tripli binari (riforma Cartabia)?

A questo punto appare evidente un'implicazione distorsiva della riforma: il blocco della prescrizione del reato e la sua sostituzione con quella dell'azione penale costituiscono un 'equivalente funzionale' di un notevole allungamento dei termini di prescrizione del reato, in termini incompatibili con le funzioni della pena. Sotto tale punto di vista, concordo pienamente con il già menzionato appello formulato da quegli autorevoli processualpenalisti che ritengono preferibile il vecchio regime della prescrizione del reato al sistema introdotto dalla riforma Cartabia.

A mio parere, come accennavo, la prescrizione del reato deve poter intervenire in qualunque momento del processo penale, fino alla sentenza definitiva, così come avveniva prima della riforma Bonafede. Una prescrizione 'processuale' - del procedimento o dell'azione penale -, orientata al principio della ragionevole durata del procedimento o del processo, può essere introdotta, ma non quale istituto sostitutivo della prescrizione del reato - che ha una diversa *ratio*, di diritto sostanziale -, bensì solo in aggiunta a quest'ultima.

8. *L'irretroattività e il rischio di frode delle etichette.* La prescrizione del reato ha una *ratio* – quantomeno principalmente - di diritto sostanziale ed è perciò soggetta al principio di legalità *sub specie* irretroattività della legge sfavorevole, nonché alla retroattività della legge favorevole. La prescrizione dell'azione penale ha invece una *ratio* processuale e, quindi, parrebbe valere il principio *tempus regit actum*; peraltro, parte della dottrina ha ritenuto e ritiene che anche alle norme processuali vada applicato il principio di irretroattività, dunque anche in rapporto alla prescrizione

processuale. I primi commentatori della riforma hanno posto in evidenza i rischi di frode delle etichette sul punto<sup>41</sup>. Accogliendo la tesi dell'applicabilità alla prescrizione dell'azione penale del principio di irretroattività e di quello di retroattività favorevole, si dovrebbe ritenere illegittima la previsione di cui all'art.2 co.3 l. n.134/2021, secondo cui la nuova disciplina dell'improcedibilità per prescrizione dell'azione penale si applica solo ai reati commessi dopo il primo gennaio 2020. Ma considerazioni analoghe varrebbero per l'art.2 co.4 della riforma Cartabia.

Vi è poi un altro profilo non meno insidioso da prendere in considerazione: dal momento che le norme sulla prescrizione dell'azione penale hanno *ratio* processuale e non di diritto sostanziale, si potrebbe sostenere che per esse non valga l'acquisizione, risultante dalla famosa saga Taricco, secondo cui il principio di legalità di cui all'art.25 co.2-3 Cost. preclude al giudice italiano la disapplicazione *contra reum* delle norme in tema di prescrizione, sebbene esse pregiudichino un'efficace tutela degli interessi dell'Unione europea tutelati dall'art.325 TFUE. Il giudice, cioè, non può disapplicare quelle norme fino alla sentenza di primo grado, perché fino ad allora si tratta della prescrizione del reato, istituto di diritto sostanziale; ma si potrebbe sostenere che possa disapplicare le norme in materia di improcedibilità per prescrizione dell'azione penale nei gradi successivi, qualora frustrino «in un numero rilevante di casi» la tutela degli interessi UE in relazione a frodi “gravi”, perché l'improcedibilità è istituto processuale e, quindi, non si applica l'art.25 co.2-3 Cost.!

Ecco una ragione ulteriore per cui risulta molto pericolosa, per la tenuta complessiva dei principi costituzionali, la previsione della cessazione della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado e la sua ‘sostituzione’ con la prescrizione dell'azione penale.

