

## ANTICIPAZIONE

### Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)\*

Filippo Raffaele Dinacci

**SOMMARIO:** 1. - Il tema tra libero convincimento ed «emozioni» valutative. - 2. Prova e limiti della conoscenza giudiziale. - 3. Regole di esclusione e di valutazione. - 4. Il diverso perimetro delle regole di valutazione e delle regole di giudizio. - 5. Regole di valutazione imposte da altre decisioni. - 6. I requisiti corroboranti. - 7. I criteri valutativi di fonte europea. - 8. Le regole di giudizio. - 8.1 I provvedimenti in indagini preliminari su sfere costituzionalmente protette. - 8.2 L'archiviazione. - 8.3 La sentenza di non luogo a procedere. - 8.4 La decisione sul merito dell'accusa. - 8.4.1 La rilevanza innovativa del ragionevole dubbio. - 8.5 Prova scientifica e ragionevole dubbio. - 9. Il controllo sulla corretta applicazione delle regole di giudizio. - 10 Ragionevole dubbio e revisione. - 11. I casi di sottrazione alle ordinarie regole di giudizio. - 11.1 Il rito monitorio. - 11.2 L'applicazione di pena su accordo delle parti. - 11.3 Il procedimento di oblazione. - 11.4 I limiti di prevalenza della formula di merito su quella in rito.

#### 1. Il tema tra libero convincimento ed «emozioni» valutative.

L'approccio allo studio delle regole di giudizio implica delle trasversalità con il c.d. principio del libero convincimento ed, in particolare, con quelle regole logiche e giuridiche attraverso cui lo stesso viene applicato <sup>(1)</sup>. Occorrerà quindi analizzare i sentieri epistemologici delle regole di valutazione e di esclusione <sup>(2)</sup>. Queste, infatti, si pongono come indiscussi limiti all'operatività incondizionata del libero convincimento da cui potrebbero derivare «errori o l'arbitrio del giudice» <sup>(3)</sup>. Quel che qui viene in rilievo sono i «percorsi interni» della decisione ed il modo in cui il legislatore ha tentato di «normativizzarli». E, sul punto, è d'obbligo una considerazione. Per quanto ci si sforzi a disciplinare una regola di giudizio, quest'ultimo resta comunque affidato ad una componente emozionale del giudicante. Il dato su cui si deve esprimere il giudizio attinge contemporaneamente la sfera conoscitiva ed emozionale del soggetto senza alcuna possibilità di poter distinguere i due momenti.

---

\* Questo contributo è destinato al *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, X Agg., 2013, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Sul tema si rimanda a NOBILI, *Storia d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, RIDPP, 2003, 71; ID., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 50.

<sup>2</sup> Sull'argomento cfr. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 355.

<sup>3</sup> Così, GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, 160.

La considerazione deriva dalla consapevolezza che non esiste una sfera conoscitiva separata da una sfera emozionale (<sup>4</sup>). Pertanto, una presa di coscienza rispetto al dato implica l'influenza in misura maggiore a volte del momento conoscitivo a volte di quello emozionale, senza che nessuno dei due possa mai venire isolato dall'altro, in un'operazione densa di rapporti scambievoli il cui rispettivo peso dà l'impressione di potere essere colto soltanto rispetto a «quei casi in cui l'usualità ricorrente dell'atteggiarsi in un senso determinato della coscienza emozionale della percezione del dato, sembra annullare il momento valutativo e lasciare in rilievo quello meramente conoscitivo» (<sup>5</sup>), con la conseguente impossibilità di distinguere i giudizi di fatto da quelli di valore.

Il rilievo rende consapevoli delle limitate capacità delle regole di giudizio a perimetrare in vincoli normativi la relativa funzione.

E ciò tanto più ove si consideri che il giudice è chiamato a valutare un fatto che è stato ma che non è più (<sup>6</sup>); quindi, dovendo necessariamente ricostruire quello che è stato, dovendo far rivivere una vicenda della vita attraverso la rappresentazione che ne fanno altri è d'obbligo ricorrere ad un percorso inferenziale i cui momenti di collegamento tra i dati conoscitivi risentono inevitabilmente del giudizio di valore colto dal giudicante (<sup>7</sup>).

In tale prospettiva le regole di giudizio si pongono quale contrappeso normativo alla eccessiva dilatazione della sfera emozionale della decisione e costituiscono uno strumento ulteriore di controllo sulla giustificazione razionale della stessa. In sostanza, se è vero che la regola di giudizio non può essere normativizzata, è anche vero che il modo di utilizzo della stessa entra a pieno titolo nello statuto epistemologico della decisione. Non a caso, l'art. 192 c.p.p. impone che il giudice, nella valutazione della prova, dia conto in motivazione non solo dei risultati acquisiti ma anche «dei criteri adottati». In tale modo, la funzione di controllo del giudizio assegnata alla motivazione (<sup>8</sup>) si arricchisce

---

<sup>4</sup> In tal senso, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 170.

<sup>5</sup> Così MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 259.

<sup>6</sup> In questa direzione cfr. ancora, volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale*, cit., 171.

<sup>7</sup> Il giudice e tutti gli altri soggetti del processo, «si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare con l'intelligenza col sentimento ad un momento della vita che è passata: a fermare ed a rivivere il già vissuto. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa attraverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. E' un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. E' un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni, che significano, ma non sono la cosa significata» (CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59).

<sup>8</sup> Sull'istituto si rimanda per tutti a AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», in *Enc. Dir.*, Milano, XXVII, 1977, 185.

del dovere di osservanza alle specifiche regole di giudizio la cui violazione risulta sindacabile non solo sotto il profilo della razionalità dell'apparato giustificativo della decisione, ma anche avuto riguardo alla violazione di legge <sup>(9)</sup>.

## 2. Prova e limiti della conoscenza giudiziale.

Delineati così i limiti e la funzione delle regole di giudizio occorre da subito segnalare come la loro previsione si inserisca in una concezione «legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche ma i modi di produzione della verità» <sup>(10)</sup>.

Il fine del processo, infatti, non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, ma è anche e soprattutto il fatto che la lotta contro il crimine sia condotta «in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole» <sup>(11)</sup>.

La prospettiva assiologica di fondo la si rinviene nella consapevolezza che il sapere giudiziale incontra dei limiti <sup>(12)</sup> scaturenti da specifici diritti. Potere e limite, quindi, risultano essere le caratteristiche dell'accertamento giudiziale. Il metodo con cui si «indaga deve, dunque, costituire di per sé un valore perché - purificando il materiale della decisione - restringe il campo in cui si esercita l'arbitrio del giudice» <sup>(13)</sup>.

Pertanto, l'osservanza di un metodo legale probatorio è imposta anche dalla consapevolezza che esso costituisce un valore in quanto tutela da degenera-

---

<sup>9</sup> Sul punto, Cass. pen., sez. I, 14-5-2004, G., CP, 2005, 3, 759, dove si è rilevato che «il controllo affidato alla Corte di cassazione sulla struttura e sulla congruenza logica della motivazione involge anche l'osservanza del principio dell'«oltre il ragionevole dubbio», che non può dirsi certamente rispettato quando la pronuncia di condanna si fonda su un accertamento giudiziale non sostenuto dalla certezza razionale, ossia da un grado di conferma così elevato da confinare con la certezza. Il principio dell'«oltre il ragionevole dubbio» rappresenta il limite alla libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi, confinanti con l'arbitrio».

<sup>10</sup> In tal senso, cfr. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 15.

<sup>11</sup> Così NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 24.

<sup>12</sup> Da tempo si è affermato che il fine del processo penale non è quello di «affliggere di pena un reo in qualunque modo» muovendo una specifica critica «a chi a tempi nostri tiene il rito e le forme in conto di cerimonie vane, ripetendo sempre che il rito vero sta nella coscienza dei magistrati». Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Livorno, I, 1843, 396.

<sup>13</sup> In tal senso ancora NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 26. Sul tema si era specificato che «la legge toglie di mezzo alcune prove e depura e rende legali col suo metodo quelle che la prudenza del magistrato è in arbitrio di raccogliere; sopra queste sole egli può esercitare la critica; in ciò solo vale la regola che sta nel suo arbitrio, la questione di fatto». Così NICOLINI, *Della procedura penale*, II, cit., 783.

zioni decisorie attraverso il presidio di limiti conoscitivi per il giudice <sup>(14)</sup>. In tal modo le regole gnoseologiche non realizzano inutili formalismi ma, quali specifiche espressioni di un valore, costituiscono un approdo che rappresenta un'esigenza etica da rispettare: il risultato del processo conta almeno quanto il modo con cui lo si raggiunge <sup>(15)</sup>.

Si coglie, così, un'etica della legalità imposta ancor di più in sede probatoria atteso che la sanzione per l'inosservanza delle regole del relativo procedimento mira a garantire quei principi che, per l'appunto, quelle forme intendevano tutelare. Emerge, in tal modo, il valore contenutistico del formalismo «complemento inseparabile della libertà dell'individuo» <sup>(16)</sup> pervenendosi al binomio «legalità e giustizia». Quest'ultima non si può perseguire senza la prima. Ed, a ben vedere, è proprio questa la funzione della norma processuale. Infatti, mentre il diritto sostanziale costituisce, con il suo apparato sanzionatorio, la «cintura del principe», il diritto processuale realizza quell'insieme di regole attraverso le quali deve o può trovare applicazione la norma penale; in altre parole, costituisce un apparato normativo che ha la funzione di limitare e non di estendere il potere di chi lo esercita. Si è, quindi, al cospetto di un sistema di garanzia dell'individuo a fronte dell'aggressione che a questi porta l'autorità attraverso l'instaurazione di un procedimento <sup>(17)</sup>.

Si comprende, pertanto, perchè spesso e volentieri le regole processuali generino momenti di insofferenza operativa. Dietro lo schermo di un disprezzo delle forme quali inutili pretesti idonei solo a ritardare l'accertamento, non si tollera che il principio di legalità del processo imponga un'ideologia della procedura «come regola superiore e come limite al potere della magistratura»

<sup>14</sup> Sul valore delle forme processuali, con particolare riferimento al metodo probatorio, v. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, III, Prato, 1886, 215, dove si precisa che la prova è sempre un atto legittimo tanto nell'ipotesi di prova legale quanto in quella di prova libera o «morale». Nel primo caso si tratterà di atto legittimo nella sostanza e nella forma, nel secondo di un atto legittimo nella forma e razionale nella sostanza.

<sup>15</sup> Sul punto si rimanda a CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Milano, 1966, 220, dove si specifica che «giudicare un nostro simile è impresa terribile che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato. Si possono immaginare un processo dal quale, comunque le cose vadano, la civiltà riesce umiliata ed un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori».

<sup>16</sup> Così MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, 1, Gallimard, 865.

<sup>17</sup> Spesso le attività processuali legittime si distinguono dagli atti illeciti solo per il rispetto delle forme. Queste, infatti, costituiscono fonti attributive di un potere ed in mancanza delle stesse quella stessa attività può addirittura costituire reato. Sul tema si rimanda a NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"?*, CD., 1994, 67, dove si afferma che «è davvero ineccepibile l'apparente provocazione con cui il mio insegnante iniziò il suo corso universitario, lì per lì turbando non poco noi studenti: ciò che distingue la violenza del bandito o del giustiziere da quella del poliziotto è la divisa».

(<sup>18</sup>). Anzi, quel principio di legalità, inteso in senso lato, significa «un complessivo sistema penale governato eminentemente dalla legge intesa come entità estranea, “altra”, se non addirittura contrapposta rispetto a chi deve applicarla» (<sup>19</sup>). Di qui le reazioni verso ogni limite decisorio. Dalla condanna a chi si difende dal processo e non nel processo; alla pretesa di collocare «legalità e garanzia (...) nell’etica della responsabilità anziché in quella delle forme» (<sup>20</sup>).

Del resto non deve sfuggire come l’ordinamento, anche sotto un profilo sistematico, nel dedicare un libro autonomo alla disciplina delle prove rende ragione di una particolare attenzione attraverso cui si è operato un «traghetamento» verso un processo di tipo cognitivo in cui i modi di conoscenza non sono «onnivori», (<sup>21</sup>) ma anzi l’acquisizione del dato conoscitivo risulta possibile solo in un determinato ambito rilevando a tal fine «la modalità di formazione, i soggetti che potranno intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura» (<sup>22</sup>). Ne consegue la consapevolezza che la procedura ed il sistema probatorio non costituiscono un mero strumento tecnico e come tale neutro, indipendente dai valori (<sup>23</sup>); al contrario, la disciplina della prova è diretta espressione dei principi costituzionali in quanto riflette in modo immediato le scelte ideologiche del legislatore (<sup>24</sup>).

In linea con la segnalata ideologia probatoria il legislatore si premura di precisare, con l’art. 526 c.p.p., che il giudizio può realizzarsi solo sulle «prove legittimamente acquisite». Si evidenzia così come, prima ancora degli aspetti regolamentari della prova, il diritto probatorio sia diretto a garantire la legittimità della regola posta a fondamento del convincimento del giudice (<sup>25</sup>).

### 3. Regole di esclusione e di valutazione.

In tale prospettiva, ai fini di un’analisi diretta ad approfondire i limiti e i poteri di giudizio, la distinzione classificatoria tra regole di esclusione e regole di

<sup>18</sup> Così NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, RIDPP, 1995, 650.

<sup>19</sup> Così ancora NOBILI, *Principio di legalità*, cit. 650.

<sup>20</sup> Nel senso criticato nel testo FASSONE, in *Processo penale e criminalità*, Bari, 1993, 232.

<sup>21</sup> Sul punto v. MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 46.

<sup>22</sup> Così NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 11.

<sup>23</sup> Sul punto, DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli, Milano, II, 1991, 184; si vedano altresì le acute considerazioni di GIULIANI, «Prova (filosofia)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXXVII, 1988, 522 s., secondo il quale, storicamente parlando, per quasi due millenni il campo del dominio della verità è stato conteso fra la logica e l’etica. Pertanto il problema tecnico del processo sul tema della prova sfocia nel problema etico nel senso che il problema della verità non riguarda solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

<sup>24</sup> Così, esattamente, BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 108.

<sup>25</sup> In questa direzione cfr. volendo DINACCI, *L’inutilizzabilità*, cit., 21.

valutazione appare sterile e priva di utilità concreta <sup>(26)</sup>. Quel che conta è individuare i segmenti di discrezionalità in cui si inseriscono le regole di valutazione attraverso le quali il giudice giunge alla decisione. E tali segmenti sono rinvenibili anche con riferimento a fattispecie che configurano veri e propri «divieti d'uso» del dato conoscitivo ma che, in presenza di certe condizioni, dettano i modi attraverso cui quel dato conoscitivo può essere utilizzato e deve essere valutato.

Emblematico in tal senso è l'art. 192 c.p.p. laddove, nel prevedersi che le dichiarazioni degli imputati di reati connessi o collegati sono valutabili «unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità», si sancisce un'esclusione dal materiale conoscitivo del giudice in mancanza degli «altri elementi di prova» <sup>(27)</sup>. Del pari, con riferimento all'indizio, se mancano i requisiti della gravità precisione e concordanza al giudice è preclusa ogni utilizzazione del dato noto non oggetto di prova da cui, attraverso un'inferenza, si approda al dato ignoto oggetto di prova.

Qui non si tratta di una regola che impone al giudice come valutare una prova, bensì cosa valutare. Si è quindi al di fuori del campo di azione di una vera e propria regola di giudizio, rientrandosi più esattamente in un limite d'uso del dato conoscitivo. Né pare colga nel segno la pur pregevole obiezione secondo cui le regole enunciate nell'art. 192 c.p.p. si limiterebbero a dettare ex post un criterio di valutazione non impedendo che il dato acceda ex ante alla conoscenza del giudice. In tale evenienza, infatti, il criterio influirebbe sul valore della prova sino ad annullarla in assenza di taluni requisiti ma non si tratterebbe di inutilizzabilità vera e propria <sup>(28)</sup>.

Al riguardo è sufficiente rilevare come il criterio distintivo fondato sul divieto di conoscenza ex ante e sul divieto di valutazione ex post non tenga conto del fatto che l'inutilizzabilità, potendo essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento, si presta ad inibire l'uso del dato conoscitivo anche dopo che il giudice ne abbia preso conoscenza.

<sup>26</sup> In una diversa visione metodologica sembra porsi DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 3 e 95.

<sup>27</sup> Nella prospettiva indicata nel testo cfr. CONSO, BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 1992, 346; DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., 190; NOBILI, *Art. 192*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, II, 1990, 414.

<sup>28</sup> Così FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 332. Si veda altresì, GRIFANTINI, «Inutilizzabilità», in *D.I.*, VII, Torino, 1993, 248, dove si precisa come sia «vero che anche l'inutilizzabilità si traduce in un limite alla libertà di valutare: in questo caso, però, tale limite rappresenta un effetto del divieto di assumere la prova; nel caso dell'art. 192 c.p.p., invece, discende da una norma che precostituisce il valore delle prove ammissibili».

E la conclusione appare tanto più evidente nella misura in cui si abbiano presenti le caratteristiche del procedimento probatorio <sup>(29)</sup>.

I vizi dello stesso, come noto, si riflettono sia sul momento acquisitivo sia su quello valutativo. Tale linea prospettica ha ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione laddove hanno precisato, sia pure in tema di inutilizzabilità derivate da uno *ius superveniens*, che i profili di utilizzabilità-inutilizzabilità della prova devono essere riferiti anche al momento della decisione e non solo a quello dell'acquisizione, precisandosi come la scelta interpretativa derivi da una distinzione tra l'atto «che si esaurisce senza residui nel suo attuale compimento (...) e quello che, invece, non ha mera funzione auto-referenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla sua successiva attività cognitiva cui esso è destinato, come è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momenti di assunzione e di ammissione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione *ope iudicis*» <sup>(30)</sup>.

In ogni caso, non potendosi prescindere da considerazioni contenutistiche del dato di legge, occorre rilevare come la disciplina dell'art. 192 c.p.p. non consenta al giudice un giudizio di attendibilità-inattendibilità del dato conoscitivo, bensì gliene preclude l'uso in carenza di alcuni presupposti.

Del resto, se l'area di confine dell'inutilizzabilità fosse da individuare nella possibilità del dato probatorio di accedere alla conoscenza del giudice, si dovrebbe escludere da tale ambito la previsione dell'art. 63, comma 1, c.p.p..

In quella sede, infatti, le dichiarazioni autoincriminanti, potendo essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal dichiarante, accederebbero alla conoscenza del giudice pur in presenza di una espressa previsione di inutilizzabilità. Stessa situazione è rinvenibile anche con riferimento all'art. 513, comma 1, c.p.p. ed, in genere, a tutte quelle situazioni processuali in cui il regime di inutilizzabilità della prova è differenziato a seconda dei soggetti.

Si pensi ai limiti di utilizzabilità *ad personam* previsti dagli artt. 197 bis, comma 5; 238, comma 2 bis e 4; 403 e 500, comma 3, c.p.p..

Anche in tali casi vi è una espressa comminatoria di inutilizzabilità con riferi-

<sup>29</sup> In genere, sulla nozione di procedimento si rimanda a CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1982, 124; con specifico riguardo alla serie probatoria, cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 52.

