

OPINIONE

OLIVIERO MAZZA

A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)

Un commento a prima lettura del nuovo art. 344-bis c.p.p.

A Midsummer Night's Dream: the Cartabia's reform of the criminal trial (or only of the prescriptions?).

A first reading comment on the new art. 344-bis c.p.p.

SOMMARIO: 1. Lo scontro politico. - 2. Dubbi (infondati) sulla prescrizione processuale. - 3. Le ragioni della incostituzionalità.

1. *Lo scontro politico.* - Nella migliore tradizione delle riforme di mezza estate, il Governo ha approvato ieri sera la proposta di legge delega per la riforma del processo penale.

La discussione politica si è concentrata sulle disposizioni in materia di ragionevole durata dei giudizi d'impugnazione che sono diventate, nella discussione politica e agli occhi dell'opinione pubblica, il punto cruciale dell'intera riforma, sebbene questa rappresentazione mediatica non rispecchi ovviamente la realtà di un disegno ben più ampio e largamente criticabile.

L'importanza politica attribuita al tema divisivo della prescrizione è ben rappresentata dalla scelta di predisporre, all'interno della delega (art. 14-bis), una previsione *ad hoc*, il nuovo art. 344-bis c.p.p., destinata ad entrare in vigore immediatamente con una celerità a dir poco sospetta.

Si profila, quindi, la concreta eventualità che l'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi d'impugnazione venga inserita in un provvedimento d'urgenza che toglierà al Parlamento la possibilità di una approfondita discussione.

Al di là delle questioni di metodo, che comunque sono estremamente rilevanti in una democrazia parlamentare, come dovrebbe essere la nostra, in questa sede interessa di più il merito della rilevante novità che verrà introdotta nel codice di procedura penale dall'art. 344-bis c.p.p.

2. *Dubbi (infondati) sulla prescrizione processuale.* - La premessa, doverosa, è che il presente commento è solo una prima lettura di un testo non ancora ufficiale, ciò nondimeno ben chiaro nei suoi elementi strutturali.

La mancata definizione del giudizio d'appello entro due anni e del giudizio di cassazione entro un anno costituirà causa di improcedibilità dell'azione penale.

Una parte della dottrina¹ si è già pronunciata, esprimendo dubbi sulla compatibilità costituzionale ed europea di tale soluzione. Sullo sfondo viene poi denunciato l'errore "concettuale" di consentire «il dissolvimento del processo in presenza di un reato non estinto, per il quale è in corso l'esercizio dell'azione penale»².

La quesitone dogmatica è quella più interessante per il processualista e le perplessità avanzate nel citato documento non sembrano cogliere nel segno.

Il reato, sebbene riferito a una condotta umana, rimane una entità giuridica che assume esistenza ed efficacia solo con l'accertamento definitivo del medesimo. In altri termini, il reato sussiste e produce tutti i suoi effetti, a partire dall'esecuzione penale, solo dopo che una sentenza irrevocabile di condanna ne abbia accertato l'esistenza "giuridica" e la relativa responsabilità personale. E' quindi un evidente errore teorico quello del codice penale del 1930 che ricollega il fenomeno estintivo al reato. Prima del giudicato, il reato non ha e non può avere giuridica esistenza, peraltro l'unica possibile, e quindi non può estinguersi.

A ben vedere, prima del giudicato si può estinguere solo l'azione, ossia la domanda volta all'accertamento della giuridica sussistenza del reato.

A riprova di ciò, la sentenza che accerta l'estinzione del reato per prescrizione è, non a caso, una sentenza di non doversi procedere (o di non luogo a procedere all'udienza preliminare). Ciò significa che, prima della formazione del giudicato, il fenomeno estintivo interviene sul procedere e non può che essere rapportato all'azione. Paradossalmente, il reato potrebbe estinguersi solo dopo il giudicato che è il momento in cui questo atto giuridico viene ad assumere giuridica esistenza. Sempre dopo il giudicato possono estinguersi i suoi effetti rappresentati *in primis* dalla pena.

È proprio l'art. 27 comma 2 Cost. che, sancendo la presunzione di non colpevolezza, non consente di ritenere sussistente un reato e la relativa responsabilità prima del giudicato.

Ciò detto, la sistematica del codice penale, per *fictio iuris* , ha collegato il fenomeno estintivo al reato più che all'azione, ma prima del codice Rocco la prescrizione, quale causa estintiva, operava più correttamente proprio sull'azione³.