9. *Ancora una soluzione contingente e inadeguata al problema della prescrizione.* Come si è avuto modo di motivare in precedenza, la riforma Cartabia avrebbe dovuto affrontare il nodo della depenalizzazione. Ciò va ribadito anche in rapporto al problema della prescrizione, che è strutturalmente legato all'ipertrofia del diritto penale sostanziale e all'insufficienza delle risorse dell'amministrazione della giustizia a gestire l'eccessivo carico di procedimenti che ne deriva. Sia la Commissione Lattanzi che la riforma hanno ignorato tale problema, che incide, oltretutto, sulla netta maggioranza delle prescrizioni, cioè quelle che si verificano in fase di indagini preliminari e fino alla sentenza di primo grado. In luogo di ciò, si estende il ricorso ad una deflazione processuale discrezionale, con uno spostamento di poteri verso giudici e pubblici ministeri, preoccupante per un sistema penale da stato costituzionale di diritto, vincolato alla legalità sostanziale e processuale.

---

<sup>41</sup> Cfr. in particolare D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.7.2021; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p.16 ss.

Inoltre, come rilevato dalla stessa Commissione Lattanzi, la riforma legislativa non pone rimedio, se non con la modifica puntiforme ricordata in precedenza, ai guasti ed alle discriminazioni per tipi d'autore prodotti dalla legge *ex-Cirielli*.

In rapporto alla prescrizione, anziché intervenire sostanzialmente sulla sola improcedibilità dell'azione penale in fase di impugnazione, andava affrontata una riforma strutturale dell'istituto.

Ma il problema della prescrizione ha radici ancora più profonde. In effetti, il disorientamento sociale legato alle frequenti prescrizioni di reati – ossia, l'effetto pregiudizievole in termini di prevenzione generale – deriva proprio dalla percezione collettiva di indebiti privilegi per tipi d'autore e, più ampiamente, per il dato secondo cui reati ritenuti attualmente gravi si prescrivono, mentre il contrario avviene per reati socialmente avvertiti come meno gravi. Ciò dipende, in ultima istanza, dalla frantumazione del sistema sanzionatorio sotto l'aspetto delle cornici e dei massimi edittali previsti nella parte speciale del codice penale e nella legislazione complementare, ben prima ed indipendentemente dalla disciplina largamente arbitraria - introdotta a partire dalla legge *ex-Cirielli*, ma ampliata successivamente - del raddoppio di alcuni termini di prescrizione e delle deroghe all'interruzione della stessa.

Se, ad esempio, nel noto procedimento per i fatti della scuola Diaz - il cui ultimo esito fu la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU con la sent. Cestaro -, è accaduto che le lesioni gravi realizzate da agenti di polizia che hanno rotto le ossa a diversi manifestanti si siano prescritte (termine di prescrizione 7 anni) mentre non si è prescritta la falsità ideologica relativa al rinvenimento delle bottiglie incendiarie (falso in atto fidefaciente, termine di prescrizione 10 anni), ciò è dovuto al dato per cui il codice Rocco considera bene di maggior valore la fede pubblica rispetto all'integrità fisica e, dunque, ritiene più grave falsificare un verbale che rompere le ossa a qualcuno. Gli esempi di rapporti relativi assurdi tra massimi edittali si potrebbero protrarre a lungo, come illustrò Tullio Padovani ormai decenni orsono<sup>42</sup>; e tali rapporti si riflettono su quali reati si prescrivano e quali no.

Un recupero strutturale di credibilità della disciplina della prescrizione e dell'intero sistema (sanzionatorio) penale passerebbe, dunque, per una riforma organica; l'aspirazione ad una vera 'riserva di codice' - anziché alla sua recente parodia - resta valida, a novant'anni dal codice Rocco, per quanto ardua. Ma ciò richiede un ben diverso impegno riformistico, oltre che condizioni politiche e culturali molto diverse dalle attuali. Ed allora, ci si potrebbe pure accontentare di meno, per affrontare il nodo della prescrizione: una riforma organica di quest'ultima, accompagnata però da una seria depenalizzazione, oltre che da ulteriori strumenti deflattivi, ma strutturati

---

<sup>42</sup> T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *RIDPP* 1992, 419 ss.

conformemente ad esigenze di legalità e agli altri principi costituzionali del diritto e del procedimento penale.