<sup>30</sup> Così Cass. S.U., 25-2-1998, Gerina, *CP*, 1998, 1951; Id., S.U., 13-7-1998, Citaristi, *ivi*, 1999, 112. In senso contrario, si è posto più di recente un altro pronunciato delle Sezioni Unite il quale però si caratterizza come un *obiter* privo di ogni supporto argomentativo (Cass. S.U., 26-11-2003, Gatto, in *CP*, 2004, 1217). Sul tema dell'efficacia temporale del novum normativo in sede processuale sia consentito il rinvio a DINACCI, *La disciplina transitoria*, in *Novità su impugnazioni e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 225. Sull'argomento, per la prospettazione di una diversa interpretazione, cfr. MAZZA, *La nuova procedura penale nel tempo*, Milano, 1999, 120.

mento ad un dato probatorio comunque conosciuto dal giudice. Stessa cosa dicasi con riferimento alle cc.dd. ipotesi di prova consensuale. Anche in quella sede il consenso espresso da un imputato conferma l'inutilizzabilità del dato conoscitivo acquisito al di fuori delle forme del contraddittorio. Infatti, a prescindere dalla problematica relativa al fatto se l'accordo sulla prova si debba raggiungere anche con riferimento alle parti eventuali del processo <sup>(31)</sup>, non pare potersi dubitare che, in ipotesi di processi cumulativi, il consenso prestato da uno degli imputati non possa vincolare gli altri all'utilizzazione della «prova negoziata». Né è immaginabile che sia necessario il consenso di tutti gli imputati. La prospettiva contrasta col dato di legge. Infatti, gli artt. 431, comma 2, 493, comma 3 e 500, comma 7, c.p.p. fanno riferimento solo alle «parti» e non a «tutte» le parti. Del resto, come si è visto, la conclusione si pone in linea con l'assetto codicistico che conosce forme di utilizzabilità-inutilizzabilità soggettiva.

Ad ulteriore conferma della linea prospettica tracciata si pone l'art. 526, comma 1 bis, c.p.p.. In quella sede, precisandosi che la «colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore», si è introdotta una norma di chiusura <sup>(32)</sup> con la quale si è inteso fornire copertura ad ipotesi normative in grado di aggirare il metodo del contraddittorio. In sostanza, anche nelle ipotesi in cui i casi di letture disciplinate dall'art. 514 c.p.p. dovessero consentire un'acquisizione delle precedenti dichiarazioni, le stesse non possono considerarsi per ciò stesso utilizzabili, dovendo operare l'ulteriore filtro introdotto con l'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. posto a tutela del diritto a confrontarsi con l'accusatore <sup>(33)</sup>. Una dimensione applicativa la si rinviene negli artt. 512 e 512 bis c.p.p., laddove si prevede la lettura di atti irripetibili o dei verbali di dichiarazioni rese da un soggetto di cui «non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale».

Tali fattispecie devono essere necessariamente integrate dal limite scaturente dall'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. nel punto in cui subordina l'utilizzabilità del materiale conoscitivo al requisito della volontarietà della sottrazione all'esame da parte di chi in precedenza aveva rilasciato dichiarazioni <sup>(34)</sup>.

<sup>31</sup> In senso favorevole cfr. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 190; ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, 92.

<sup>32</sup> Sul punto v. CONTI, *Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 39.

<sup>33</sup> Così, esattamente, CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 39.

<sup>34</sup> Sul tema cfr. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, Padova, 2003, 425; FERRU, *Una garanzia "finale" a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1 bis c.p.p.*, in *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 521; VALEN-



A prescindere dalle letture riduttive fornite dalla giurisprudenza relativamente al campo di azione dell'art. 526, comma 1 bis, c.p.p.<sup>(35)</sup>, quel che preme rilevare è il fatto che, anche in questo caso, l'inutilizzabilità è prevista proprio con riferimento a quei dati conoscitivi che già risultano acquisiti.

Pertanto il criterio dell'avvenuta conoscenza da parte del giudice del dato conoscitivo non è elemento dirimente per catalogare un divieto d'uso o un criterio di valutazione. In ogni caso senza perdersi in inutili etichette classificatorie occorre prendere atto che sussistono fattispecie processuali che si atteggianno, a seconda del verificarsi o meno di certe condizioni, come regole di esclusione o come regole di valutazione.

L'area di confine è di natura funzionale perché, al di là di fuorvianti classificazioni, può ritenersi di essere in presenza di una regola di valutazione nei limiti in cui il giudice potrà legittimamente utilizzare il dato conoscitivo<sup>(36)</sup>.

#### 4. Il diverso perimetro delle regole di valutazione e delle regole di giudizio.

Le regole di valutazione, però, non arrivano a toccare il tema di prova limitandosi a delineare fatti e condizioni in presenza dei quali il giudice sarebbe tenuto a ritenere sussistenti i fatti da provare<sup>(37)</sup>. Si tratta di una surroga di

---

TINI, *Impossibilità dell'esame dibattimentale del teste: divieto di acquisizione o semplice divieto di valutazione contra reum delle precedenti dichiarazioni?*, *DPP*, 2002, 1123.

<sup>35</sup> Con decisioni alquanto discutibili si è affermato che l'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. non è applicabile ai casi riconducibili agli artt. 512 e 513 c.p.p., in particolare nell'ipotesi di appurata irreperibilità sopravvenuta del dichiarante, trattandosi di situazione che realizza la fattispecie di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova nel contraddittorio delle parti; peraltro, con specifico riferimento all'ipotesi di cui all'art. 512 c.p.p., l'operatività della regola dell'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. a causa dell'irreperibilità del teste, comporterebbe una sostanziale e generale disapplicazione della disciplina relativa all'irreperibilità *ex post*. Si è così precisato che «ai fini dell'operatività (art. 526, comma 1 bis, c.p.p.) del divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente - in conformità ai principi convenzionali (art. 6 Cedu) - la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione» (Così Cass. S.U., 25-11-2010, De Francesco, *CP*, 2012, 858; Id., sez. IV, 10-12-2004, Alfieri, *ivi*, 2006, 1509; Id., sez. I, 9-10-2002, Nuredini Bujar, *ivi*, 2004, 1666).

<sup>36</sup> Si pensi al limite di utilizzabilità soggettivo. La prova che non è utilizzabile nei confronti di un soggetto può esserlo nei confronti di altri e quindi con riferimento a questi deve essere assoggettata alle regole di valutazione per essa previste.

<sup>37</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, in *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 819 s.: per riscontrare la presenza di una regola di valutazione «occorre che stia davanti al giudice un fatto diverso dal fatto da provare, che la legge stima collegato a quest'ultimo per guisa da far ritenere che dato il primo, ne consegue il secondo».

meccanismi processuali di accertamento attraverso i quali il giudice determina usualmente il valore conoscitivo delle prove <sup>(38)</sup>.

Sul punto, però, occorre chiarire la distinzione tra regole di valutazione della prova e regole di giudizio e cioè modalità di «valutazione probatoria complessiva nel momento decisorio» <sup>(39)</sup>. In sostanza, si deve prendere coscienza dell'esistenza di due differenti criteri l'uno valutativo, con riferimento al singolo esperimento probatorio, e l'altro decisorio inerente l'intero compendio conoscitivo. E, quel che più conta, è che tali momenti valutativi si adeguano per forza di cose a diversi criteri. Infatti, il giudice deve prima vagliare i singoli risultati probatori per poi procedere ad una valutazione complessiva che tenga conto di tutte le evidenze conoscitive disponibili e legittimamente utilizzabili <sup>(40)</sup>.

Il giudice, con riferimento ai singoli elementi di prova, è chiamato a dar conto, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., delle «massime di esperienza» utilizzate per valutare il «fondamento della prova» <sup>(41)</sup>. Così di fronte al singolo elemento di prova la funzione di giudizio si estrinseca in un'operazione inferenziale di natura probabilistica che non riguarda solo il singolo elemento di prova ma si estende alla valutazione dei «fatti secondari» <sup>(42)</sup> e cioè di quegli elementi necessari a raggiungere il grado di attendibilità del dato conoscitivo acquisito e la possibilità di comprensione dello stesso.

La realizzazione di tale attività può anche comportare un saggio di «resistenza» del singolo risultato probatorio con altre sequenze conoscitive senza però «sconfinare (...) nella valutazione complessiva ai fini decisorio» <sup>(43)</sup>. Peraltro, è stato correttamente posto in luce che quand'anche il giudice, nella considerazione del singolo elemento di prova, dovesse fare applicazione di «leggi universali, logiche o scientifiche non probabilistiche, il ben più pregnante apprezzamento congiunto dei fatti secondari richiederà sempre l'impiego di massime di esperienza con la conseguenza che l'inferenza che conduce dall'elemento al risultato di prova sarà necessariamente connotata da una probabilità logica» <sup>(44)</sup>. In sostanza, quel che occorre evidenziare è che il giudice, nella valutazione del singolo risultato probatorio, non necessariamente

<sup>38</sup> In tale direzione DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 98.

<sup>39</sup> In tal senso v. le corrette argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 363.

<sup>40</sup> Sul tema cfr. UBERTIS, *Fatto prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, 178.

<sup>41</sup> Sul tema cfr. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 80; da ultimo, cfr. pure le puntuali argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 364.

<sup>42</sup> Così UBERTIS, *La prova penale*, cit., 25.

<sup>43</sup> Cfr. MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 364.

<sup>44</sup> Vedi ancora MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 364.

deve giungere ad una affermazione o negazione dell'elemento di fatto costituente il tema di prova, potendo limitarsi anche al raggiungimento di un elemento conoscitivo incerto. In questa sede non necessariamente il risultato di prova deve caratterizzarsi in termini di certezza, potendo lo stesso essere comunque valutato, posto che l'ambiguità o non persuasività non consente equiparazioni alla prova fallita. Accade così che, con riferimento alla singola prova, sono ammissibili dati conoscitivi «connotati da un dubbio superiore a quello fisiologicamente implicato dalla influenza induttiva fondata su massime di esperienza»<sup>(45)</sup>. Di qui la conclusione che il risultato conoscitivo del singolo elemento di prova non soggiace a regole quali quelle dell'oltre ragionevole dubbio non dovendo sottostare ad un «giudizio assertorio di concludenza probatoria»<sup>(46)</sup>, dovendosi limitare a rispettare le regole di valutazione individuate dall'art. 192 c.p.p. quale limite al principio del libero convincimento.

Il singolo risultato di prova, quindi, viene poi considerato congiuntamente a tutte le evidenze disponibili al momento della decisione. Potrà, quindi, essere giudicato diversamente anche in ragione delle interferenze con altri dati conoscitivi che evidenziano ed impongono diverse massime di esperienza proprio in ragione della valutazione complessiva del quadro probatorio. In tale contesto l'influenza induttiva del giudice con riferimento al singolo mezzo di prova subisce delle inevitabili modificazioni determinate dalla valutazione congiunta di più elementi di prova o di più fatti secondari. E ciò non senza ribadire che la singola prova incerta la quale incide su un elemento di fatto determinante, pur non riuscendo a falsificare la proposizione probatoria, possa comunque giustificare una decisione che ritenga sussistere il «ragionevole dubbio».

Né quanto qui affermato pare possa essere contraddetto dall'evenienza in cui, nel processo, sia stato acquisito un unico elemento di prova con conseguente coincidenza tra il momento valutativo e quello decisorio. Al di là della particolarità di un caso, più unico che raro, occorrerà prendere atto che il risultato di prova deve comunque soggiacere alla regola di giudizio, non ravvisandosi in tale contesto alcuno schema di incompatibilità logica e giuridica<sup>(47)</sup>.

Le conclusioni raggiunte rilevano anche sotto un ulteriore profilo. Mentre l'attività di valutazione del singolo risultato probatorio non è condizionata al conseguimento di una soglia qualitativa di convincimento (c.d. libero convincimento) pur potendo essere assoggettata a regole prudenziali di valutazione (art. 192 cfr.), l'attività decisoria soggiace ad una precisa disciplina di giudizio

<sup>45</sup> In questi esatti termini si rinvia a MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 364.

<sup>46</sup> In tal senso UBERTIS, *La prova penale*, cit., 25.

<sup>47</sup> Sul tema si rimanda ancora alle puntuali argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 365.

individuabile di volta in volta in quella indicata dal legislatore con riferimento alla specifica funzione di giudizio che vede variare il parametro normativo di decisione a seconda della tipologia di pronuncia da adottare.

I rilievi formulati sembrano avere trovato il consenso dell'organo nomofilattico laddove si è precisato che in tema di valutazione delle prove «non può dirsi adempiuto l'onere della motivazione ove il giudice si limiti ad una mera considerazione del valore autonomo dei singoli elementi probatori, senza pervenire alla valutazione unitaria della prova (...). Viola tale principio il giudice che parcellizzi la valenza significativa di ciascun elemento probatorio, analizzandolo e valutandolo separatamente e in modo atomizzato dall'intero contesto probatorio, astenendosi dalla formulazione di un giudizio logico complessivo dei dati forniti dalle risultanze processuali, che tenga conto non solo del valore intrinseco di ciascun dato, ma anche e soprattutto delle connessioni tra essi esistenti» <sup>(48)</sup>.

## 5. Regole di valutazione imposte da altre decisioni.

Passando all'analisi delle singole regole di valutazione si deve prendere atto dell'esistenza di disposizioni normative che vincolano il decisum in favore del contenuto di una pronuncia giurisdizionale.

Una regola di questo genere è contenuta nell'art. 596, comma 4, c.p. laddove dispone che, nelle ipotesi di delitti contro l'onore, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato e se «la persona a cui il fatto è attribuito è condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo l'autore dell'imputazione non è punibile». Ne deriva che la condanna della persona a cui il fatto è attribuito è un evento da cui la legge «inferisce che l'ingiuria o la diffamazione non sussistono indipendentemente dalla presenza di altre prove che, in concreto dimostrino il contrario» <sup>(49)</sup>.

Analoga efficacia è riservata alle sentenze dibattimentali (o ad esse equiparate) irrevocabili di condanna o di assoluzione in rapporto ai giudizi civili o amministrativi. In tali evenienze, ricorrendo i presupposti previsti dalla legge <sup>(50)</sup>, il giudice civile o amministrativo è obbligato ad adeguarsi alla ricostruzione dei fatti in essa contenuta operata in sede di motivazione.

<sup>48</sup> Così Cass. pen., sez. II, 04-11-2010, C.M., in *DeG*, 2010.

<sup>49</sup> Così DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 99; nello stesso senso, CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 300.

<sup>50</sup> Si pensi ai cc.dd. limiti soggettivi, alle limitazioni della legge civile, alla prova della posizione soggettiva controversa, alla circostanza che nel giudizio civile o amministrativo si controverta intorno ad un diritto o interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale.

Al di là del dettaglio operativo delle singole fattispecie quel che preme rilevare è che, con esse, si introduce una valutazione legale obbligatoria originata da una decisione alla quale la legge conferisce effetto vincolante. In tal modo <sup>(51)</sup> si perviene a (pre)stabilire l'esito della decisione.

Tuttavia, tale risultato può realizzarsi nella misura in cui le regole di valutazione giudiziale prestabiliscano fatti pienamente corrispondenti a quelli che integrano la fattispecie da giudicare. In caso contrario, è cioè nell'evenienza in cui l'integrazione degli elementi della fattispecie non sia completa, il potere di valutazione del giudice riacquista libertà dovendo stabilire la capacità dell'esperimento probatorio a determinare, attraverso un collegamento inferenziale, il risultato di prova. Un'ipotesi di tale genere, che potrebbe ricorrere in concreto anche con riferimento alla disciplina delle cc.dd. interferenze di giudicato prevista dagli artt. 651 e ss. c.p.p., sembra già prevista in astratto dall'art. 238 bis c.p.p. laddove, nel disciplinare la prova per sentenza, specifica che il contenuto della stessa è valutato «a norma degli artt. 187 e 192 comma 3, c.p.p.». Tuttavia, nel caso di specie, l'efficacia dimostrativa del pronunciato è meno categorica. La disposizione, infatti, prevede che le sentenze «possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato»; si è in presenza di una facoltà dalla quale peraltro non scaturisce un obbligo di valutazione positiva dei fatti in quella sede accertati. Gli stessi potranno essere valutati dal giudice anche non necessariamente in linea con le valutazioni effettuate dalla decisione. Il quadro si completa col richiamo alla regola valutativa dell'art. 192, comma 3, c.p.p.. In tal modo, la decisione viene a perdere quel connotato di regola di valutazione positiva posto che si indirizza il giudizio vietandosi al giudice, in mancanza di certi presupposti, l'utilizzo della conoscenza che deriva da un dato probatorio. Solo nel momento in cui si è in presenza di quelle condizioni che consentono la conoscenza, e quindi, la valutazione giudiziale, si potrà fare ricorso alle ordinarie regole valutative, prima fra tutte, quella contemplata dall'art. 192, comma 1, c.p.p..

## 6. I requisiti corroboranti.

Proprio con riferimento alla disciplina contemplata nell'art. 192 c.p.p., indipendentemente da etichette classificatorie tendenti ad inquadrarle ora in regole di valutazione ora in regole di esclusione <sup>(52)</sup>, quel che qui conta è la circo-

<sup>51</sup> Inquadra tale evenienza nelle cc.dd. regole di valutazione positive DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 99.

<sup>52</sup> Nel senso che si è in presenza di una regola di valutazione cfr. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit. e DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 132; in senso contrario, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 25.

stanza che, avuto riguardo a specifiche tipologie di esperimenti probatori, si richiede per la loro valutazione una «corroborazione: esse proibiscono al giudice di condannare o comunque di ritenere accertato un fatto se non in presenza di altri elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità della prova stigmatizzata dal legislatore» <sup>(53)</sup>.

Non a caso l'art. 192, comma 2, c.p.p. esordisce con una negazione, «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi», per poi specificare quell'elemento che introduce la possibilità di considerare gli indizi stessi e, cioè, che siano «gravi precisi e concordanti». Le aggettivazioni qualificative cui ricorre il legislatore forniscono il senso della consapevolezza della presunzione di inattendibilità che circonda tale strumento probatorio <sup>(54)</sup>. Ed infatti l'indizio, proprio perché dimostrativo di un fatto noto non oggetto di prova da cui è ricavabile, tramite un'inferenza, il fatto ignoto oggetto di prova, è per sua natura equivoco. Basti pensare che il rapporto tra strumento probatorio e fatto da provare è indiretto e di natura logica e quindi, per definizione, variabile. In tale contesto anche le massime di esperienza non aiutano a conferire una maggiore affidabilità allo strumento probatorio. Ed allora, il limite o la possibilità di valutazione della c.d. prova indiziaria si sposta sul significato da attribuire alle aggettivazioni che devono connotare un indizio valutabile. Quanto alla gravità, correttamente si è rilevato come «etimologicamente la *gravitas* ci dà l'idea del peso dell'indizio», e cioè quando le influenze indiziarie impiegate per ciascuno di essi utilizzano massime di esperienza dotate di un alto grado di fondatezza <sup>(55)</sup>.

Sono precisi quando, effettuate le valutazioni di credibilità della fonte e di attendibilità del mezzo di prova, i risultati probatori sono certi e non suscettibili di diversa interpretazione <sup>(56)</sup>. Sono concordanti quando convergenti verso una ricostruzione del fatto che escluda percorsi alternativi, o meglio, che consenta della vicenda una trama coerente che possa resistere ad un giudizio di ragionevolezza <sup>(57)</sup>. Anche in sede giurisprudenziale si è precisato che «gravi sono gli indizi consistenti cioè resistenti alle obiezioni e quindi attendibili e convincenti; precisi non generici e non suscettibili di diversa interpretazione

<sup>53</sup> Così DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 121.

<sup>54</sup> Cfr. Relazione al progetto preliminare al nuovo c.p.p., Roma, 1988, dove a pag. 61 si rileva come nel processo penale sia necessaria «una regola che serva da freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali sul piano logico non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove».

<sup>55</sup> In tal senso UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 92.

<sup>56</sup> Sul punto v. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 205.

<sup>57</sup> In tal senso, ancora, IACOVIELLO, *La motivazione*, cit., 214; in giurisprudenza, si veda Cass. S.U., 12-7-2005, M., CP, 2005, 3732.

altrettanto o più verosimile e, perciò, non equivoci; concordanti sono quelli che non contrastano tra loro e più ancora con altri dati o elementi certi» <sup>(58)</sup>.

Pur nella consapevolezza della genericità di certe aggettivazioni, occorre rilevare come, tra queste, il richiamo alla concordanza consente di ancorare con maggiore concretezza il risultato di prova indiziario ad un parametro oggettivo. Concordanti, infatti, non significa solo che gli indizi debbano essere plurimi ma che tutti, nessuno escluso, debbano conferire efficacia ad un'ipotesi ricostruttiva con conseguente esclusione di decorsi alternativi. In tal modo l'indizio può assumere un maggiore grado di resistenza probatoria attenuandosi la sua strutturale «equivocità». Ora però, al di là degli sforzi ricostruttivi tendenti ad ancorare il risultato probatorio indiziario a canoni che lo sottraggono quanto più possibile a valutazioni «liberamente» discrezionali, l'esperienza concreta evidenzia come tale regola valutativa si sottragga ad ogni possibilità di normativizzazione.