¹ Si veda il documento di Daniele, Ferrua, Orlandi, Scalfati, Spangher del 27 luglio 2021, pubblicato online e riportato da alcune testate giornalistiche.

² V. ancora il documento citato a nota 1.

³ Ad esempio, l'art. 91 del codice penale Zanardelli del 1889 sanciva espressamente la prescrizione dell'azione penale in funzione del decorso di termini ben più ragionevoli di quelli attuali.

Del resto, la dottrina⁴ da sempre ritiene che il sistema sia imperfetto e che la sentenza “di non doversi procedere” dichiarata estinta solo l’ipotetico reato, non ancora accertato, a fronte, invece, dell’accertamento di fatti estintivi come la prescrizione legata al decorso del tempo.

Una sentenza in ipotesi sul reato, ma di certezza sul fatto estintivo.

Peraltro, non convince l’ulteriore distinguo per cui all’esito del dibattimento e di una completa fase istruttoria, il reato sarebbe dichiarato estinto previo accertamento dello stesso⁵. Il fatto estintivo, riferito formalmente al reato ma, come detto, sostanzialmente all’azione, impedisce al giudice di pronunciare una sentenza che accerti il reato. Occorre ribadire che l’accertamento giudiziale risiede nel dispositivo e che il reato, finché non venga dichiarato sussistente da una sentenza irrevocabile, è giuridicamente inesistente. Dunque, la sentenza potrà anche ricostruire in motivazione la sussistenza del reato, ma l’atto giuridico reato non verrà mai ad esistere a fronte di una sentenza che nel dispositivo dichiara il non doversi a procedere.

Si torna così all’affermazione iniziale che logicamente non ammette alternative: prima del giudicato il reato non ha giuridica esistenza e non può estinguersi, quello che si estingue è l’accertamento del reato non ancora completo ossia l’azione, sebbene la nomenclatura penalistica riferisca l’estinzione per prescrizione al reato.

Questa precisazione serve per sgombrare il campo dallo “scandalo” che susciterebbe la nuova categoria dell’estinzione dell’azione ai sensi dell’art. 344-bis c.p. Nel corso del processo l’unico atto giuridico che può estinguersi è l’azione e il legislatore (o meglio il Governo) non ha certamente errato nel riferire il fenomeno estintivo alla condotta processuale del pubblico ministero piuttosto che al fatto-reato e alla responsabilità penale che non possono essere giuridicamente affermate, se non dopo la condanna definitiva (art. 27 comma 2 Cost.).

Anche la critica in ordine al rispetto del principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.) non è persuasiva e finisce per provare troppo. Portando l’obbligatorietà alle estreme conseguenze, tutte le cause di improcedibilità, tranne forse quella legata alla morte del reo, dovrebbero essere sospettate di incostituzionalità, ma così certamente non può essere, essendo stata sempre ammessa dalla giurisprudenza costituzionale la possibilità per il legislatore di prevedere condizioni di procedibilità. Al limite, sarebbe opportuno un riordino delle categorie dogmatiche della non punibilità e della improcedibilità

⁴ V., per tutti, CORDERO, *Procedura penale*, Roma, 2012, 985-986.

⁵ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 986.

che spesso operano in modo confuso con sovrapposizione di piani⁶. Anche la critica legata al fatto che l'improcedibilità condurrebbe alla vanificazione delle eventuali misure disposte o da disporre a favore della parte civile, costretta a rinnovare in una diversa sede processuale le sue pretese risarcitorie, appare destituita di fondamento. Le pretese risarcitorie potranno sempre essere fatte valere nella sede propria (quella civile) e comunque l'inconveniente sarebbe esattamente uguale a quello che già oggi accade con la prescrizione sostanziale del reato.

Apparentemente più sottile è l'argomento per cui la prevalenza della sentenza di improcedibilità su ogni altra formula, inclusa l'eventuale assoluzione disposta in primo grado e impugnata dal pubblico ministero, condurrebbe a una paradossale *reformatio in peius* per decorso del tempo. A differenza della prescrizione sostanziale - che consente la pronuncia dell'assoluzione se risulta evidente l'innocenza dell'imputato - la 'improcedibilità' precluderebbe qualsiasi indagine di merito sia a favore sia a carico. Il rimedio è - o era, non vi è certezza al riguardo - contenuto nello stesso disegno di riforma ed è l'abrogazione del potere di impugnazione del pubblico ministero avverso le sentenze di assoluzione, soluzione a favore della quale militano altre consistenti ragioni di rilievo costituzionale⁷.

In ogni caso, l'imputato assolto "nel merito" in primo grado e prosciolto con sentenza di non doversi procedere per estinzione dell'azione in appello non subirebbe alcun pregiudizio sostanziale, nemmeno in termini di "immagine", dato che l'unico vero accertamento a suo carico rimarrebbe quello ampiamente liberatorio di primo grado.

Non convince nemmeno l'ultimo argomento critico rivolto alla processualizzazione del fenomeno estintivo, posto che anche le condizioni di (im)procedibilità, incidendo sulla punibilità in concreto⁸, trovano necessariamente copertura costituzionale nel principio di irretroattività sfavorevole sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

Si è già efficacemente ricordato come «l'art. 25, 2° comma, ci offre un suo parametro, per così dire autosufficiente, proprio perché la proibizione costituzionale cade su ogni norma che determini l'essere o non esser condanna»⁹ e

⁶ Già GAITO, *Procedibilità (condizioni di): b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 805 ss. segnalava il problema nel contesto di un'innovativa prospettiva di ricostruzione sistematica.

⁷ Per l'esposizione delle quali sia consentito rinviare a MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 173 ss.

⁸ Cfr. ancora GAITO, *Procedibilità*, cit., 807

⁹ NOBILI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro. It.*, 1998, 318-319.

tra queste norme certamente rientrerà il nuovo art. 344-bis c.p.p.

3. *Le ragioni della incostituzionalità* - Gli errori commessi dal legislatore di mezza estate sono ben altri, ma le critiche possono solo essere abbozzate in questa sede, con riserva di svilupparle più adeguatamente in un momento successivo.

Posto che l'improcedibilità dell'azione per decorso del tempo viene necessariamente attratta nell'alveo della garanzia costituzionale dell'art. 25 comma 2 Cost., il corollario indefettibile dovrebbe essere quello della prevedibilità della sua applicazione.

Al contrario, il testo licenziato dal Governo lascia al giudice ampi margini di discrezionalità nel modulare il tempo dell'estinzione dell'azione in funzione della complessità dei giudizi di impugnazione, discrezionalità che retroagisce alle scelte del pubblico ministero in ordine alla celebrazione o meno del *simultaneus processus*.

Una causa di improcedibilità da cui dipende la punibilità in concreto non può che essere tassativamente predeterminata dalla legge nel suo esatto perimetro applicativo, senza lasciare al giudice il potere discrezionale di proroga di un anno per l'appello e di sei mesi per la cassazione.

Ulteriori proroghe potranno essere concesse in funzione della tipologia del reato e sembra di capire che queste proroghe si aggiungeranno a quelle "ordinarie" determinate dalla complessità del processo, senza peraltro stabilire nemmeno il numero massimo delle proroghe possibili.

I reati per i quali saranno ammesse le proroghe ulteriori coincidono più o meno con quelli del già tristemente noto doppio binario processuale: mafia, terrorismo, stupefacenti, violenza sessuale aggravata. Tuttavia, quando ricorrerà solo l'aggravante di mafia ex art. 416-bis.1 c.p. le proroghe avranno un tetto massimo complessivo di tre anni nel giudizio d'appello e di un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione.

Senza entrare troppo nei dettagli di un elenco che, come sempre, si presterà a critiche di ragionevolezza in funzione dell'inclusione o dell'esclusione di singole fattispecie, la vera e più profonda critica va rivolta alla logica delle discipline processuali differenziate.

Distinguere il tempo della improcedibilità in funzione del *nomen iuris* è palesemente contrario all'art. 27 comma 2 Cost. L'imputato di reati gravi o socialmente percepiti come tali viene considerato per ciò stesso pericoloso. L'imputato pericoloso è, però, un ossimoro, una *contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo, a partire dalla presunzione

d'innocenza. E' la stessa funzione cognitiva del giudizio a postulare il netto rifiuto di una pericolosità presunta dell'imputato, fondata sulla tipologia del reato contestato, senza nemmeno considerare la concreta gravità del fatto descritto nella imputazione. Quello che va accertato all'esito del processo, la responsabilità per il fatto tipico, non può divenire il presupposto per un trattamento deteriore del soggetto nei cui confronti si procede.