Alla stessa conclusione deve pervenirsi anche con riferimento alla regole dettate dall'art. 192, comma 3, c.p.p..

In quella sede si prevede che le dichiarazioni rese dal «coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità» <sup>(59)</sup>.

Anche qui si è in presenza di una regola che consente la valutazione delle risultanze dichiarative solo se le stesse risultano accompagnate da altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

Il motivo di tale esclusione valutativa risiede nella consapevolezza che il dichiarante, in considerazione della sua posizione soggettiva, è portatore di un interesse nel processo e, quindi, tale circostanza lo pone in una presunzione di inattendibilità.

La genericità normativa con cui s'individua il riscontro in presenza del quale le dichiarazioni sono valutabili ha condotto ad un'ingente produzione giurisprudenziale <sup>(60)</sup> che ha sostanzialmente dettato le regole per come valutare le dichiarazioni «controvertibili». Si è così stabilito che «a norma di quanto stabilito dall'art. 192 comma 3 e 4 c.p.p., quando è tenuto a giudicare della valen-

<sup>58</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 04-12-2007, S., *GDit*, 2008, 10, 92. Negli stessi termini, cfr. Id., sez. I, 24-06-1992, Re., *RP*, 1993, 579.

<sup>59</sup> L'art. 192, comma 4, c.p.p. estende la regola anche alle dichiarazioni rese dalle persone imputate per reati collegati a quello per cui si procede. L'art. 192, comma 3, c.p.p. è inoltre richiamato in rapporto alla valutazione delle dichiarazioni dei testimoni assistiti (art. 197 bis, comma 6, c.p.p.), della presenza dei vari indizi di colpevolezza ai fini cautelari (art. 273, comma 1 bis, c.p.p.) e della valutazione come prova delle sentenze irrevocabili (art. 238 bis c.p.p.).

<sup>60</sup> Sul tema si rimanda alla ricostruzione effettuata da DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005, 160.

za probatoria di una chiamata in correità o in reità, il giudice deve innanzitutto affrontare il problema della “credibilità del dichiarante” (confidente e accusatore), in relazione, tra l’altro, alla sua personalità, alle sue condizioni economiche, al suo passato e ai suoi rapporti con l’accusato, alla genesi e alle ragioni che lo hanno indotto alla confessione e all’accusa a carico dei coautori e complici. In secondo luogo, deve valutare “l’attendibilità delle dichiarazioni” rese, verificandone l’intrinseca consistenza e le caratteristiche, alla luce di criteri quali, tra gli altri, quelli della spontaneità, precisione, completezza della narrazione dei fatti, coerenza e costanza. Infine, egli deve esaminare l’esistenza di “riscontri esterni”, ai fini della necessaria conferma di attendibilità. L’esame da parte del giudice deve essere compiuto seguendo l’indicato ordine logico, perché non si può procedere a una valutazione unitaria della chiamata e degli “altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità” se prima non si chiariscono gli eventuali dubbi che si addensino sulla chiamata in sé, indipendentemente dagli elementi di verifica esterni a essa»<sup>(61)</sup>.

Si richiede pertanto nel momento applicativo una verifica progressiva in grado di pervenire alla valutazione circa l’esistenza del riscontro solo se il giudizio sulla credibilità intrinseca del dichiarante e sull’attendibilità supera il vaglio. Si codifica così, anche nel metodo, un’eccezione al libero convincimento del giudice<sup>(62)</sup>. Sul punto si è rilevato come, in realtà, le condizioni richieste dall’art. 192, commi 2 e 3, c.p.p. sarebbero pleonastiche perché già imposte dalla logica induttiva che presiede all’accertamento di fatti nel processo<sup>(63)</sup>. Se ciò è vero deve tuttavia considerarsi come le regole di valutazione in esame, sia pure «figlie» dell’ordinaria logica induttiva, consentono, nell’ambito della stessa, di porre limiti al principio del libero convincimento<sup>(64)</sup>. Non può negarsi come tale risultato non sempre è perseguibile a causa di una disciplina di genere incapace a vincolare le forme di giudizio. Così, nonostante in sede giurisprudenziale si assista a richiami sulla necessità di «riscontri individualiz-

<sup>61</sup> Così Cass. pen., sez. II, 27-10-2009, C. e altro, *GDir*, 2009, 50, 76; nello stesso senso, v. Id., sez. IV, 17-12-2008, T.G., *DeG*, 2009 e Id., sez. II, 21-12-2004, P., *CED*, 2005, rv. 23071. Sul punto, cfr. pure Id., S.U., 21-10-1992, Marino, *CP*, 1993, 1945.

<sup>62</sup> Sul punto LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2008, 210 s.; NOBILI, *Commento all’art. 192*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 417; SIRACUSANO, *Le prove*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, 366 s.; RAFARACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, *RIDPP*, 1994, 673.

<sup>63</sup> Cfr. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 333 s.; FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, 67; KOSTORIS, «Giudizio», in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1997, 10 s. V. anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 108 s., il quale afferma che l’art. 192 comma 2 c.p.p. consisterebbe in una prescrizione generale valida per tutte le prove, nonché IACOVIELLO, *La motivazione*, cit., 771.

<sup>64</sup> In tali corretti termini DANIELE, *Le regole di esclusione*, cit., 127.



zanti» e ad affermazioni di principio dirette a sollecitare il giudice ad una prudenza valutativa di prove considerate geneticamente equivoche <sup>(65)</sup>, occorre prendere atto che spesso tali regole di valutazione vengono aggirate in sede operativa. La ragione di ciò la si potrebbe rinvenire nel fatto che il loro «fondamento cognitivo è molto più debole di quanto possa sembrare, con la conseguenza che risulta fortissimo lo stimolo per i giudici ad eluderle» <sup>(66)</sup>. Basti pensare che le massime di esperienza poste a fondamento del dovere di corroborazione possono sempre essere superate dall'evoluzione della conoscenza. Ed infatti, una volta recepite in una norma di legge, potrebbero non essere più attuali al momento della decisione <sup>(67)</sup>.

Peraltro la normativizzazione di regole d'inferenza è operazione che, a causa di un vizio congenito, non si adatta alle forme di accertamento. Non sempre le regole d'inferenza risultano in grado di coprire tutte le variabili degli eventi storici che il giudice deve ricostruire e potrebbero così segnalare un deficit di adattamento al caso concreto <sup>(68)</sup>. Ecco allora che la scarsa forza di resistenza ai conii giurisprudenziali pone le regole di cui all'art. 192, commi 2 e 3, c.p.p. nella seria difficoltà di svolgere la funzione di garanzia ad esse assegnata; queste non sono in grado di evitare condanne ingiuste e si traducono in «formule di stile il cui contenuto è riempito dal libero convincimento» <sup>(69)</sup>.

## 7. I criteri valutativi di fonte europea.

A conclusioni non dissimili, aggravate da una «frizione» costituzionale, deve pervenirsi con riferimento alle regole valutative «forgiate» da alcuni pronun-

<sup>65</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., sez. III, 10-12-2009, G., *CP*, 2010, 11, 3942; Id., sez. I, 10-12-2010, V., *CED*, 2010, rv. 249956; Id., sez. V, 28-06-2006, S., *CP*, 2007, 2958.

<sup>66</sup> Così DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 138.

<sup>67</sup> In tal senso cfr. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *RIDPP*, 1973, 310, 322; da ultimo, cfr. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 138.

<sup>68</sup> Sul tema, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 111.

<sup>69</sup> Così, esattamente, DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 140. Nella medesima prospettiva si pone la regola enunciata nell'art. 500, comma 2 c.p.p., secondo cui il contenuto delle dichiarazioni lette per le contestazioni può essere utilizzato non come prova ma solo ai fini di una valutazione della credibilità del teste o della parte (art. 503 comma 4 c.p.p.). In sostanza il meccanismo individua un elemento che non è diretto a provare il fatto ma «l'attendibilità di una prova». Così GIOSTRA, «Contraddittorio (principio del)», *Diritto processuale penale*, *Enc. Giur., App.*, Roma, 2001, 12. Tuttavia, per quel che qui interessa, il comando giuridico secondo cui gli elementi conoscitivi fatti oggetto di contestazione al dichiarante possono essere utilizzati ai fini dell'attendibilità non pone vincoli in ordine al giudizio operato su tale ultimo requisito. In sostanza, la regola normativa se, da un lato, preclude l'utilizzo in positivo delle «diverse dichiarazioni contestate», dall'altro lato, non enuncia una regola di comportamento nella valutazione del singolo esperimento probatorio. Sotto questo angolo visuale appare arduo attrarre la stessa nella sfera delle regole valutative. In ogni caso deve rilevarsi che si è in presenza di un meccanismo di valutazione assolutamente «libero», anche se il ricorso a letture per le contestazioni del testimone di per sé dovrebbe condurre ad un giudizio di scarsa affidabilità dello stesso.

ciati della Corte europea dei diritti dell'uomo. In quella sede le decisioni si fondano su due distinti profili. Il primo è relativo al valore che la prova non sottoposta al contraddittorio può assumere ai fini della decisione. In tali evenienze si riconosce la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo se la condanna si basa unicamente o in misura determinante su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare <sup>(70)</sup>, richiedendosi in siffatta ipotesi che le dichiarazioni siano corroborate da altri elementi probatori ulteriori rispetto alla prova sottratta al contraddittorio <sup>(71)</sup>. Si perviene, così, ad una limitazione del valore probatorio delle dichiarazioni non sottoposte al confronto antagonistico, evidentemente nella consapevolezza della portata euristica dello stesso. In tal modo, la dichiarazione non "contraddetta" diviene prova controvertibile che sconta la mancata verifica del contraddittorio. Soluzione questa, accettabile nella misura in cui l'assenza di contraddittorio non sia «indotta» e segua alla imprevedibile sopravvenuta irripetibilità dell'atto e comunque all'impossibilità di poterlo esperire nel contraddittorio delle parti <sup>(72)</sup>.

Il secondo profilo, più volte ribadito dalla giurisprudenza europea, afferisce alle forme del contraddittorio. Sul punto si sostiene che il diritto al confronto debba realizzarsi nel momento in cui le dichiarazioni testimoniali sono rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità sia conosciuta dall'accusato, in presenza di questi e del suo difensore, oltre che dell'organo giudicante, per poi essere sottoposte al confronto con le ragioni della difesa <sup>(73)</sup>.

<sup>70</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 18-05-2010, Ogaristi c. Italia.

<sup>71</sup> Sul punto cfr. Corte eur. dir. uomo, 7-08-1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia ; Id., 14-12-1999, A.M. c. Italia; Id., 27-02-2001, Lucà c. Italia; Id., 5-12-2002, Craxi c. Italia; Id., 13-10-2005, Bracci c. Italia; Id., 9-02-2006, Cipriani c. Italia; Id., 20-04-2006, Carta c. Italia; Id., 19-10-2006, Majadallah c. Italia; Id., 18-05-2010, Ogaristi c. Italia, cit..

<sup>72</sup> Per una lettura in forza della quale «l'accertata impossibilità di natura oggettiva» implichi l'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto, determinandosi così una doverosa equiparazione per via costituzionale tra i presupposti operativi dell'art. 512 c.p.p. e quelli dell'art. 512 *bis* dello stesso codice, cfr., volendo, DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 169. Nel senso che l'ortodossia costituzionale imporrebbe di riconoscere casi di impossibilità oggettiva solo con riferimento alla natura dell'oggetto, cioè una «caratteristica dello strumento probatorio in quanto tale», cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2004, 155.

Per una visione che denuncia il vizio che si annida nel concetto di irripetibilità in quanto «nel corso del dibattimento non si inscena la ripetizione dell'atto di indagine, bensì la formazione dialettica della prova, metodo alternativo e inconciliabile con quello che regola le attività conoscitive nel contesto di ricerca», si rimanda a MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 28.

<sup>73</sup> Sull'argomento si richiamano le puntuali argomentazioni di GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in Id., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 58 e ss..

Tuttavia, nella consapevolezza che tale standard probatorio risulta di difficile applicazione pratica a causa delle diversità procedurali dei differenti ordinamenti interni <sup>(74)</sup>, la Corte ha preferito affidarsi ad un confronto ridotto richiedendo, ai fini della realizzazione dello stesso, che l'accusato abbia a disposizione «un'opportunità adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogare l'autore, nel momento della deposizione o più tardi» <sup>(75)</sup>. In sostanza si evoca un modello debole di contraddittorio, che si concreta nella possibilità di contestare le dichiarazioni dell'accusatore e ciò non necessariamente in dibattimento ma anche in una fase antecedente. Quel che invece i giudici di Strasburgo non autorizzano è l'ipotesi di una condanna fondata «unicamente» o «in misura determinante» su dichiarazioni rese da un soggetto che l'imputato non ha potuto esaminare in dibattimento né durante le indagini preliminari <sup>(76)</sup>.

In tal modo, però, il contraddittorio europeo si colloca al di fuori di quello strumento conoscitivo diretto a garantire un sentiero epistemologicamente corretto. Viene meno quell'efficacia euristica che la Costituzione gli attribuisce e si riduce la formula del contraddittorio ad un principio di doverosa «contestazione» <sup>(77)</sup>.

Emerge, quindi, un'indiscutibile diversità tra il contraddittorio disegnato dal Costituente e quello ritenuto sufficiente dalla Corte europea. Ed allora, se così è, a fronte di una differenza qualitativa di tale spessore diventa difficilmente accettabile l'affermazione secondo cui la previsione dell'irripetibilità dell'atto non contemplata dall'art. 512 *bis* c.p.p., ponendosi in linea con i parametri europei, salva la norma da ogni censura in forza di un semplice rapporto di specialità con l'art. 512 c.p.p. <sup>(78)</sup>. Tale conclusione sconta fuorvianti scelte di metodo dirette a valutare la legittimità di una norma sulla base dei soli principi convenzionali che, è bene ricordarlo, costituiscono il *contenuto minimo* cui gli Stati aderenti devono osservanza <sup>(79)</sup>.

<sup>74</sup> In questi termini, cfr. le argomentazioni di MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili e irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 13.

<sup>75</sup> Così, Corte eur. dir. uomo, 13-10-2005, Bracci c. Italia, cit..

<sup>76</sup> Cfr., sul punto, le numerose decisioni con le quali la Corte di Strasburgo, affermando tali principi, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 § 3 lett. d) Cedu: Corte eur. dir. uomo, 17-07-2003, Craxi c. Italia, cit.; Id., 27-02-2001, Lucà c. Italia, cit.; e, più di recente, Corte eur. dir. uomo, 18-05-2010, Ogaristi c. Italia, cit.. I pronunciati giurisprudenziali assumono ulteriore rilievo ove si consideri che conducono a sentenze di condanna dello Stato italiano nonostante quest'ultimo sia dotato di una disciplina più garantistica rispetto a quella ritenuta soddisfacente dai giudici di Strasburgo. La circostanza induce a meditazioni in ordine all'evidente scollamento che si crea tra il contenuto della norma e l'applicazione concreta della stessa.

<sup>77</sup> In tale direzione cfr., volendo, DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., 19.

<sup>78</sup> In tal senso cfr. Cass., S.U., 25-11-2010, De Francesco, cit..

<sup>79</sup> Sul tema si rimanda a FERRUA, *La dialettica regola eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il qua-*

La stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che allorquando si scruta la compatibilità ai sensi dell'art. 117 Cost. tra la norma censurata e la norma Cedu «interposta» occorre verificare se le disposizioni Cedu invocate come integrazione del parametro siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano <sup>(80)</sup>.

In sostanza, il Custode della Costituzione può dichiarare illegittima la disposizione di legge ordinaria in contrasto con le norme convenzionali salvo che queste ultime non si pongano in contrasto con la Carta delle leggi.

Se si spoglia la Consulta da tale funzione di controllo si potrebbe pervenire al paradosso di dichiarare illegittima per contrasto con la Convenzione una disposizione non solo compatibile con la Costituzione ma addirittura dalla stessa imposta <sup>(81)</sup>. Tale operazione non è consentita dalla semplice applicazione delle elementari regole di gerarchia delle fonti <sup>(82)</sup>.

Come correttamente riconosciuto in sede nomofilattica, le norme della Convenzione, come interpretate dalle pronunce di Strasburgo, «non possono comportare la disapplicazione di norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se ed in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate...» <sup>(83)</sup>.

Il diverso opinare recepito dalla Corte europea degrada arbitrariamente la violazione del contraddittorio da divieto conoscitivo a semplice regola valutativa in cui i contenuti probatori sono rimessi al «prudente apprezzamento del giudice». Ciò che è attinto da un divieto d'uso viene trasformato in «conoscenze giudiziali» con l'unica accortezza di richiedere un requisito «corroborante» pervenendosi così, inaccettabilmente, ad una violazione del contraddittorio con conseguente sanatoria non codificata della prova illegittimamente acquisita.

In ogni caso, non può farsi a meno di rilevare come la regola valutativa europea, al di là della sua non conformità al dato di rango costituzionale, replichi i vizi delle regole valutative «interne» che si caratterizzano per una «fluidità operativa» che pone le stesse nella difficoltà di assolvere alla funzione di limite al «giudizio arbitrario», sempre più ricorrente attraverso la manipolazione dell'effettivo significato del libero convincimento.

---

dro sistematico, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 37.

<sup>80</sup> C. cost., 348 e 349/2007. Negli stessi termini cfr. Id., 39/2008; Id., 311 e 317/2009; Id., 196, 187 e 138/2010; Id., 1, 80, 113/2011.

<sup>81</sup> In tal senso sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., 20.

<sup>82</sup> Sul tema, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1975, 311.

<sup>83</sup> Cass., Sez. VI, 25-02-2011, Ventaloro, CED, rv. 249594.

## 8. Le regole di giudizio.

Sia pure attraverso percorsi diversi, la conclusione in ordine alla difficoltà di rendere operativa la garanzia connessa a regole di valutazione non cambia avuto riguardo alle regole di giudizio le quali, pur imponendo degli standards valutativi, risentono dell'ineliminabile discrezionalità che connota l'attività di giudizio.

Questa peraltro si caratterizza per l'esistenza di «funzioni di adattamento» delle regole che disciplinano la decisione a seconda del momento processuale in cui la stessa deve intervenire, risultando evidente che la regola decisoria dettata per l'archiviazione o per l'udienza preliminare deve osservare discipline diverse da quelle previste per il giudizio dibattimentale.

Si è quindi in presenza di una «relatività» delle regole di giudizio caratterizzata da diverse soglie probatorie direttamente dipendenti dalla «capacità di accertamento» della decisione che spesso dipende dalla fase in cui la stessa interviene.

In sostanza le regole decisorie si diversificano in misura proporzionale al binomio «scopo e funzione» della singola attività di giudizio. Se questa è destinata a produrre un decisum dagli effetti limitati, senza efficacia di accertamento e comunque vincolato allo «stato degli atti» è ovvio che il legislatore tenda a disciplinare in maniera più elastica la funzione di giudizio, demandandole un perimetro discrezionale certamente più ampio rispetto a quello contemplato per decisioni caratterizzate da una certa «fissità» di disciplina; e la differenziazione è, non a caso, maggiormente apprezzabile anche in funzione delle diverse fasi processuali in cui interviene la decisione.

Non deve sfuggire come la regola di giudizio non sia altro che un criterio di decisione del complessivo quadro dei dati conoscitivi derivanti dai singoli esperimenti probatori o dalle singole fonti di prova. In particolare tale criterio, proprio perché lo si vuole sottrarre ad una indiscriminata libertà, risulta ancorato ad una fattispecie processuale individuante lo standard di persuasività che, a seconda dei casi, il materiale conoscitivo deve raggiungere. Ed allora appare evidente come le regole di giudizio dettate per l'adozione di alcuni provvedimenti emessi in sede cautelare risultino necessariamente diverse da quelle richieste per la chiusura delle indagini preliminari, per le sentenze di non luogo a procedere e per la definizione del processo. La diversità della soglia probatoria trova un fondamento logico anche in ragione della fase del procedimento in cui deve intervenire la decisione. Se infatti occorre adottare un provvedimento nel corso delle indagini preliminari non si può pretendere che il livello probatorio richiesto per la relativa adozione sia equiparabile a

quello richiesto per l'affermazione di responsabilità dell'imputato per la semplice ragione che le indagini sono ancora in corso e, dunque, sono suscettibili di ulteriori integrazioni conoscitive.

### 8.1 I provvedimenti in indagini preliminari su sfere costituzionalmente protette.

Tuttavia se, in alcuni casi, si consente al giudice o al pubblico ministero di decidere solo in presenza di indizi di reato <sup>(84)</sup>, il quantum probatorio richiesto si eleva nella misura in cui il provvedimento da adottare va a toccare altre sfere costituzionalmente protette le quali, in ragione della loro maggiore «invasività» sono presidiate dal legislatore con maggiori garanzie. Non è quindi un caso che in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni il provvedimento autorizzativo sia subordinato all'esistenza di «gravi indizi di reato»; locuzione che postula una ben maggiore consistenza probatoria anche se orientata solo alla verifica della delineazione oggettiva del fatto <sup>(85)</sup>.

Coerentemente a tale impostazione, ancora più pregnante è la regola di giudizio richiesta per l'adozione di misure cautelari personali.

L'art. 273 c.p.p. impone l'esistenza di «gravi indizi di colpevolezza». La gravità, però, in questo caso non è riferita solo alla dimostrazione della delineazione oggettiva di una condotta che assuma disvalore penale, ma anche all'addebitabilità della stessa ad un soggetto.

<sup>84</sup> Si pensi alle ipotesi di perquisizioni e sequestri. Si veda, però, sul punto, Cass. pen., sez. VI, 02-07-2012, G.G., *DeG*, 2012; Id., sez. IV, 14-03-2012, V. *CED* rv. 253508; Id., sez. IV, 30-11-2011 S., *GDir*, 2012, 15, 79, laddove, in tema di sequestri, pur rilevando che non sono richiesti i gravi indizi di colpevolezza, si è precisato che «ai fini dell'individuazione del fumus commissi delicti, non è sufficiente la mera "postulazione" dell'esistenza del reato, da parte del pubblico ministero, in quanto il giudice del riesame nella motivazione dell'ordinanza deve rappresentare in modo puntuale e coerente le concrete risultanze processuali e la situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti e dimostrare la congruenza dell'ipotesi di reato prospettata rispetto ai fatti cui si riferisce la misura cautelare reale sottoposta al suo esame».

<sup>85</sup> Sul punto, in giurisprudenza si è affermato che «gli indizi di reato, richiesti per predisporre le intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni (gravi, ai sensi dell'art. 267, comma 3, c.p.p.; sufficienti, a norma dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, allorché si proceda per reati di criminalità organizzata), afferiscono alla sussistenza di un reato e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente a un'intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di un soggetto individuato o di colui le cui comunicazioni debbano essere poste sotto controllo a fine indagine. La motivazione del decreto, quindi, deve esprimere solo una valutazione sull'esistenza (in chiave altamente probabilistica o, nei casi di criminalità organizzata, nel più ristretto ambito della sufficienza indiziaria) di un fatto storico integrante una determinata ipotesi di reato il cui accertamento impone l'adozione dello strumento intercettivo, e tale valutazione, se logicamente espressa, si sottrae a rivisitazione in sede di legittimità» (v. Cass. pen., sez. fer., 09-09-2010, F.C. e altro, *GDir*, 2010, 43, 97. Nello stesso senso, si veda Id., sez. VI, 26-02-2010, M., *CED*, 2010, rv. 246688; Id., sez. IV, 17-10-2006, C., *CP*, 2007, 4673; Id., sez. V, 08-10-2003, L., *ivi*, 2005, 1337; Id., sez. I, 14-06-2000, Guastalegnam e altro, *CED*, 2000).

Sul punto, un primo rilievo da muovere è di natura terminologica. Il riferimento normativo agli «indizi» non evoca un circuito probatorio inferenziale per cui da un fatto noto non oggetto di prova si perviene al fatto ignoto oggetto di prova; al contrario, il riferimento agli «indizi» e non alle «prove» ha fondamento nella consapevolezza che la materia cautelare trova le maggiori occasioni di applicazione nelle indagini e spesso nel momento iniziale delle stesse. Di qui la necessità d'evidenziare, anche con una differenza lessicale, che la gravità dimostrativa della colpevolezza deve necessariamente parametrarsi alla fase del procedimento per definizione «fluida» e pertanto suscettibile di evoluzioni probatorie. L'indizio cautelare, quindi, è una prova allo stato degli atti o, se si preferisce, una «prova nana»<sup>(86)</sup> che si differenzia dalle prove necessarie alla definizione del processo solo in ragione della sua mancata evoluzione determinata dalla fase del procedimento in cui deve essere valutata. In tal modo i «gravi indizi di colpevolezza» richiamano ad un giudizio, allo stato degli atti di responsabilità dell'indagato<sup>(87)</sup>. Il giudizio di gravità, però, non può essere confuso con quello di «sufficienza» distinguendosi da un punto di vista quantitativo e qualitativo, richiedendosi una situazione probatoria che consenta di pervenire ad un decisum d'alta probabilità di colpevolezza dell'indagato resistente ad interpretazioni alternative<sup>(88)</sup>. Anche in sede giurisprudenziale si è ribadito come la misura cautelare personale, sotto il profilo indiziario debba «essere assistita da una ragionevole probabilità di condanna, imponendosi che gli indizi sui quali essa si fonda devono avere i requisiti indispensabili ad assicurare la loro tenuta nel giudizio sul merito dell'accusa: ciò dovendolo desumere non solo dal comma 1 bis dell'art. 273 c.p.p., laddove viene espressamente richiamato l'art. 192, comma 3, c.p.p., ma già dagli artt. 13 e 27 Cost., in ordine alla natura servente della carcerazione preventiva, e dalla regola di valutazione che discende dall'art. 314 c.p.p., secondo cui sarà comunque ingiusta la privazione della libertà personale cui segua una sentenza di proscioglimento. Ne deriva che il giudizio prognostico sugli esiti del giudizio di merito è indispensabile, pur dovendo essere effettuato non nell'ottica della ricerca di una certezza di responsabilità già raggiunta, ma nella prospettiva della tenuta del quadro indiziario alla luce di possibili successive acquisizioni e all'esito del contraddittorio. In questa prospettiva, la valutazione della prova in sede cautelare non si distingue dalla valutazione nel giudizio di cognizione quanto alla intrinseca capacità dimostrativa, giacché l'unica peculiarità del giudizio cautelare è rappresentata dal fatto che i gravi indizi sono «una

<sup>86</sup> L'espressione è di NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 170.

<sup>87</sup> Cfr. Cass. pen, sez. II, 15-11-2011, S.E., *DeG*, 2010; Id., sez. V, 07-02-2007, V., *CED*, rv. 236258.

<sup>88</sup> Così GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, *GI*, 1993, II, 622.

prova allo stato degli atti”, valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è di norma ancora “in itinere”, essendo suscettibile di una possibile evoluzione dinamica nel corso del procedimento; con l’ovvia conseguenza che, quanto più avanti è andata la verifica della prova, tanto più la sua valutazione dovrà essere aderente alla probabilità di fondare sui risultati raggiunti una sentenza di condanna»<sup>(89)</sup>.

La conclusione risulta rafforzata nella misura in cui il legislatore ha inteso garantire, al giudice richiesto dell’applicazione della misura, una completezza conoscitiva obbligando il pubblico ministero a presentare, unitamente alla richiesta cautelare, anche «tutti gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati».

Il quadro di «completezza conoscitiva» che deve avere il giudice nel momento in cui è chiamato ad adottare o rigettare una misura cautelare personale rende ragione di quell’interpretazione del massimo organo nomofilattico il quale, nel vagliare i limiti di sindacato dei «gravi indizi di colpevolezza» anche a seguito di un decreto che dispone il giudizio, ha riconosciuto il potere del giudice di valutare la «gravità indiziaria». La pronuncia trae origine dal rilievo secondo cui non esiste una convergenza biunivoca del giudizio prognostico sotteso al decreto che dispone il giudizio rispetto alla decisione sul profilo della gravità indiziaria necessaria per l’adozione di una misura cautelare, in quanto, nella logica del sistema, «la valutazione complessiva degli indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p. (ha) ben altra consistenza qualitativa e quantitativa rispetto alla regola iuris propria del rinvio a giudizio»<sup>(90)</sup>.

La conclusione assume particolare valore ove si consideri che è stata adottata all’indomani della riforma intervenuta con l. 16-12-1999, n. 479 con la quale, modificandosi l’art. 425 c.p.p., si sono sensibilmente ampliate le paratie valutative del giudice dell’udienza preliminare<sup>(91)</sup>, consentendosi l’adozione di una sentenza di non luogo a procedere anche in ipotesi di dubbio.

Emerge quindi come, in sede operativa, la valutazione probatoria di natura cautelare risulti avere un maggiore spettro di azione rispetto a quella prognostica del rinvio a giudizio.

Tuttavia, anche con riferimento alla situazione cautelare, occorre distinguere tra valutazioni del singolo esperimento probatorio e criteri di decisione, dovendo questi ultimi essere effettuati considerando globalmente il materiale

<sup>89</sup> Così Cass. pen., sez. I, 17-5-2011, M., *GDir*, 2011, 24, 85.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. S.U., 30-10-2002, Vottari, *GDir*, 2003, 5, 1998.

<sup>91</sup> Prima della riforma avvenuta con l. 479/1999 negli stessi termini, sia pure su una diversa regola di giudizio riservata al giudice dell’udienza preliminare, cfr. Cass. S.U., 21-04-1995, Costantino, *CP*, 1996, 218; C. Cost., n. 71/1996.



conoscitivo <sup>(92)</sup>. Pertanto, se una singola circostanza può risultare scarsamente indicativa la stessa, se collegata ad altri elementi conoscitivi, potrebbe assumere diversa dimensione laddove considerata unitamente alle altre risultanze di prova <sup>(93)</sup>.

## 8.2 L'archiviazione.

Discorso a parte necessita la regola di giudizio che presiede al provvedimento di archiviazione.

Questo può essere adottato solo a seguito di una rinuncia all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. Il legislatore parametrizza la possibilità di un tale epilogo delle indagini preliminari all'art. 408 c.p.p. e 125 disp. att.. Mentre il primo stabilisce che l'archiviazione può essere richiesta «se la notizia di reato è infondata», l'art. 125 disp. att. assolve ad una funzione specificativa del requisito normativo dell'infondatezza precisando che può pervenirsi ad un'archiviazione ogni qual volta «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» <sup>(94)</sup>. Tuttavia tale previsione, anche se introdotta per una maggiore chiarificazione delle regole, si risolve in un escamotage tautologico insuscettibile di individuare sul piano concreto i confini della fondatezza e dell'infondatezza della notizia di reato <sup>(95)</sup>.

Peraltro, il campo di azione della regola di giudizio diretta al non esercizio dell'azione penale non sembra definibile neppure evocando quei parametri

<sup>92</sup> L'affermazione ha trovato l'avallo in sede giurisprudenziale dove si è affermato che, ai fini dell'emissione di un provvedimento coercitivo della libertà personale, gli indizi richiesti dall'art. 273 c.p.p. possono anche essere desunti da circostanze le quali, singolarmente considerate, appaiono equivocate o scarsamente significative ma che, valutate globalmente e collegate tra di loro in modo organico e ordinato, individuano un quadro probatorio che, seppure non ancora definito, è suscettibile, quindi, di revisione critica, giustifica allo stato degli atti l'emanazione di un provvedimento cautelare (in tal senso cfr. Cass. pen., sez. I, 22-06-1995, Modafferi, *CED*, rv. 201732; Id., sez. I, 11-02-1995, p.m. in c. Brigida, *ivi*, rv. 200653; Id., sez. I, 29-03-1994, Camarda, *ivi*, rv. 197137; Id., sez. I, 09-02-1994, Giglio, *ivi*, rv. 196499; Id., sez. I, 03-02-1994, Martello, *ivi*, rv. 197069).

<sup>93</sup> Per una tale impostazione si rimanda alle argomentazioni di MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 364; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 04.03.2010, n. 16548, *CED*, 2010, rv. 246935, laddove si afferma che «ai fini della configurabilità dei gravi indizi di colpevolezza necessari per l'applicazione di misure cautelari personali, è illegittima la valutazione frazionata e atomistica della pluralità di elementi indiziari acquisiti, dovendosi non solo accertare, in un primo momento, il maggiore o minore livello di gravità e precisione dei singoli indizi, ciascuno isolatamente considerato, ma anche, in un secondo momento, procedere al loro esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità e a inserirli in una lettura complessiva che di essi chiarisca l'effettiva portata dimostrativa e la congruenza rispetto al tema d'indagine prospettato dall'accusa nel capo di imputazione».

<sup>94</sup> Sull'argomento, cfr. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, *CP*, 1992, 249.

<sup>95</sup> In tali esatti termini, v. DEAN-FONTI, «Archiviazione», in *D.I.*, I, Torino, 2005, 41.

che in qualche modo costituiscono la base sostanziale o la giustificazione tecnica dell'istituto <sup>(96)</sup>.

Infatti, tanto il richiamo all'inutilità del processo od ancora quello alla superfluità dello stesso inteso come parametro per verificare la legalità dell'inazione e, quindi, come limite implicito al principio di obbligatorietà dell'azione penale <sup>(97)</sup>, se consente l'emersione della ragion d'essere dell'istituto non offre criteri di concreta operatività della regola di giudizio.

Ed allora non appare inutile prendere le mosse da una diversità terminologica che caratterizza l'archiviazione nel c.p.p. 1930 e in quello attuale. Mentre l'art. 74 c.p.p. 1930 richiedeva per l'archiviazione la «manifesta infondatezza» della notizia di reato l'art. 408 del codice vigente si limita a chiedere la sola «infondatezza». Il venir meno dell'avverbio di modo non è un fatto neutro con riferimento al perimetro di operatività dell'archiviazione. Questa, imponendosi ogni qual volta si è in presenza di una semplice infondatezza delle notizie di reato, non risulta estranea a funzioni deflative del carico giudiziario <sup>(98)</sup>.

La conclusione si lega alla consapevolezza che deve pervenirsi all'archiviazione nei casi in cui l'accusa non è in possesso degli elementi necessari a dare consistenza alla pretesa punitiva. In tal modo si evidenzia la caratteristica di concretezza dell'azione penale <sup>(99)</sup>; questa non può essere considerata come semplice richiesta di decisione, ma come una richiesta di punizione e, dunque, di una decisione conforme ai contenuti dell'accusa <sup>(100)</sup>.

La rinuncia all'esercizio dell'azione penale risulterà legittima nella misura in cui non vi siano o siano incerte le prospettive per coltivare l'accusa in giudizio. Il parametro della insostenibilità dell'accusa in giudizio introdotto dall'art. 125 disp. att. risulta così confermato anche per altra via. Del resto appare utile rimarcare come l'attuale formulazione dell'art. 125 disp. att. risulti differenziarsi da quella contenuta nel progetto preliminare al codice laddove si prevedeva il ricorso all'archiviazione quando «gli elementi acquisiti nel corso

<sup>96</sup> Sul tema si rimanda agli insegnamenti di CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, RIDPP, 1950, 323.

<sup>97</sup> In questa direzione, cfr. C. Cost., n. 88/1991; in dottrina si rimanda a GIOSTRA, «Archiviazione», in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1991, 4; GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, RIDPP, 1990, 1285; KOSTORIS, «Riapertura delle indagini», in *Enc. Dir.*, XL, Roma, 1989, 108.

<sup>98</sup> Sul tema, cfr. GREVI, *Archiviazione*, cit., 1316; volendo, v. anche DINACCI, *Il controllo giurisdizionale della decisione del Pubblico Ministero di non esercitare l'azione penale*, CP, 1991, 581.

<sup>99</sup> Cfr. BENE, *Prime riflessioni su archiviazione ed obbligatorietà dell'azione penale*, AP, 1992, 45; RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, ivi, 1992, 150.

<sup>100</sup> In tal senso cfr., volendo, DINACCI, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 583; GREVI, *Archiviazione*, cit., 1287; MARZADURI, «Azione», *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1996, 2.

delle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati» <sup>(101)</sup> Da una prognosi sulla condanna si è ripiegato su una previsione di sostenibilità dell'accusa. La stessa Corte costituzionale evidenzia come una tale formulazione consenta di non confondere l'oggetto della valutazione del pubblico ministero circa i risultati delle indagini preliminari con quella propria del giudice imperniata su un giudizio di sufficienza delle prove per la condanna. Quest'ultima soluzione, infatti, mal si concilierebbe con i «limiti di fase» e, non a caso, coerentemente l'art. 125 disp. att. impone una prognosi sugli elementi di indagine solo nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio secondo una verifica da operare non nell'ottica del risultato dell'azione ma nella diversa prospettiva della «superfluità» o meno dell'accertamento giudiziale <sup>(102)</sup>. Di qui la delimitazione del potere di archiviazione solo quando si possa ritenere che la formazione delle prove nel contraddittorio tra le parti non risulterebbe decisiva ai fini dell'accertamento della responsabilità o meno dell'imputato <sup>(103)</sup>. E ciò può accadere anche a fronte di situazioni di carenza o contraddittorietà della prova rispetto alle quali il dibattimento non potrebbe offrire alcun ulteriore e diverso contributo conoscitivo <sup>(104)</sup>; si perviene così ad un decisum ancorato ad una prognosi fondata su un giudizio di «evoluzione probatoria» in sede processuale in grado di modificare il quadro conoscitivo d'infondatezza delle notizie di reato.

Ne discende l'identificazione di una regola di giudizio affidata alla valutazione non solo in ordine all'eventuale sopraggiungere di elementi dimostrativi ma anche relativa alla previsione di «trasformazioni» nel corso del dibattimento dei risultati conoscitivi acquisiti nelle indagini preliminari.

Del resto, con riferimento alla prova dichiarativa, il «metodo di conoscenza» del contraddittorio può condurre a diversi risultati probatori ma la circostanza non consente conclusioni affrettate. Se si ragionasse in questi termini ogni procedimento fondato su prove dichiarative sarebbe automaticamente destinato ad approdare al dibattimento. La valutazione della insostenibilità dell'accusa in giudizio, seppure caratterizzata dagli schemi logici della prognosi, deve comunque adeguarsi ad una previsione ragionevole strettamente ancorata al canone dell'id quod plerumque accidit.

Ed in tale dimensione, che si ancora ad una probabilità causale, devono necessariamente considerarsi tutti quegli strumenti conoscitivi che in dibattimen-

<sup>101</sup> Cfr. art. 115 del Progetto preliminare al nuovo c.p.p. del 1988.

<sup>102</sup> V. C. Cost., n. 88/1991.

<sup>103</sup> V. C. Cost., n. 88/1991; Cass. pen., sez. III, 22-06-1990, Ghirarduzzi, *FI*, 1991, II, 105; Id., sez. VI, 12-06-1991, Brunetti, *CP*, 1992, 1572.

<sup>104</sup> Sul tema si rimanda a CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 354.

to risultano in grado di «richiamare» le dichiarazioni delle indagini preliminari. Basti pensare all'ampio perimetro del meccanismo delle letture dibattimentali per comprendere come il rischio di una «trasformazione probatoria» in quella sede risulti non solo calcolabile ma anche limitato <sup>(105)</sup>.

Quanto al pericolo di prove sopravvenute bisogna rilevare come lo stesso risulti direttamente proporzionato all'adempimento del dovere di attendere ad una completezza delle indagini. Il tema, imposto da diverse prese di posizione della Corte costituzionale <sup>(106)</sup>, incide pesantemente sui criteri prognostici della superfluità del giudizio e carica l'accusa di maggiori oneri dimostrativi precisandosi che la completezza delle indagini impone la «rigorosa verifica e tenuta degli elementi a carico nel riscontro di quelli eventualmente a discarico» <sup>(107)</sup>.