L'unico angusto e residuo spazio per teorizzare una pericolosità dell'imputato, non contrastante con la presunzione di non colpevolezza, sarebbe rappresentato dalla insicurezza riscontrata nel processo, e quindi non dimostrata dalla pendenza del processo in sé. Al contrario, una pericolosità connessa alla mera imputazione, che dunque prescinderebbe dalla valutazione di specifiche condotte tenute nel corso del processo o di particolari condizioni personali associate a contegni pericolosi, non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un sistema processuale schiettamente garantista e doverosamente improntato all'osservanza della disciplina costituzionale.

Interpretando rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da improprie finalità teleologiche di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della devianza. È dunque un falso problema, frutto di un marchiano errore di impostazione, quello di ritenere il garantismo processuale un ostacolo alla lotta alla criminalità: «un codice di procedura penale può anche essere, indirettamente, uno strumento di difesa sociale, ma solo nel senso che riesca a funzionare in modo tale da assicurare che i colpevoli siano puniti nel più breve tempo possibile (ed a maggior ragione siano assolti gli innocenti). È sempre vero ed attuale, a questo proposito, l'insegnamento di Cesare Beccaria, secondo il quale la sanzione, per essere efficace, deve essere soprattutto, pronta, oltre che giusta»¹⁰. Nell'economia del futuro art. 344-bis c.p.p., con i tempi dilatati delle impugnazioni, la sanzione penale non sarà certamente "pronta".

Il tema della diversa graduazione delle garanzie processuali in funzione della gravità del reato (doppio binario), peraltro valutata solo in astratto, non trova, dunque, riconoscimento nel sistema costituzionale. Tuttavia, volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario, e prendendo le mosse dal presupposto incontestabile che il giusto

¹⁰ PISAPIA, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, 27.

processo è lo scudo offerto all'imputato per proteggersi dalle accuse che gli vengono mosse dal pubblico ministero, l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione un incremento delle garanzie processuali dell'accusato.

Siamo purtroppo ben lontani da questa logica e per l'imputato pericoloso si profila un processo dai tempi indefiniti per il quale nemmeno la logica dei due orologi servirà da scudo.

Il risultato del compromesso politico è deludente e pone l'inquietante interrogativo di come si possa legiferare in palese spregio dei valori costituzionali, propugnando l'obiettivo della riduzione del 25% della durata dei processi con una riforma che inevitabilmente e matematicamente ne determinerà l'aumento complessivo.

Nessuno può seriamente contestare che, da sempre, i tempi del processo sono dettati dalla prescrizione e il giudice si regola nel cadenzare le sue attività in funzione del rispetto dell'orologio che proprio la prescrizione mette sul suo tavolo. Se le lancette di questo orologio segneranno tre anni in più (quando andrà bene) per i giudizi di impugnazione che si andranno ad aggiungere ai termini della prescrizione sostanziale, ciò significherà inevitabilmente un aumento generalizzato della durata dei processi che passeranno, ad esempio, dal valore medio di sette anni e mezzo a dieci anni e mezzo e forse sensibilmente di più, a seconda di come verranno modificati gli aumenti dovuti agli atti interruttivi della prescrizione del reato. Comunque ben oltre i termini di durata ragionevole che vorrebbe l'Europa (per la precisione la Grande Europa del Consiglio d'Europa). Il rapporto CEPEJ del 2012 aveva individuato le soglie massime di durata ragionevole: per un processo normale, che per noi potrebbe riguardare le contravvenzioni, svoltosi nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, quattro anni e tre mesi; per un processo complesso, che per noi potrebbe riguardare i delitti e comunque gli accertamenti, appunto, complessi, svoltosi sempre nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, otto anni e cinque mesi¹¹.

L'unico elemento di parziale consolazione rimane l'abbandono del processo infinito e dell'imputato eterno giudicabile che segnerà un lieve miglioramento

¹¹ Cfr. *Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) - Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Etat au 31 juillet 2011)*. Questi dati risultano sostanzialmente confermati anche dalla più recente *Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme* adottata sempre dal CEPEJ nel corso della trentunesima riunione plenaria tenutasi a Strasburgo il 3 e 4 dicembre 2018.

rispetto allo *status quo ante*, almeno per tutti coloro i quali avranno la fortuna di non vedersi contestare reati del doppio binario o di non incappare in maxiprocessi.

Non è molto, ma è sempre meglio della tristemente nota riforma Bonafede che, comunque, era destinata a una pressoché certa declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza¹².

¹² Sul punto, v. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in questa *Rivista*, 2021.