In tal modo si orienta anche la regola di giudizio relativa alla fase precedente il dibattimento.

La conseguenza è che non possono farsi ricadere sull'indagato scelte di esercizio dell'azione determinata da colpevoli inerzie o incompiutezze investigative.

Del resto non si dimentichi che la decisione di desistenza dall'azione conduce a provvedimenti che non hanno il carattere dell'immutabilità, potendo anzi essere posti nel nulla da una decisione di riapertura delle indagini <sup>(108)</sup>. La circostanza conduce a resistere a timori collegati ad un'efficienza repressiva e consente di proporre una soluzione in linea con un'archiviazione a fronte della mera «infondatezza» e non più «manifesta infondatezza» della notizia di reato.

### 8.3 La sentenza di non luogo a procedere.

Le conclusioni raggiunte in merito all'archiviazione sono in parte mutuabili anche per la sentenza di non luogo a procedere. Ambedue le decisioni risultano caratterizzate da un giudizio di «superfluità» del dibattimento e quindi si

<sup>105</sup> L'affermazione si giustifica nella misura in cui si prende contezza dell'accentuato numero di ipotesi di letture dibattimentali che consentono un «recupero» al sapere giudiziale delle dichiarazioni rese in indagini preliminari.

<sup>106</sup> Cfr. C. Cost., n. 88/1991; Id., n. 115/2001; Id., n. 184/2009.

<sup>107</sup> Così C. Cost., n. 184/2009.

<sup>108</sup> Potendo pervenirsi alla riapertura delle indagini a fronte dell'esigenza di «nuove investigazioni», occorre rilevare come la regola di giudizio per il provvedimento di cui all'art. 414 c.p.p. risulti sempre di natura prognostica e diretta a valutare quanto le nuove indagini possano raggiungere quel livello di soglia probatoria caratterizzata da un'idoneità astratta di quegli eventuali nuovi risultati conoscitivi a consentire di sostenere l'accusa in giudizio. Pertanto, la necessità di evitare processi «superflui» rimane anche in tale evenienza il parametro di valutazione il quale, però, deve essere calato in un giudizio prognostico sull'eventuale «conclusione probatoria» delle prospettate «nuove investigazioni».

pongono rispetto ad esso come elemento di verifica di addebiti o di imputazioni «azzardate» <sup>(109)</sup>. Ne deriva che anche il giudice dell'udienza preliminare deve fare ricorso a criteri prognostici di valutazione sull'utilità di un giudizio.

Tale funzione è posta anche a presidio della realizzazione di quella deflazione dibattimentale assegnata anche all'udienza preliminare <sup>(110)</sup>.

E, nella prospettiva della realizzazione effettiva di un tale risultato assumono particolare valore le modifiche normative che hanno interessato l'art. 425 c.p.p..

Nella versione primigenia del testo la sentenza di non luogo a procedere poteva essere emessa solo a fronte di una prova «evidente» riservata solo alla formula in fatto, posto che tutte le ipotesi di estinzione del reato, di improcedibilità dell'azione e l'evenienza in cui il fatto non è previsto dalla legge come reato ne erano sottratte <sup>(111)</sup>.

A fronte di un tale assetto di disciplina, in sede operativa si precisava come la sentenza potesse intervenire solo in presenza di una prova positiva evidente di non colpevolezza, non risultando sufficiente la mancanza di prove <sup>(112)</sup>.

In tal modo, però, si generava uno squilibrio sistematico emergente dal rapporto tra l'art. 425 c.p.p. e l'art. 125 disp. att.. Quest'ultimo infatti introduceva una regola di giudizio più ampia di quella contemplata per la sentenza di non luogo a procedere. Quindi, paradossalmente, vi erano maggiori spazi per l'archiviazione che non per la sentenza ex art. 425 c.p.p., con la conseguenza che il controllo giurisdizionale sulle imputazioni azzardate di fatto non poteva esercitarsi <sup>(113)</sup>. La situazione evidenziava anche «frizioni» di natura costituzionale. Se la regola decisoria per l'archiviazione è più ampia di quella contemplata per la sentenza di non luogo a procedere di fatto la giurisdizione risultava asservita all'azione, determinandosi un'inammissibile inversione di ruoli tra controllore e controllato, derivandone un assoggettamento del giudice non alla legge ma al pubblico ministero.

A fronte di tale situazione è preso atto che così disciplinata l'udienza preliminare non era in grado di assolvere al ruolo di controllo delle imputazioni azzardate con conseguente impossibilità di conferire alla stessa alcuna efficacia

<sup>109</sup> Cfr. C. Cost., n. 88/1991.

<sup>110</sup> Sul tema degli istituti codicistici preposti alla deflazione dibattimentale, sia consentito il rinvio a DINACCI, *I procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, II, diretto da Gaito e Spangher, Torino, 2010, 709 ss..

<sup>111</sup> Cfr. GARUTI, *Nuove osservazioni sulla regola di giudizio ex art. 425 c.p.p. ai fini delle sentenze di non luogo a procedere*, *CP*, 1996, 2705; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 101.

<sup>112</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 14-12-1990, Gargano, *CED*, rv. 186002.

<sup>113</sup> In tale direzione, v. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, *CP*, 1991, 1360.

deflattiva, con L. 8 aprile 1993 n. 105 si è soppresso il requisito dell'evidenza. Il nuovo criterio di disciplina ha condotto la giurisprudenza della Corte costituzionale ad affermare che il compito del giudice dell'udienza preliminare è quello di deliberare se risulti o meno necessario dare ingresso alla fase del dibattimento senza compiere apprezzamenti di merito che si sviluppino secondo un canone, sia pure prognostico, di colpevolezza od innocenza <sup>(114)</sup>. Prevaleva comunque l'idea di un'udienza preliminare con limitate funzioni di controllo, rilevandosi che non si poteva pervenire a sentenza ex art. 425 c.p.p. nel caso di elementi contraddittori o insufficienti <sup>(115)</sup>.

Anche tale limite è stato eliminato dall'intervento legislativo operato con l. 16 dicembre 1999, n. 479. L'attuale formulazione dell'art. 425, comma 3, c.p.p. prevede che il giudice dell'udienza preliminare possa pronunciare sentenza anche quando gli «elementi acquisiti risultano insufficienti contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Sempre nell'ottica di un ampliamento dei poteri decisorî del giudice si pone la previsione del comma 2 della medesima disposizione, laddove permette al giudice dell'udienza preliminare di valutare, anche con eventuale giudizio di bilanciamento, la sussistenza di eventuali circostanze attenuanti. Se tale ultima previsione è da collegarsi alla volontà deflazionante di consentire in udienza preliminare la declaratoria di prescrizione del reato in un momento storico in cui il riconoscimento delle attenuanti od anche il giudizio di valenza assumeva, a tal fine, concreto valore <sup>(116)</sup>, non pare discutibile come la stessa sia espressione della volontà di attribuire al giudice dell'udienza preliminare maggiori poteri di incidenza valutativa sul merito. Tuttavia, occorre anche rilevare come il limite decisorio a fronte di una fattispecie giudiziale che comporti l'applicazione di una misura di sicurezza diversa della confisca, a prima vista, autorizzi quell'affermazione secondo cui la modifica dell'art. 425 c.p.p. ha semplicemente codificato le conclusioni della giurisprudenza precedente <sup>(117)</sup>. L'osservazione, però, non sembra tenere conto del nuovo scenario di disciplina in cui si inserisce l'art. 425 c.p.p.; scenario complessivo in tema di completezza probatoria che assume particolare rilievo posto che si verte nell'ambito di un giudizio prognostico in cui il giudice non si deve limitare a giudicare quello che è, ma anche quello che potrebbe essere. Ed allora la «completezza istruttoria» costituisce un valore fondamentale atteso che la va-

<sup>114</sup> Cfr. C. Cost., n. 71/1996; affermazione ribadita da Id., n. 91/1998; Id., n. 367/1997; Id., n. 97/1997; Id., n. 175/1996.

<sup>115</sup> In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 23-12-1996, T., *CP*, 1997, 609; Id., sez. VI, 07-05-1996, Carnevale, *DPP*, 1997, 175.

<sup>116</sup> Ipotesi, questa, superata con la l. 5-12-2005 n. 251 che ha modificato la disciplina della prescrizione.

<sup>117</sup> In tal senso GROSSO, *Sub artt. 20-23 L. 16 dicembre 1999 n. 479*, *DPP*, 2000, 287.

lutazione della prova insufficiente o contraddittoria è comunque parametrata alla idoneità dell'apparato dimostrativo a sostenere l'accusa in giudizio. Di qui la necessaria prognosi di inutilità del dibattimento che impone la valutazione evolutiva dello sviluppo probatorio. Ed allora, al di là di inutili classificazioni in ordine alla natura processuale o meno della sentenza di non luogo a procedere (<sup>118</sup>), bisogna rilevare come l'individuazione del perimetro operativo della regola di giudizio dell'udienza preliminare dipenda dal grado di completezza istruttoria che in quella sede si garantisce ed, in particolare, dal conseguente onere dimostrativo gravante sull'accusa; onere dimostrativo che risulta accentuato anche in considerazione del fatto che l'udienza preliminare è deputata non più soltanto a soddisfare la funzione di filtro rispetto all'incauto esercizio dell'azione penale, bensì ad indurre ed incentivare l'opzione verso i riti alternativi.

Tale risultato è stato conseguito attraverso la previsione di meccanismi di integrazione, anche officiosa, del materiale probatorio. In altre parole, come noto, il giudice per l'udienza preliminare ha il potere di intervenire sul terreno probatorio in vista del completamento dell'orizzonte conoscitivo necessario e sufficiente per emettere la decisione terminativa dell'udienza.

Ed invero, l'art. 421 bis, comma I, c.p.p. prevede, nell'ipotesi in cui il gup non ritenga di poter decidere allo stato degli atti e «se le indagini preliminari sono incomplete», di indicare «le ulteriori indagini» e l'art. 422 c.p.p. attribuisce al gup, «quando non provvede a norma del comma 4 dell'art. 421, ovvero a norma dell'art. 421 bis» il potere di «disporre l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere».

Occorre al riguardo evidenziare come il combinato disposto di tali previsioni normative non consenta di istituire un automatico rapporto di causa-effetto tra l'incompletezza delle indagini e la non definibilità del processo allo stato degli atti con conseguente necessità del vaglio dibattimentale posto che è necessario tenere distinto il concetto di «completezza» delle indagini da quello di «concludenza» delle stesse rispetto al thema probandum.

Più precisamente, mentre la nozione di «completezza» rimanda ad una verifica in ordine al grado di compiuto svolgimento delle indagini preliminari ri-

---

<sup>118</sup> Per l'affermazione che la sentenza adottata in udienza preliminare sia una sentenza di merito cfr. C. Cost., n. 224/2001; Id., n. 335/2002; in sede nomofilattica, a fronte di un orientamento che ritiene la sentenza di non luogo a procedere una decisione di natura processuale (cfr. Cass. pen., sez. IV, 25-03-2010, Visintin, *GD*, 2010, 17, 94), se ne contrappone altro il quale evidenzia come gli attuali poteri del giudice dell'udienza preliminare denotino un potere di giudizio privo dei caratteri di sommarietà; situazione questa che esclude la natura meramente processuale della sentenza emessa ex art. 425 c.p.p. (in tal senso, v. Cass. pen., sez. II, 28-02-2012, G.S.S., *CP*, 2012, 3864).

spetto all'oggetto dell'imputazione, il concetto di «concludenza» postula un controllo circa l'attitudine degli elementi di prova a consentire la definizione del processo allo stato degli atti.

Del resto, non può non sussistere una differenza ontologica tra le indagini compiute dal pubblico ministero prima dell'esercizio dell'azione penale e le indagini integrative disposte nel corso dell'udienza preliminare ai sensi degli artt. 421 bis e 422 c.p.p.. Basti pensare che anteriormente all'esercizio dell'azione penale lo svolgimento dell'attività investigativa è presieduta dal c.d. «principio di completezza».

Come opportunamente evidenziato dalla Corte costituzionale, dal combinato disposto degli artt. 326 e 358 c.p.p. discende la regola «secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere “ogni attività necessaria ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale” (cioè, delle richieste o di archiviazione o di rinvio a giudizio), ivi compresi gli “accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini”. Viene con ciò stabilito il principio di “completezza” delle indagini preliminari che nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è (...) necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (...) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio “apparente” dell'azione penale che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale» <sup>(119)</sup>.

La stessa Consulta ha successivamente «rafforzato» il concetto pronunciandosi in ordine alla tematica dell'integrazione probatoria in sede di giudizio abbreviato.

In quella sede, infatti, il Giudice delle leggi ha affermato che «l'attribuzione all'imputato della facoltà di subordinare la richiesta di giudizio abbreviato ad un'integrazione probatoria è coerente con la posizione di tale soggetto processuale, che si trova ad affrontare il rischio di un giudizio (e di una possibile conseguente condanna) basato sugli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari ed a cui va pertanto riconosciuta la facoltà di chiedere l'acquisizione di nuovi e ulteriori elementi di prova. Diversa è, invece, la posizione del pubblico ministero: tenuto conto del ruolo svolto nelle

---

<sup>119</sup> Così, C. Cost., n. 88/1991.



indagini preliminari e fermo restando il suo diritto all'ammissione di prova contraria a norma dell'art. 238, comma 5, c.p.p., non è irragionevole la scelta legislativa di non riconoscergli il diritto di chiedere l'ammissione di prove a carico dell'imputato solo perché questi ha presentato la richiesta di giudizio abbreviato. Da un lato, il pubblico ministero ha già esercitato il potere ed assolto al dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; dall'altro, l'esigenza di completezza delle indagini preliminari (su cui v. sentenza n. 88 del 1991) risulta rafforzata dal riconoscimento dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale. Ne deriva che non costituisce irragionevole discriminazione tra le parti la mancata attribuzione all'organo dell'accusa di uno specifico potere di iniziativa probatoria per "controbilanciare" il diritto dell'imputato al giudizio abbreviato»<sup>(120)</sup>.

In particolare con un successivo intervento si è precisato come il dovere di completezza delle indagini debba «includere anche la puntuale e rigorosa verifica e "tenuta" degli elementi "a carico" nel riscontro con quelli eventualmente "a discarico"»<sup>(121)</sup>.

Pertanto non si impone solo un profilo quantitativo in ordine alle indagini effettuate ma si richiede anche una verifica di qualità determinata da un giudizio sul grado di «resistenza» degli elementi a carico a fronte di eventuali elementi a discarico.

Tutto ciò accentua gli oneri dimostrativi gravanti sull'accusa; e quindi l'obbligo di emettere sentenza di non luogo a procedere quando «gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque inidonei a sostenere l'accusa in giudizio», non risulta limitato da un'incompletezza delle indagini che, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, è situazione che grava su chi ha l'onere di provare.

Del resto non è un caso che il legislatore, con l'art. 421 bis c.p.p., abbia previsto il potere di ordinare il completamento delle indagini. Al di là della contraddizione sistematica tra principio di completezza delle indagini e loro successiva completabilità, quel che rileva è che la disciplina dell'udienza preliminare, unitamente all'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione pe-

<sup>120</sup> Cfr. C. Cost., n. 115/2001.

<sup>121</sup> In tal senso, C. Cost., n. 184/2009.

nale solo a fronte di una «completezza» delle indagini, è in grado di porre il giudice dell'udienza preliminare di fronte ad una «piattaforma probatoria» che lo pone in condizioni di potere decidere con completezza cognitiva.

Sul punto, in sede nomofilattica si è affermato che, in udienza preliminare «non si tratta quindi di accettare, o richiedere, uno standard probatorio meno rigoroso ma di verificare la possibilità di una evoluzione del quadro probatorio (...). Il giudice dell'udienza preliminare ha dunque il potere di pronunciare la sentenza di non luogo a procedere - oltre che nei casi nei quali esista già la prova indiscussa dell'innocenza o appaia evidente l'inconferenza degli elementi di accusa - non quando effettui un giudizio prognostico in esito al quale pervenga ad una valutazione di innocenza dell'imputato ma in tutti quei casi nei quali, fermo questo giudizio prognostico, non esista una prevedibile possibilità che il dibattimento possa invece condurre ad una diversa soluzione»<sup>(122)</sup>.

Nell'ambito di tale metodo valutativo si è precisato che «se il fine deve essere quello di evitare dibattimenti inutili cioè quelli destinati ragionevolmente (il giudizio prognostico non può andare oltre) a concludersi con l'assoluzione dell'imputato il criterio dell'intangibilità del quadro probatorio e della non superabilità in dibattimento sembra dunque quello più idoneo a salvaguardare le contrapposte esigenze: evitare i dibattimenti inutili e non pregiudicare invece l'evoluzione di situazioni che immutabili non sono»<sup>(123)</sup>.

In conclusione, il quadro probatorio caratterizzante l'udienza preliminare deve risultare, allo stato degli atti, immutabile e dunque insuscettibile di essere superato in dibattimento. Tale realtà consente al gup di emettere una sentenza di non luogo a procedere, anche nelle ipotesi di dubbio.

Questa è la coerente conseguenza della «profonda trasformazione dell'udienza preliminare sul piano della qualità e quantità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, cui ha corrisposto, quanto alla determinazione conclusiva, un apprezzamento del merito ormai privo di caratteri di sommarietà che prima della riforma erano tipici di una deliberazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti; sicchè la medesima udienza preliminare si qualifica ormai come momento di giudizio di natura non meramente processuale (...)»<sup>(124)</sup>.

In tal modo la regola di giudizio dell'udienza preliminare, pur continuandosi a caratterizzare come regola di natura prognostica, limita il momento di previsione alle sole prove già esistenti, non potendo farsi carico di quelle prove

<sup>122</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 25-03-2010, Visintin, cit., 94.

<sup>123</sup> In questi termini, ancora, Cass. pen., sez. IV, 25-03-2010, Visintin, cit., 94.

<sup>124</sup> Così Cass. pen., sez. II, 28-02-2012, cit.

mancanti a causa dell'incompiutezza delle indagini del pubblico ministero <sup>(125)</sup>.

Ed allora, con riferimento alle prove già esistenti, non resta che ribadire come la valutazione prognostica della loro evoluzione debba essere effettuata su criteri di probabilità causale rispondenti al principio dell'*id quod plerumque accidit*; principio che non consente di ritenere prevedibile una modifica probatoria solo perché la prova dichiarativa deve essere verificata attraverso il metodo del contraddittorio.

Se questo ha indiscutibilmente una natura epistemica, è pur vero che l'ampia previsione di letture dibattimentali pone il rischio di una «trasformazione probatoria» in un'area limitata e comunque calcolabile.

#### 8.4 La decisione sul merito dell'accusa.

Completamente diversa si presenta la morfologia della valutazione avuto riguardo alle sentenze dibattimentali ed a quelle ad esse equiparate. Qui il giudice non si deve preoccupare di valutare la prova in relazione a «quel che sarà», ma deve valutare l'esistente, peraltro caratterizzato da forme euristiche di acquisizione.

In tale prospettiva si pongono a presidio della funzione di giudizio regole valutative che agiscono diversamente su i due poli della possibile decisione: l'innocenza e la colpevolezza. Da una parte con l'art. 530, comma 2, c.p.p. si opera un'equiparazione della prova di colpevolezza mancante, insufficiente o contraddittoria alla prova d'innocenza; dall'altra parte, con l'art. 533 c.p.p., si precisa che per condannare l'imputato il giudice deve ritenerlo responsabile «al di là di ogni ragionevole dubbio».

---

<sup>125</sup> La conclusione risulta ulteriormente rafforzata ove si ponga mente alla revocabilità della sentenza di non luogo a procedere. Con riferimento a quest'ultima, la regola di giudizio risulta sempre presidiata da un profilo prognostico, ancorato ai parametri dell'art. 425 c.p.p.. Ed allora, tanto nell'ipotesi in cui la revoca della sentenza si fonda su fonti di prova già acquisite, quanto nella diversa evenienza in cui il novum probatorio sia ancora da acquisire, la regola di giudizio che presiede al provvedimento previsto dall'art. 436 c.p.p. non è dissimile dall'ordinaria regola imposta per l'adozione della sentenza di non luogo a procedere. Si tratta di operare una "rivalutazione" di quanto le nuove prove pongano in «crisi» nella prospettiva dei limiti di giudizio della sentenza di non luogo a procedere questa ultima decisione. Il ragionamento prognostico si può atteggiare diversamente a seconda che si verta nell'ipotesi di un novum già acquisito o ancora da acquisire. Nel primo caso, infatti, occorre solo valutare la concluzione probatoria, nel secondo, viceversa, la prognosi valutativa si correla a un futuro in relazione al quale il giudizio sulla revoca della sentenza si fonda su una previsione in ordine alle capacità degli acquisendi elementi conoscitivi a porre in discussione il parametro di giudizio in forza del quale si è pervenuti ad una sentenza di non luogo a procedere. In ogni caso, anche in tale ultima evenienza, il pubblico ministero è autorizzato alla riapertura delle indagini all'esito delle quali sarà libero di effettuare le sue scelte in ordine al nuovo esercizio o meno dell'azione penale. E quindi anche per tale via si ritorna all'ordinaria regola di giudizio che presiede al provvedimento di archiviazione e/o alla sentenza di non luogo a procedere.

Si determina così uno standard valutativo che opera su un duplice fronte pervenendo ad un criterio di giudizio che, osservante della regola di valutazione imposta dalla presunzione di non colpevolezza, restringe il campo operativo di una possibile condanna. In sostanza il combinato operare degli artt. 530, comma 2 e 533, comma 1, c.p.p. conducono alla necessaria assoluzione dell'imputato non solo in presenza di risultati degli esperimenti probatori equiprobabili, ma anche in presenza di prove di colpevolezza assistite da un dubbio ragionevole che determina la plausibilità di «decorsi alternativi».

Pur costituendosi con le norme in discorso standards valutativi, ciò non toglie che gli stessi si caratterizzino per il loro alto tasso di discrezionalità. Del resto, con la funzione di giudizio sulla fattispecie giudiziale <sup>(126)</sup> il giudice fornisce la sua ricostruzione del fatto storico costitutivo mediante una verifica a ritroso di come si è realizzato un accadimento della vita reale attraverso quei dati conoscitivi che ha acquisito nel corso del processo. Si tratta, cioè, di un'attività di verifica delle prove per mezzo di una logica inferenziale che da un giudizio sulle prove conduce a quello di verosimiglianza del fatto da provare <sup>(127)</sup>.

La difficoltà dell'analisi di tale funzione di giudizio sta nella consapevolezza che, nel momento decisionale puro, la logica non opera nel senso che il giudice una volta «ridotta la distanza tra il sommamente probabile ed il grandemente improbabile fino a configurare un semplice dilemma - che esclude la prospettività di ogni altra ragionevole soluzione - decide senza escludere la possibilità che la realtà delle cose sia stata diversa» da quella desunta dalle prove <sup>(128)</sup>. Si individua, in sostanza, un «punto di convincimento» <sup>(129)</sup> che sfugge alla logica e si affida al «mutevole cuore del giudice» <sup>(130)</sup> e solo in parte tale realtà trova nella motivazione la sua giustificazione razionale <sup>(131)</sup>. La motivazione pertanto realizza uno strumento giustificativo della decisione rispetto alla quale si pone come un *posterius* <sup>(132)</sup>. E se così è non è controvertibile che la motivazione deve investire tutte le questioni necessarie alla decisione. Di

<sup>126</sup> Sul concetto di fattispecie giudiziale, si rimanda a LOZZI, *Profili di un'indagine tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1794, 41.

<sup>127</sup> Sul tema si rimanda alle puntuali osservazioni di GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in AA.VV. *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 78.

<sup>128</sup> Così GAROFOLI, *Art. 192*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, I Agg., a cura di Gaito, Torino 2004.

<sup>129</sup> Sul tema, si rimanda alle non più recenti ma ancora attuali considerazioni di FOSCHINI, *Il Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 408.

<sup>130</sup> In tal senso, CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959, 214.

<sup>131</sup> Sul tema, cfr. GAROFOLI, *I nuovi standard valutativi e gli epiloghi decisori del giudizio*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 80.

<sup>132</sup> Per una lettura che riscopre il senso della motivazione, partendo dalla consapevolezza dell'inscindibilità tra dato e valore, cfr. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale*, cit., 236.

qui il rifiuto di un'impostazione metodologica diretta ad analizzare l'apparato normativo come «sistema autopoietico chiuso» <sup>(133)</sup>. Non ha senso, infatti, uno studio isolato del diritto penale, arroccato sulle categorie del reato, se non si affronta il problema della loro prova nel processo e dei criteri con i quali il giudice deve pronunciarsi <sup>(134)</sup>. Il rilievo conduce ad una rivisitazione dei rapporti tra diritto e processo <sup>(135)</sup> ma, soprattutto, evidenzia la centralità che viene ad assumere la regola di valutazione della «fattispecie giudiziale» <sup>(136)</sup>.

Il tema attinge nodi fondamentali del processo: presunzione di innocenza, libero convincimento, giustificazione razionale della decisione, epistemologia dell'evidenza giudiziaria; questioni tutte che fanno emergere elevati momenti di frizione ogniqualvolta il giudizio è caratterizzato da incertezza probatoria <sup>(137)</sup>.

La situazione si complica ulteriormente quando la valutazione è richiesta con riferimento a reati ad alta complessità strutturale e d'accertamento dovendosi esprimere un giudizio e, quindi, fornirne una giustificazione razionale, non solo con riferimento alla sussistenza del fatto storico, ma soprattutto di quei fatti sussumibili nella fattispecie di reato contestata. Il problema è destinato ad ulteriori ingravescenze se posto in relazione a fattispecie caratterizzate da insufficiente determinatezza. Qui il rischio è che il deficit di tipicizzazione conduca a confondere i piani del ragionamento che presiede al giudizio.

L'accertamento del fatto storico, l'individuazione della portata applicativa della fattispecie astratta ed il giudizio di sussumibilità del fatto storico nel «fatto tipico» mediato da una valutazione di conformità, rischiano di perdere il loro «regolamento di confini». Il risultato è quello di indebite operazioni di supplenza giudiziaria tanto con riferimento alla «determinazione» di fattispecie

<sup>133</sup> In tal senso, STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 81.

<sup>134</sup> Così, ancora, STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio*, cit., 81.

<sup>135</sup> Sul punto, si richiamano le profonde argomentazioni di FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, cit., VIII, in cui si manifesta «il rifiuto ... della concezione del processo inteso quale strumento per l'applicazione della legge ad una realtà di fatto estranea al diritto, alla quale il diritto (inteso come comando del legislatore) verrebbe imposto coattivamente dall'esterno». Di qui, il richiamo ad una concezione «giurisdizionale del processo» e cioè quale «fenomeno originario di vita della realtà giuridica».

Sul tema dei rapporti tra diritto e processo penale cfr. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, RIDPP, 1992, 431, laddove si evidenzia la diversità dei ruoli che ha caratterizzato il diritto processuale rispetto a quello sostanziale: prima «servo muto» poi «socio paritario» ed infine «socio tiranno».

<sup>136</sup> Sul tema si rimanda ancora a LOZZI, *Profili di un indagine*, cit., 41.

<sup>137</sup> In tal senso sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il controllo di una giustificazione razionale*, in *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, a cura di Pucella, De Santis, Padova, 2007, 255.

(<sup>138</sup>) quanto avuto riguardo all'ampliamento dei poteri investigativi e probatori che in tal modo vanno a sostituirsi alla carenza dello schema legale astratto (<sup>139</sup>).

Del resto, dal momento in cui una fattispecie difetta di determinatezza, necessariamente si allarga l'area di comportamenti sussumibili nel suo schema legale e, nel contempo, si dilata non solo il tema d'investigazione ma anche quello della prova (<sup>140</sup>). All'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice corrisponde un'eguale indeterminatezza del «perimetro» processuale, ed è su tale perimetro che deve essere esercitata la funzione di giudizio con le regole ad essa sottese.

Risulta, però, evidente a tutti il rischio che una tecnica legislativa tendente a creare fattispecie evanescenti, prive di condotta o di mero pericolo, superiori, con una scorciatoia di diritto penale sostanziale, i problemi di valutazione della prova.

In tale prospettiva la regola dell'oltre ragionevole dubbio ha l'indiscusso merito di porre un freno ad «esuberanze operative» ma, nel contempo, non può che risentire dell'incertezza (recte, indeterminatezza) dell'oggetto della prova (<sup>141</sup>).

E sul punto occorre una precisazione. Independentemente dal metodo probatorio utilizzato per la ricostruzione del fatto storico oggetto d'imputazione, il giudizio che si andrà ad esprimere non potrà mai essere di certezza assoluta (<sup>142</sup>). Infatti il giudice giunge ad una decisione caratterizzata da una certezza processuale la quale risponde ad un criterio di credibilità razionale (<sup>143</sup>) che si affianca ad una valutazione non di verità ma di semplice verosimiglianza. Non a caso il legislatore, proprio in tema di disciplina delle prove, ha bandito

<sup>138</sup> Si è fatto riferimento a «fattispecie a formazione giudiziaria, tristi simulacri della legalità», così PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, IP, 1999, 535.

<sup>139</sup> Sul tema, si rimanda alle argomentazioni di NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 181.

<sup>140</sup> In tal senso, ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, RIDPP, 1996, 570.

<sup>141</sup> Cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., 539, dove si rileva: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria) come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alterano ed infine si sovvertono».

<sup>142</sup> Sul punto, si rimanda alle argomentazioni di GAROFOLI, *I nuovi standard valutativi*, cit., 79.

<sup>143</sup> Cass. S.U., 10-7-2002, Franzese, CP, 2003, 1176; in dottrina, cfr. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli*, DPP, 2003, 50; DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, CP, 2002, 3643; MASSA, *Le Sezioni Unite davanti a "nuvole e orologi"*, in RIDPP, 2002, 767; da ultimo cfr. GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 81.

l'utilizzo della parola «verità» <sup>(144)</sup>. Vi è quindi una consapevolezza che il ragionamento logico del giudice, pur adoperando le leggi scientifiche, le regole della logica e le massime di esperienza, non può raggiungere il grado di certezza della verità matematica. Pertanto, la certezza processuale si caratterizza per una percentuale di incertezza costituita anche dalla possibilità di errore umano. Si evidenzia così una dissonanza tra verità formale e verità materiale <sup>(145)</sup> che determina, nella consapevolezza della fallibilità della decisione, l'esigenza di adeguare la disciplina codicistica a modelli di verità che in un determinato momento storico risultano condivisi <sup>(146)</sup>. Ma, come noto, gli stessi risultano mutevoli nel tempo e le stesse leggi scientifiche che li fondano sono assoggettate al relativismo <sup>(147)</sup>. Tutto ciò rende ancor più precario il rapporto tra certezza e processo.

Non a caso anche l'uso delle massime di esperienza è stato posto in discussione proprio con riferimento alla loro capacità dimostrativa <sup>(148)</sup>; queste, infatti, costituiscono definizioni astratte ricavate dall'esperienza empirica <sup>(149)</sup>. Si basano quindi su calcoli probabilistici che spesso e volentieri subiscono eccezioni determinate dal passaggio della categoria generale al caso specifico, nonché alla molteplicità dei singoli casi che intendono regolare.

Emerge dunque un criterio valutativo equivoco che ha condotto alla corretta affermazione secondo cui le massime di esperienza devono essere utilizzate solo quando il giudice è ragionevolmente certo della loro affidabilità e solo se risultano confermate da altre prove <sup>(150)</sup>.

Si perviene così ad un disconoscimento delle capacità dimostrative delle massime di esperienza. Né pare possa recuperarsi terreno sul piano della efficacia probatoria ipotizzando di sottoporre le stesse al contraddittorio delle parti

<sup>144</sup> Sul punto, cfr. NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, II, 1990, 381; ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, FI, 1988, V, 11.

<sup>145</sup> Su tale distinzione cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, rist., 1992, 27; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 23; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in Cicu, Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1992, 4.

<sup>146</sup> SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 12.

<sup>147</sup> Esattamente si è rilevato come la scienza non sia altro che «il tentativo, vecchio di secoli, di coordinare, grazie ad un pensiero sistematico, i fenomeni percettibili nel mondo in cui viviamo, in un sistema quanto più possibile completo. In termini più audaci è il tentativo di ricostruire a posteriori l'esistenza mediante un processo concettuale». Così EINSTEIN, *Idee e opinioni* (trad. it.), Milano, 1957, 49.

<sup>148</sup> IACOVELLO, *La motivazione*, cit., 183.

<sup>149</sup> Nel senso che nelle massime di esperienza rientrano non solo le nozioni generali acquisite attraverso la conoscenza comune ma anche quelle tratte dall'esperienza scientifica, cfr. CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, 101.

<sup>150</sup> Sul tema, cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte sul sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 175; TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, RTPC, 1997, 563.

(<sup>151</sup>).

L'affermazione svela un vizio di origine nella misura in cui assegna alla massima d'esperienza il ruolo di prova. Ed, infatti, solo il dato conoscitivo è sottoposto alla verifica del contraddittorio; costituendo anzi quest'ultimo il metodo di conoscenza.

E' noto, viceversa, come la massima di esperienza non costituisca in sé un dato da valutare, risolvendosi in una mediazione intellettuale attraverso la quale da una prova si giunge alla rappresentazione del fatto da provare.

In altre parole si è al cospetto di una regola di valutazione applicabile ad un dato conoscitivo con divieto di sostituirsi al dato probatorio che deve valutare.

In tale prospettiva, non appare cogliere nel segno il rilievo secondo cui l'efficacia probatoria delle massime di esperienza non può essere rafforzata dalla loro sottoposizione al contraddittorio in quanto lo stesso potrebbe realizzarsi solo nel giudizio di impugnazione (<sup>152</sup>). Qui, al massimo, si potrà procedere ad un'attività di «controllo» del giudizio formulato ricomprendendo in tale attività anche l'eventuale acquisizione di materiale probatorio «utile». Ma, e sul punto non possono essere consentite confusioni, una cosa è il dato probatorio, altra cosa la regola di valutazione dello stesso (<sup>153</sup>).

Diversamente si consentirebbe al giudice di fondare il proprio convincimento sul suo «sapere privato», è ciò in contrasto con il divieto introdotto dall'art. 526 c.p.p. di «utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

Qualunque sia il tipo di decisione cui perviene, il giudice ha l'obbligo di un redde rationem delle scelte effettuate nella motivazione del provvedimento il cui schema legale minimo è individuato negli artt. 125, 292 e 546 c.p.p.. La finalità è quella di limitare la libertà valutativa del giudice vincolandolo al rispetto dei requisiti formali controllabili in sede d'impugnazione.

E' necessaria quindi la considerazione di qualsiasi accadimento e/o prova e la valutazione della loro capacità dimostrativa indipendentemente dalla «direzione probatoria» del dato conoscitivo.

In sostanza l'obbligo di specificare quali prove siano state poste alla base della

<sup>151</sup> Nel senso contestato nel testo cfr. STELLA, *Giustizia e modernità la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 179, dove si rileva come le massime di esperienza possano essere introdotte nel processo penale solo se sottoposte al vaglio del contraddittorio «per rendere possibile la decisione sulla base della regola dell'oltre il ragionevole dubbio».

<sup>152</sup> In tal senso, GAROFOLI, *I nuovi standard valutativi*, cit., 83 nota 30.

<sup>153</sup> Anche in sede giurisprudenziale, dove spesso e volentieri si confonde la prova con le massime di esperienza, si è precisato come quest'ultime costituiscano «definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto sul quale il giudice è chiamato a decidere, acquisiti con l'esperienza, ma autonomi rispetto ai singoli casi dall'osservazione dei quali sono dedotti ed oltre i quali devono valere per i nuovi casi». Così Cass. S.U., 09-03-2007, Esposito, *GDir*, 19, 79.



decisione con il correlativo dovere di enunciare le ragioni per le quali non sono state ritenute attendibili le prove contrarie, unitamente all'obbligo di dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati per la deliberazione, denotano «l'esigenza e l'aspettativa che ogni decisione sia adottata nel rispetto delle regole codificate e alla stregua delle regole non codificate della logica razionale, dell'esperienza e della scienza» <sup>(154)</sup>; esigenza ed aspettativa che risultano ancora più rafforzate da quelle regole dirette a presidiare la legalità della prova e, dunque, il materiale conoscitivo utilizzabile ai fini della decisione (artt. 191, 526 c.p.p.).

Si delinea quindi un «ordine processuale» diretto ad ottenere una ricostruzione storica del fatto più verosimile possibile. A tal proposito si è distinto l'ordo probationum e l'ordo questionum: il primo «attiene all'ammissione e all'acquisizione della prova, il secondo si fonda su un codice logico basato su una teoria procedurale della razionalità pratica, cioè di un procedere razionalmente per cui ogni passaggio logico argomentativo è scandito nei contenuti, nelle forme e nei tempi e consente di restringere progressivamente il ventaglio delle conclusioni argomentative possibili. L'ordo questionum e l'ordo probationum agevolano la formazione del giudizio del giudice, ancorandolo ai materiali più puri della prova e immunizzandolo da tentazioni di scelte arbitrarie» <sup>(155)</sup>.

In tale contesto si colloca la regola di giudizio prevista dall'art. 530 c.p.p.. La decisione sul fatto incerto non può discendere dalle valutazioni del giudicante in quanto qualsiasi situazione di dubbio, anche sotto il profilo della contraddittorietà probatoria, impone un epilogo assolutorio. Regole queste estese alla prova di una causa di giustificazione nonché, ai sensi degli artt. 529 e 531 c.p.p., alla prova sull'esistenza delle condizioni di procedibilità ed a quella inerente le cause estintive del reato.

#### 8.4.1. La rilevanza innovativa del ragionevole dubbio.

Le specifiche regole di valutazione processuale evidenziano un sistema normativo che rifiuta «l'intuizionismo giudiziario» ed il contrapposto sistema di prove legali.

L'intenzione è quella di contenere la discrezionalità del giudice nel momento della decisione. La scelta normativa, già presente nella versione primigenia del codice, risulta ulteriormente perseguita dalla modifica dell'art. 533 c.p.p. laddove prevede che il giudice possa pronunciare sentenza di condanna «se

<sup>154</sup> In tal senso, esattamente, GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 78.

<sup>155</sup> Così DE LUCA, *Il sistema delle prove penali, ed il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, RIDPP, 1992, 1258.

l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

Il rafforzamento dei criteri di valutazione della prova concorre ad individuare i requisiti di validità della motivazione.

Com'è stato correttamente rilevato la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio esige «percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova come espressione del diritto alla difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa, razionale» <sup>(156)</sup>.

La circostanza che il principio fosse già stato recepito in sede giurisprudenziale <sup>(157)</sup> nulla toglie alla sua portata innovativa.

Indipendentemente da nominalismi classificatori, diretti a differenziare la «consolidazione» dalla codificazione vera e propria <sup>(158)</sup>, quel che conta è valutare se l'introduzione normativa espressa <sup>(159)</sup> della regola di valutazione dell'oltre ragionevole dubbio comporti conseguenze di rilievo.

Punto di partenza obbligato non può che essere l'analisi delle disposizioni lessicali della regola <sup>(160)</sup>. L'essenza di quest'ultima è rinvenibile nella locuzione «ragionevole dubbio». La sua formalizzazione in termini generali, riferibile alla colpevolezza e dunque alla ricostruzione della fattispecie giudiziale nel

<sup>156</sup> Così CANZIO, *L'«oltre ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, CP, 2005, 306.

<sup>157</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 30-10-2003, Andreotti, CP, 2004, 811; Id., S.U., 10-07-2002, Franzese, cit.; Id., S.U., 21-04-1995, Costantino, CP, 1995, 2838; Id., sez. I, 14-05-2004, Grasso, *ivi*, 2005, 759.

<sup>158</sup> Sul punto, cfr. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni e regole del giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 87.

<sup>159</sup> Occorre rilevare come, al di là dei riferimenti costituzionali che giustificano l'operatività del principio dell'oltre ragionevole dubbio, derivazione diretta della presunzione di non colpevolezza, meritano di essere ricordati gli artt. 66, 67 e 74 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, ratificato dallo Stato italiano con la L. 12-07-1999, n. 39, nei quali coesistono, tutti insieme, la presunzione di innocenza dell'imputato, la regola secondo cui solo all'accusa spetta l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'imputato e l'obbligo della motivazione della sentenza, la quale deve essere deliberata adeguandosi al principio dell'oltre ragionevole dubbio.

<sup>160</sup> Per una impostazione diretta ad inquadrare il ragionevole dubbio tra i principi seguendo la distinzione dworkiana tra i principi e regole cfr. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 355; sul tema in genere, cfr. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 1982, 93; la distinzione è stata riproposta con riferimento ai temi del «giusto processo», FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna 2005, 25, nonché con specifico riferimento ai rapporti tra diritto di difesa ed efficienza del processo, ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi di memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 558.

suo complesso, risulta d'immediata percezione ma, nel contempo, «sfida ogni definizione» <sup>(161)</sup>.

In ogni caso, occorre analizzare le componenti della regola. L'aggettivo ragionevole significa «comprensibile ad una persona razionale»; in particolare «ragionevole non equivale a "logico" o "razionale", ma a "plausibile" perché il dubbio in senso propriamente logico è sempre ammissibile nella valutazione delle prove. Tra "ragionevole" e "razionale" o "logico" corre una differenza analoga a quella che vi è tra induzione e deduzione, tra prova empirica e dimostrazione matematica. Se la colpevolezza dovesse essere provata oltre ogni dubbio "logico" o "razionale", così da riuscire inconfutabile per ogni persona sana di mente, nessuna condanna sarebbe mai legittima, dato che si può sempre ipotizzare l'innocenza anche di fronte alle prove più schiacciante di colpevolezza senza incorrere in alcuna contraddizione» <sup>(162)</sup>.

Il rilievo evidenzia la soggettività del giudizio ma, contemporaneamente, pone in luce come la ragionevolezza costituisca un elemento qualificativo del dubbio conferendo allo stesso un crisma di oggettività <sup>(163)</sup>.

In sostanza il dubbio ragionevole deve essere un dubbio qualificato. E siccome si tratta di una regola di giudizio, non è controvertibile che il requisito della ragionevolezza debba essere motivato. Di qui l'individuazione di una soglia valutativa del dubbio ragionevole da ricercarsi nella possibilità di motivarlo attraverso categorie logiche <sup>(164)</sup>. Al di sopra di tale soglia le gradazioni d'intensità del dubbio vanno tutte verso la certezza dell'innocenza <sup>(165)</sup>; viceversa, nel caso contrario, si è al cospetto di un dubbio non rilevante che lascia il campo alla «certezza processuale di reità» <sup>(166)</sup>.

Ne discende come la barriera diretta a limitare la soggettività della decisione sia costituita dal modello normativo della motivazione in fatto <sup>(167)</sup> che, alla

<sup>161</sup> In tal senso FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 352.

<sup>162</sup> Così, ancora, FERRUA, *Impugnazioni. Cassazione a rischio paralisi*, DeG., 2005, 36, 107. Si è pure precisato come «la formula, bella e suggestiva, non risolv(a) ogni problema; per evidenti che siano le prove, il dubbio, in tal senso strettamente logico, non è mai irragionevole, e quando invece lo diventi in questa accezione metaforica, intrisa di "valore" può stabilirlo solo il giudice, essendo proprio questa la sua pesante responsabilità». Così, ancora, FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, 1120.

<sup>163</sup> CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 102.

<sup>164</sup> Così esattamente CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 102.

<sup>165</sup> Sul punto si rimanda ancora alle argomentazioni di CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 103.

<sup>166</sup> Si è rilevato che, a cagione delle cadenze dell'onere della prova, l'innocenza non è tema demandato al giudice. La decisione di non colpevolezza è residuale: vi si arriva solo in quanto non si riesca a condannare. Così DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 353.

<sup>167</sup> Sul tema si rimanda a CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA.VV., *Scienza e causalità*, a cura di Seminara e De Maglie, Padova, 2006, 155, dove si precisa come il modello di motivazione sia «finalizzato a garantire che le decisioni siano adottate non

luce degli artt. 192, 546 lett. e) e 606 lett. e) c.p.p., pretende una razionalità sempre più stringente uniformando la soglia valutativa del giudice <sup>(168)</sup>.

A tale conclusione risulta d'ausilio l'altra componente del concetto: il dubbio. Esso non è riferibile all'innocenza ma solo alla colpevolezza costituendo quest'ultima il tema esclusivo del processo. Pertanto il senso dell'espressione si può cogliere nella volontà di specificare che la prova della colpevolezza, essendo sempre di natura induttiva, non può raggiungere quel livello «di implicazione necessaria che nel settore deduttivo connota il rapporto tra premessa e conclusione» <sup>(169)</sup>.

Di qui ancor più la necessità di pretendere una motivazione «qualitativa». Certo, si tratta di un atto «d'intelligenza» postuma rispetto alla decisione ed è presente a tutti il rischio che la portata innovativa del «ragionevole dubbio» venga superata e svilita da esercitazioni sintattiche sulla decisione <sup>(170)</sup>; tuttavia, non pare potersi affermare l'inutilità della regola di decisione in quanto ha comunque l'effetto di orientare il momento di giudizio vincolandolo a criteri di valutazione in relazione ai quali il provvedimento verrà sottoposto ad un sistema di controlli <sup>(171)</sup>.

Nemmeno pare potersi condividere l'opinione secondo cui l'oltre ragionevole dubbio assumerebbe un carattere simbolico in quanto nulla aggiungerebbe alla regola di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p. <sup>(172)</sup>.

---

solo nel rispetto della legalità e dell'ordine normativo precostituito, ma rispondano anche ai postulati della logica» evidenziandosi come lo stesso sia disegnato dal nuovo codice di rito penale mediante una serie di norme che guidano «il giudice nell'accertamento dei (degli enunciati aventi ad oggetto) fatti giuridicamente rilevanti e indicano il metodo formale del ragionamento probatorio in relazione alle singole fasi del procedimento ed alle specifiche funzioni e ciascuna di esse assegnate dal sistema».

<sup>168</sup> Sui profili di soggettività della decisione devono richiamarsi la argomentazioni di NOBILI, *Storia di un'illustre formula*, cit., 90. Per ulteriori considerazioni sul soggettivismo della decisione, FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.* 1998, 590.

<sup>169</sup> FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 354, dove evidenzia che «sembra un paradosso ma in termini propriamente tecnici l'enunciato "x è provato oltre ogni ragionevole dubbio" rappresenta un'attenuazione e non un rafforzamento del più lapidario "x è provato"».

<sup>170</sup> Si rimanda, sul punto, ai rischi paventati da NOBILI, *Storia di un'illustre formula*, cit., 90, dove si precisa «se, poi, non sembrano consentite grandi illusioni su un eventuale affermazione normativa dell'"oltre ragionevole dubbio", perché potremmo ritrovarcela - al di a breve - sfatta, sfibrata, accantonata come vacuo orpello, essa tuttavia - altrove - ha costituito l'architrave per blocchi di robusta giurisprudenza».

<sup>171</sup> Sul punto, vedi CANZIO, *Prova scientifica*, cit., 157, laddove precisa che: «in lineare simmetria e complementarità con i limiti fissati dall'art. 606 comma 1 lett. e) circa lo specifico caso di ricorso in Cassazione (...) il controllo di legittimità sulla motivazione rinvia ad uno schema epistemologico che pretende la trasparenza e la comunicabilità intersoggettiva della trama giustificativa delle ragioni e della "logica" della decisione in fatto».

<sup>172</sup> In tal senso, ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Milano, 2006, 731; PERCHINUNNO, *Il giudizio*, in Pisani, Molari, Corso, Gaito, Spangher, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2006, 489. Nel senso, invece, che la regola dell'oltre ragionevole dubbio

E' sufficiente rilevare che, mentre l'art. 530 c.p.p. è riferito all'ipotesi di proscioglimento, l'art. 533 c.p.p. lega l'operatività dell'oltre ragionevole dubbio ad una sentenza di condanna. Se ambedue sono espressione del principio in dubio pro reo, il diverso ambito di azione delle regole decisorie aumenta la portata operativa dello stesso. Per convincersene si prenda spunto dall'ipotesi di prova insufficiente o contraddittoria; può accadere che la prova che non risulti insufficiente determini comunque un dubbio ragionevole sulla colpevolezza.

In altre parole, il riferimento dell'oltre ragionevole dubbio alla sentenza di condanna impone di pervenire ad un proscioglimento anche laddove si superi il vaglio «sufficienza – insufficienza» probatoria. Non deve del resto sfuggire come la riferibilità del «ragionevole dubbio» alla sentenza di condanna rafforzi la presunzione di non colpevolezza e con essa il conseguente onere della prova, che assume una valenza qualificata. In sostanza, la presunzione di non colpevolezza acquisisce centralità al punto da essere elevata a regola epistemologica<sup>(173)</sup>; ed infatti, allo stato, il ragionamento mentale del giudice non è quello di verificare se può assolvere ed in caso di risultato negativo condannare, ma, al contrario, deve partire dalla possibilità di una condanna<sup>(174)</sup>. Si riassegna, così, con maggior chiarezza il ruolo che spetta all'art. 530, comma 2, c.p.p.; com'è stato correttamente ribadito esso costituisce una regola di giudizio e non un'autonoma formula di proscioglimento<sup>(175)</sup>.

In tale contesto il valore epistemologico assegnato alla presunzione d'innocenza determina l'obbligo del pubblico ministero di dimostrare la colpevolezza dell'imputato, ed in ordine al quantum della soglia probatoria occorre che le prove di accusa siano provate oltre ogni ragionevole dubbio.

Solo dopo che l'accusa abbia adempiuto al proprio onere di prova spetterà alla difesa dimostrare non solo l'innocenza, ma anche solo il dubbio della colpevolezza. Sarà quindi compito del pubblico ministero allegare elementi tali da eliminare nel giudice ogni ragionevole dubbio sull'innocenza, che è

---

costituisce una «rivoluzione copernicana» cfr. PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *GDDir*, 2006, 10, 73; SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 250.

<sup>173</sup> Sulla presunzione di non colpevolezza interpretata come presunzione d'innocenza cfr. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 97; PAULESU, «Presunzione di non colpevolezza», in *D.I.*, IX, Torino, 1995, 693; già negli stessi termini ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 33 dove, dopo essersi affermato il valore di regola epistemologica della presunzione d'innocenza, si rileva come la sua funzione sia quella di minimizzare il rischio insito nell'accertamento e di trasferirlo dall'imputato alla società.

<sup>174</sup> Sull'argomento si rimanda a SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, cit., 255.

<sup>175</sup> Sul punto, cfr. ancora SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, cit., 251.

presunta finchè non si dimostri il contrario <sup>(176)</sup>.

I rilievi svolti evidenziano la svolta «etica» posta alla base dell'oltre ragionevole dubbio. La consapevolezza della portata dei diritti e dei valori messi in gioco nel processo penale impone di dare la preferenza al rischio che un colpevole venga assolto dal processo all'evento negativo che un innocente venga condannato <sup>(177)</sup>. In tale linea «ideologica» l'introduzione di un canone probatorio e di giudizio è finalizzata a fornire un limite epistemico al libero convincimento diretto a «scongiurare il pericolo che venga banalizzato il valore dell'innocenza e della presunzione di carattere costituzionale che vi si correla, già di per sé insidiato dal processo oggi spesso percepito e vissuto (...) come sanzione in divenire» <sup>(178)</sup>.

### 8.5. Prova scientifica e ragionevole dubbio.

Le conclusioni raggiunte in ordine ai contenuti ed alla portata operativa del principio dell'oltre ragionevole dubbio impongono di valutarne le specifiche applicazioni avuto riguardo alla prova scientifica.

Punto preliminare è quello di comprendere a quali condizioni possa essere ritenuta la scientificità di un enunciato ed, in particolare, in che modo e con quali limiti il giudice possa «controllare» la scientificità di un assunto utilizzato nell'argomentum di prova.

La peculiarità del tema emerge quando l'inferenza probatoria, che è alla base dell'accertamento del fatto, non può essere realizzata sulla scorta delle conoscenze ordinarie del sapere diffuso. In tali situazioni, come si è precisato in sede nomofilattica <sup>(179)</sup>, «il sapere scientifico costituisce un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito: si tratta di tentare di metabolizzare la complessità e di pervenire, così, ad una spiegazione degli accadimenti che risulti infine comprensibile per tutti... Tale passaggio dal complesso ed oscuro ad un definito, corroborato enunciato fattuale richiede non di rado la soluzione di problemi che riguardano da un lato l'affidabilità, l'imparzialità delle informazioni che, solitamente attraverso l'indagine peritale, penetrano nel processo; e dall'altro attengono alla logica correttezza delle inferenze che vengono elaborate facendo leva, appunto, sulle generalizzazioni esplicative elaborate dalla scienza». I segnalati momenti dell'indagine devono condurre ad una

<sup>176</sup> In questi esatti termini CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 110.

<sup>177</sup> Sull'argomento, cfr. le acute osservazioni di SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, cit., 253.

<sup>178</sup> Così SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, cit., 254; già negli stessi termini ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta, Orlandi, Pittaro, Presutti, Milano, 1998, 37.

<sup>179</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., *GDir.*, 2011, 93.

razionale ponderazione che estrinseca le sue ragioni logiche nella motivazione del decism. In quella sede, infatti, occorre dare conto del controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del giudizio. Si deve cioè valutare «l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza della scienza; ma anche di comprendere, soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica. Da questo punto di vista il giudice è effettivamente nel senso più alto *peritum peritorum*: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo» <sup>(180)</sup>. Tuttavia, in sede giurisprudenziale si precisa che il controllo sulla valutazione della legge scientifica atterrebbe al fatto e sarebbe sottratto al sindacato di legittimità posto che la Corte di cassazione sarebbe «giudice del sapere scientifico e non (deterrebbe) proprie conoscenze privilegiate». In quella sede si sarebbe solo chiamati a valutare «la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico scientifico, che riguarda la preliminare indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni che utilizza ai fini della spiegazione del fatto» <sup>(181)</sup>. E la situazione si complica allorché ci si trova di fronte a diverse teorie scientifiche antagoniste tra loro. In tali eventualità, facendosi uso del metodo euristico del contraddittorio, il giudice è chiamato a valutare e dar conto in sentenza del «controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del giudizio ... l'autorità scientifica dell'esperto ... e di comprendere se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica» <sup>(182)</sup>. Il tutto non senza considerare la «provvisorietà e mutabilità» delle opinioni scientifiche e la presenza di «pseudoscienza» priva dei connotati di rigore scientifico. In tale complesso di fronti, in considerazione di una mancanza di cultura scientifica, il giudicante può e deve svolgere un penetrante ruolo critico divenendo «custode del metodo scientifico» <sup>(183)</sup>. Se così è, non è controvertibile che nella razionalità logica della motivazione rientri anche il controllo sulla valutazione della legge scientifica. La contraria opinione, sostenuta in sede giurisprudenziale secondo cui il controllo sulla valutazione della legge scientifica sarebbe un «giudizio in fatto» ed in quanto tale sottratto al sindacato della Cassazione svela una contraddizione interna nel momento in cui riconosce al giudice il ruolo di custode del metodo scientifico. Ruolo che, per definizione, implica anche il giudizio logico sulla scienti-

<sup>180</sup> Così ancora, Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit..

<sup>181</sup> In tal senso, Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit.. Negli stessi termini, cfr. Id., Sez. IV, 13-05-2011, D.P., *GDir.*, 2011, 36, 94; Id., Sez. IV, 17-04-2012, S., ivi, 2012, 42, 101.

<sup>182</sup> Così, Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit..

<sup>183</sup> In questi termini, Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit..

ficità dell'assunto che potrebbe pure essere cosa diversa rispetto a quello dell'esattezza scientifica dello stesso. Ma, anche in tale ipotesi, appare riduttivo limitare il «potere di controllo» della Corte di cassazione, che è da ritenere mantenga un sindacato sul tema, almeno sotto il profilo della logicità della motivazione <sup>(184)</sup>.

Peraltro, la resistenza ad un'attività di controllo dell'organo nomofilattico non è giustificabile sull'assunto che il giudice non detiene certezze «in ordine all'affidabilità della scienza» <sup>(185)</sup> in quanto, se questo fosse il motivo, un tale giudizio sarebbe inibito anche al giudice di merito.

Il criticato orientamento giurisprudenziale, a ben vedere, sembra trovare origine in quella matrice culturale la quale, in ragione della c.d. testualità del vizio di motivazione, tendeva a «sterilizzare» la funzione di controllo del giudice di legittimità <sup>(186)</sup>. Ma, al di là di ogni ulteriore considerazione sul punto, non consentita in questa sede, quel che preme rilevare è che tale opzione metodologica non è più attuale (ammesso che lo sia stata) alla luce della vigente disciplina dell'art. 606 c.p.p. letto in relazione all'art. 533, comma 1, dello stesso codice. Come correttamente si è rilevato, «non si pretende dal giudice una qualsiasi motivazione sul fatto ma che egli abbia percorso l'itinerario della ragione, scandito da apposite regole epistemologiche: a partire dall'elemento di prova fino al risultato di prova, secondo criteri di inferenza, quali la massima di esperienza, la legge statistica, la legge scientifica di più o meno alto grado di attendibilità empirica» <sup>(187)</sup>.

Dal momento in cui si prende atto che la legge scientifica costituisce un criterio d'inferenza, appare davvero un controsenso eliminare l'in sé di tale criterio e, cioè la scientificità che sostiene l'esperimento probatorio, dal potere di controllo demandato alla Corte nomofilattica.

Indipendentemente dalla specifica problematica dei limiti cognitivi della Corte di legittimità sul perimetro contenutistico della prova scientifica, nel momento in cui il risultato di quella prova si pone come criterio d'inferenza del ragionamento del giudice, con particolare riferimento alle regole di giudizio,

<sup>184</sup> In senso contrario, in sede giurisprudenziale, cfr. Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit.; Id., Sez. IV, 13-05-2011, D.P., in *GDir.*, 2011, 36, 94; Id., Sez. IV, 17-04-2012, S., *ivi*, 2012, 42, 101.

<sup>185</sup> Così, Cass., Sez. IV, 17-09-2010, C., cit.

<sup>186</sup> Cfr., ex plurimis, prima della riforma introdotta con l. 20-02-2006, n. 46, Cass., Sez. I, 3-12-2003, P., *CP*, 2005, 93.

<sup>187</sup> Così, con la consueta precisione, CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, 64, dove precisa che «pertiene, infatti, al diritto di difesa non soltanto chiedere, assumere, confutare le prove, ma anche la garanzia della risposta razionale, del rendiconto, del ragionamento e delle commessioni probatorie che il giudice ha individuato e posto a fondamento del "libero convincimento" e della decisione».



occorre prendere atto che la specificità dell'esperimento probatorio non modifica i termini del ragionamento valutativo ma, al più, può incidere sulle metodiche acquisitive <sup>(188)</sup>.

Ed il tema si complica nella misura in cui occorre valutare la scientificità del mezzo di prova, con ovvie conseguenze anche in tema di ammissione dello stesso.

Infatti la prova scientifica non sempre è in grado di produrre la certezza in ordine ai risultati acquisiti. Per convincersene è sufficiente focalizzare l'attenzione sui risultati raggiunti in tema di prova del nesso di causalità. In quella sede, le cc.dd. leggi di copertura scientifica non sono risultate in grado di fornire risultati certi in ordine al decorso causale di un evento <sup>(189)</sup>.

Ed allora, il problema dell'efficacia operativa dell'oltre ragionevole dubbio nelle prove scientifiche non acquista specificità con riferimento al momento della valutazione; e ciò per il semplice fatto che l'evoluzionismo scientifico non è in grado di fornire certezze <sup>(190)</sup>, anzi, come correttamente rilevato, «la scienza non è altro che un cimitero di errori» <sup>(191)</sup>.

Ecco quindi che, ai fini della valutazione della attendibilità di un risultato scientifico soccorre la portata euristica del falsificazionismo <sup>(192)</sup>. Solo imponendo all'interno delle comunità dei ricercatori lo strumento costituito dalla prova di resistenza della falsificazione, può pervenirsi a risultati dotati di certezza razionale, almeno nel momento in cui vengono raggiunti <sup>(193)</sup>.

Ed è proprio il suggerito criterio del falsificazionismo scientifico ad evidenziare come la «prova di resistenza» della tenuta di una regola scientifica può essere utilmente raggiunta attraverso la realizzazione del contraddittorio <sup>(194)</sup>. In sostanza, a fronte del perito nominato dal giudice agiscono i consulenti tecnici delle parti con il risultato di trasferire le metodologie ed i risultati scientifici nel processo dove sono sottoposti alla valutazione del giudice. In tal modo il processo si trasferisce in una sorta di «laboratorio» dove però alle regole di verifica scientifica si affiancano e prevalgono quelle dettate in tema di acquisi-

<sup>188</sup> In tal senso sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il ragionevole dubbio tra l'obbligo di motivazione ed il controllo di una giustificazione razionale*, cit., 266.

<sup>189</sup> Sul tema si rimanda all'approfondito studio di DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato*, Milano, 2006, 87.

<sup>190</sup> Sullo scetticismo che circonda la portata euristico-giudiziale della conoscenza scientifica cfr. DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienze e giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2004, 1125.

<sup>191</sup> Così STELLA, *Verità scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, *RIDPP*, 2002, 1228.

<sup>192</sup> Sul tema cfr. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, *ibidem*.

<sup>193</sup> CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 91.

<sup>194</sup> L'intuizione è di TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, *DPP*, 2003, 1462.

zione della prova <sup>(195)</sup>.

Ed è a queste ultime che occorre fare riferimento per valutare l'adeguatezza del sistema ad acquisire, senza alterarne il risultato, una prova scientifica. Se è vero che il sapere giudiziario è sottoposto a limiti, non pare discutibile che i criteri processuali di apprendimento conoscitivo non pongono a rischio il «risultato» dell'acquisizione scientifica. Ed infatti, superato il vaglio di ammissione alla prova, i criteri di acquisizione e conseguente valutazione non evidenziano timori di alterazione del risultato probatorio.

Il rischio prospettabile, come già anticipato, è quello derivante dalla non ammissione della prova scientifica richiesta perché ritenuta non rilevante ovvero perché la si valuta priva di quei riscontri scientifici che ne determinano un giudizio di superfluità.

La questione però non attinge il giudizio di compatibilità tra prova scientifica e criteri legali di acquisizione e valutazione della stessa, ma, semmai, i limiti operativi del diritto alla prova <sup>(196)</sup>; e sul tema non è controvertibile che l'ordinamento faccia «buona guardia». Basti pensare agli artt. 190, 468 e 495 c.p.p. laddove si prevede che il giudice possa limitare il «diritto alla prova» solo con riferimento a quella vietata dalla legge ovvero «manifestamente» superflua, irrilevante o sovrabbondante <sup>(197)</sup>. Indipendentemente dallo specifico significato di ognuna di tali definizioni, quel che qualifica l'alto tasso di diritto probatorio è l'avverbio di modo <sup>(198)</sup>. Grazie a questo la valutazione del giudice in ordine all'ammissibilità della prova viene posta ai margini del merito valutativo sulla stessa <sup>(199)</sup>. Pertanto, a prescindere da incidenti di percorso <sup>(200)</sup>,

<sup>195</sup> Sull'argomento cfr. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *RDPr*, 1972, 434; con particolare riguardo alla prova della patologia mentale, v. BERTOLINO, «Normalità» del male e patologia mentale, *DPP*, 2007, 285.

<sup>196</sup> Per una visione del diritto alla prova come estrinsecazione diretta del diritto di difesa cfr. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, *RIDPP*, 1968, 3.

<sup>197</sup> Sul tema in genere cfr. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 45.

<sup>198</sup> Nel senso che la formulazione normativa del diritto alla prova introduce una vera e propria presunzione relativa di ammissibilità cfr. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, *CP*, 1996, 2019; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 82.

<sup>199</sup> Con specifico riferimento alla prova peritale si assiste ad un robusto filone giurisprudenziale secondo cui «la perizia è mezzo di prova neutro ed è sottratta al potere dispositivo delle parti, che possono attuare il diritto alla prova anche attraverso proprie consulenze. La sua assunzione è pertanto rimessa al potere discrezionale del giudice e non è riconducibile al concetto di prova decisiva, con la conseguenza che il relativo diniego non è sanzionabile ai sensi dell'art. 606 lett. d) c.p.p. e, in quanto giudizio di fatto se assistito da un'adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità, anche ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p.» (Cass., Sez. IV, 04-05-2011, n. C.G., *CP*, 2012, 1018; Id., Sez. VI, 18-06-2009, B.D., *Dir. Giust.*, 2009; Id., Sez. VI, 25-11-2008, B., *GDir.*, 2009, 8, 84; Id., Sez. IV, 22-11-2007, O., ivi, 2008, 10, 92; Id., Sez. IV, 28-10-2005, C., ivi, 2006, 9, 99; Id., Sez. V, 11-10-2005, M., ivi, 2006, 2, 110; Id., Sez. V, 10-02-2005, B., *Dir. Giust.*, 2005, 18, 84; Id., Sez. III, 23-11-2004, M., in *GDir.*, 2005, 12, 93).

il diritto all'acquisizione della prova scientifica non può essere limitato da una valutazione sulla carenza di resistenza scientifica della prova richiesta. In tale modo infatti il giudice entrerebbe nel «merito» della prova e, lungi dal formulare un semplice giudizio sull'astratta utilità conoscitiva, giudicherebbe la prova stessa.

Così il giudizio di ammissibilità della prova coinciderebbe con quello di valutazione della stessa pervenendosi ad una conclusione che è proprio quella che il legislatore ha inteso escludere. E le ragioni di tale esclusione sono da ricercare non in semplici aspirazioni di ordine processuale bensì nella volontà di salvaguardare, unitamente al diritto alla prova, la terzietà e l'imparzialità del giudice. Se a quest'ultimo si demanda il compito di valutare la prova prima ancora di ammetterla, si consente di esprimere un giudizio sul merito che necessariamente «anticiperebbe» il *decisum* sulla regiudicanda. Ed è proprio

---

Tale interpretazione, però, non solo è priva di addentellati normativi ma si pone in contrasto con specifiche disposizioni di legge. Non è infatti controvertibile che, essendo la perizia un mezzo di prova, in mancanza di un'espressa disciplina derogatoria ad essa saranno applicabili le regole generali dettate in tema di prove; e, tra esse, quelle relative al diritto alla prova ed alla controprova ed al conseguente principio dispositivo che regola la materia. Come se non bastasse, l'art. 468, comma 4, c.p.p. prevede espressamente che le parti possano «chiedere la citazione a prova contraria dei testimoni, periti e consulenti tecnici non compresi nella propria lista». Inoltre, lo stesso art. 224, comma 1, c.p.p. nel prevedere che il giudice può disporre «anche di ufficio la perizia» conferisce carattere residuale ai poteri istruttori del giudice anche con riferimento alla prova peritale che, in tal modo, viene attratta *expressis verbis* nell'ambito dei principi generali in tema di prova.

La conclusione risulta imposta anche da fonti sovraordinate. Costituendo la prova e le sue modalità di acquisizione l'essenza del contraddittorio non può parlarsi di giusto processo in assenza di un effettivo e concreto diritto probatorio.

Non a caso, nel prevedere il diritto davanti al giudice di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a proprio carico, si riconosce il diritto all'acquisizione di dati conoscitivi utili alla difesa e, in particolare, si sancisce come tale diritto non possa dipendere dalla discrezionalità del giudice.

In tal senso si pone l'art. 111, comma 3, Cost. laddove riconosce all'imputato «la facoltà di ottenere ... l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

Qui il Costituente è andato oltre le normative convenzionali e deve immediatamente rimarcarsi come l'espressione «ogni altra prova» si caratterizzi per la sua onnicomprensività che non consente di escludere, sulla base di un'attività legislativa della giurisprudenza, la prova peritale.

<sup>200</sup> Il riferimento è alla formulazione dell'art. 190 bis c.p.p. il quale, avuto riguardo ad una specifica serie di reati dispone che «quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Risulta evidente la limitazione del diritto alla prova di quello stesso diritto di interrogare o fare interrogare davanti al giudice chi ha reso dichiarazioni contro l'accusato. Inoltre, come esattamente è stato rilevato, viene data precedenza alla documentazione scritta rispetto all'escussione orale capovolgendo la sequenza prevista dall'art. 511 comma 2 c.p.p. Sul punto cfr. ILLUMINATI, *Anmissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 85.

tale volontà di preservazione, tutelata anche in sede costituzionale, che rende effettivo il diritto alla prova anche nella consapevolezza del dovere di tutelare l'equidistanza del giudice dall'oggetto del processo e dalle parti <sup>(201)</sup>.

Si è quindi in presenza di un assetto codicistico che garantisce la corretta acquisizione della prova in genere e della prova scientifica in specie.

Non bisogna peraltro dimenticare come tanto nella fase delle indagini preliminari, dominata da inferenze abduttive dirette a ricostruire il fatto, quanto in quella del giudizio di merito, caratterizzata dalla verifica deduttiva ed induttiva della coerenza e corrispondenza al vero dell'accusa, le parti possono avvalersi dell'apporto gnoseologico della consulenza scientifica <sup>(202)</sup>.

E, sul punto, la disciplina codicistica, sia pure nelle diversità che connotano le fasi, annovera una vasta gamma di interventi riconducibili alla tipologia tradizionale <sup>(203)</sup>. Ma, accanto alle ipotesi schematizzabili in «tipi» contemplati, l'ordinamento ha espressamente disciplinato le prove atipiche. A nessuno sfugge l'estrema utilità di tale scelta legislativa che, proprio nel settore della prova scientifica, consente all'ordinamento giuridico di «mantenere il passo» con lo sviluppo tecnologico e le evoluzioni della scienza <sup>(204)</sup>. Il tema però mostra la sua delicatezza proprio con riferimento a quelle ipotesi in cui occorre procedere all'assunzione di una prova non contemplata in quanto resa possibile da una recente scoperta scientifica. In tali evenienze il rischio che attraverso il richiamo alla prova innominata si acquisisca una prova in violazione

<sup>201</sup> L'affermazione deriva dalla consapevolezza che tra prova e giudizio si attuano delle indissolubili implicazioni di valore che rendono il criterio della decisione sovrapponibile. Da tempo, del resto, si era posto in luce che «se le prove servono a giudicare sono però a loro volta oggetto di giudizio, a ciò si riferisce la critica delle prove. Il rapporto tra prova e giudizio è pertanto circolare, come quello tra diritto e processo. La prova serve al giudizio il giudizio serve alla prova...». Così CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, RIDPP, 1956, I, 100. Sul tema cfr. altresì, MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., 168. Per un'analisi sistematica diretta a verificare i limiti di compatibilità costituzionale del principio di terzietà ed imparzialità del giudice con le ipotesi di «azione» del giudice stesso sulla prova cfr. volendo DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 77.

<sup>202</sup> Sul tema si rimanda a CANZIO, *Prova scientifica*, cit., 149.

<sup>203</sup> Si pensi agli accessi e rilievi in funzione descrittiva o conservativa (artt. 224 bis; 348 comma 4; 354 comma 1; 327 bis; 391 sexies c.p.p.); agli accertamenti tecnici in senso stretto a contenuto valutativo in ordine ai quali si richiedono specifiche competenze (artt. 359; 359 bis; 360; 391 decies c.p.p.; 117 Disp. att. c.p.p.); alla memoria che i consulenti tecnici di parte possono presentare (art. 233 c.p.p.); all'esame dibattimentale del consulente tecnico di parte (art. 501 c.p.p.) alla relazione peritale (artt. 221, 224, 227, 508 c.p.p.). Sull'argomento si rimanda alle considerazioni di SCALFATI, «Consulenza tecnica» (*Dir. proc. pen.*) in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1997, 1.

<sup>204</sup> Nella stessa relazione al progetto preliminare del codice si è precisato come «una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende la frontiera dell'investigazione senza mettere in pericolo la garanzia difensiva». *Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p.* Roma, 1989, 60.

di legge è estremamente alto <sup>(205)</sup>. Sul punto, quindi, non sono consentite incertezze. Intanto si può invocare la prova innominata nella misura in cui la stessa non si ponga contro legge e non sia lesiva della libertà morale della persona <sup>(206)</sup>.

Occorre però una precisazione; il riferimento alla violazione di legge dovrà essere effettuato avuto riguardo alle regole dettate per le prove analoghe. In caso contrario risulterebbe impossibile valutare la contrarietà alla legge di una prova che la legge stessa non disciplina con il rischio che la prova innominata diventi un passepartout per acquisire prove illegittime <sup>(207)</sup>. La conclusione risulta imposta anche dall'indeterminatezza che caratterizza l'art. 189 c.p.p. in ordine alle «modalità» di acquisizione della prova.

In quella sede, infatti, si prevede solo che il giudice debba sentire la parti <sup>(208)</sup>; nessun chiarimento è dato in ordine al ruolo ed ai poteri di ciascuno dei soggetti processuali. Ed è proprio tale circostanza ad imporre l'applicazione delle regole stabilite per i mezzi di prova tipici che si pongono con le prove innominate in rapporto di similia ad similibus <sup>(209)</sup>. Solo in tal modo si può garantire che le modalità prescritte dalla legge per la legittima acquisizione di elementi di prova non risultino eluse attraverso differenti regole acquisitive mascherate dallo schermo della prova atipica <sup>(210)</sup>. In altre parole quel che deve essere chiaro è l'impossibilità di ammettere prove a forma libera anche se innominate <sup>(211)</sup>. Nemmeno deve sfuggire che le modalità acquisitive del dato probatorio non costituiscono un mero «meccanismo di acquisizione», ma, al contrario, sono regole poste a presidio dei diritti dell'imputato oltre che dell'attendibilità dell'accertamento.

Tale consapevolezza non consente, ai fini di una valutazione della legittimità della prova acquisita, letture riduttive del divieto di legge. Questo infatti può e deve rinvenirsi non solo con riferimento alla prova ex se ma anche al quomodo della stessa <sup>(212)</sup>.

<sup>205</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 60.

<sup>206</sup> CANZIO, *Prova scientifica*, cit., 151.

<sup>207</sup> Il tema è approfondito da NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, 120.

<sup>208</sup> Nel senso che il mancato interpello delle parti determini una nullità generale intermedia PANSINI, *E' valida la prova atipica senza preventiva audizione delle parti?*, *DPP*, 1997, 1258.

<sup>209</sup> Così ancora, volendo, DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 60.

<sup>210</sup> Sul punto v. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Torino, 2003, 209; NOBILI, *Il nuovo «diritto della prova» ed un rinnovato concetto di prova*, *LP*, 1989, 399; RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, *CP*, 1998, 1745, dove correttamente si precisa che la prova atipica ha il compito, sul piano ontologico, di integrare e non di destrutturare il modello tipico.

<sup>211</sup> In tal senso v. RAFARACI, *Ricognizione informale*, cit., 1742.

<sup>212</sup> La sanzione dell'inutilizzabilità attiene oltre che al profilo «statico» della prova anche alla sua dimensione «dinamica». In tale prospettiva rileverà ai fini dell'inutilizzabilità non solo la prova vietata ex se ma

anche la modalità acquisitiva della stessa. Sicché potrà rinvenirsi l'inutilizzabilità non solo in presenza di un espresso divieto di legge ma anche quando, pur in assenza di un divieto espresso, vi è una violazione della disciplina delle modalità acquisitive della prova. Così l'inutilizzabilità è riscontrabile indipendentemente da un'espressa previsione normativa ogniqualvolta non risultano sussistenti i presupposti delle modalità acquisitive prescritte dalla legge. In questa prospettiva si sono poste le stesse Sezioni Unite della Cassazione le quali hanno affermato la sussistenza della inutilizzabilità laddove si sia in «presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto del *procedimento acquisitivo*, la cui manifesta illegittimità lo pone certamente al di fuori del sistema processuale» (Cass., S.U., 27-11-1996, Sala, *GP* 1997, III, 138). Successivamente le stesse Sezioni Unite della Cassazione, hanno ribadito il principio secondo cui «la palese violazione dello schema legale rende l'atto investigativo, che si pone al di fuori di tale schema, infruttuoso sul piano probatorio per violazione della legge processuale» (Cass. S.U., 24-09-2003, Torcasio, *CP*, 2004, 21). Analogamente si era affermato che «la nuova normativa ... ha fissato una regola generale ineludibile non soggetta ad alcuna decadenza o sanatoria, cioè la inutilizzazione della prova (art. 191 c.p.p.) sia sotto il profilo genetico, cioè conseguente alla difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo, che sotto l'aspetto funzionale, riguardante lo stesso procedimento assuntivo della prova» (Cass., Sez. V, 13-03-1992, Casini, *CP*, 1994, 116; negli stessi termini per una equiparazione «tra il profilo funzionale della prova e quello genetico» cfr. Cass., Sez. V, 22-09-1995, Cavarero, *ivi*, 1996, 1545).

Tuttavia non sono mancate voci dissonanti essendosi affermato che «in tema di assunzione ed utilizzazione delle prove, non dà luogo alla sanzione di inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., la violazione delle regole per l'esame fissate dagli artt. 498 comma 1 e 499 c.p.p., poiché non si tratta di prove assunte in violazione di divieti posti dalla legge, bensì di prove assunte con modalità diverse da quelle prescritte» (Cass., Sez. I, 14-07-2005, Grancini, *CED*, rv. 232941; cfr., più di recente, Id., Sez. III, 25-06-2008, O., *ivi*, rv. 241090), nonché, in ordine alla prova documentale, che «l'inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 468 comma 4 bis c.p.p., per l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento, non è sanzionata da alcuna previsione espressa di nullità... Né essa può dar luogo ad un'ipotesi di inutilizzabilità, derivando quest'ultima dalla violazione di un divieto di acquisizione, che, quando non è esplicito, è ravvisabile soltanto in relazione alla natura o all'oggetto della prova e non in relazione alle modalità della sua assunzione» (Cass., Sez. I, 25-10-2004, Giannelli, *CP*, 2006, 2218; nello stesso senso cfr. Cass., Sez. I, 21-02-1997, Mirino, *ivi*, 1998, 2419, secondo cui «l'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge ai fini della legittima acquisizione della prova nel processo non è di per sé sufficiente a rendere quest'ultima inutilizzabile, per effetto di quanto disposto da comma 1 dell'art. 191 c.p.p.»). Ed ancora si è ritenuto che l'inutilizzabilità si riferisce alle prove «acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e non a quelle la cui assunzione sia consentita ma sia stata effettuata senza l'osservanza delle prescritte formalità...» (Cass., Sez. VI, 8-10-2008, P., *CED*, rv. 241318; in senso conforme cfr. Id., Sez. II, 27-03-2008, L.V., *ivi*, rv. 239775; Id., Sez. I, 16-11-1993, Nuzzo, *ivi*, rv. 198590; Id., Sez. I, 11-05-1992, Cannarozzo, *A.n.p.p.*, 1992, 805).

Si è inoltre affermato che «la sanzione della inutilizzabilità discende da *espressi divieti* di acquisizione probatoria ex art. 191 c.p.p. (inutilizzabilità generali) ovvero da una *specifica previsione* ... della sanzione in relazione ad una acquisizione difforme dai modelli legali (inutilizzabilità speciali)» (Cass., Sez. VI, 12-10-1998, Alin, *CP*, 2000, 481).

Tale ultimo orientamento giurisprudenziale non può essere condiviso. Ed infatti a seguire lo stesso si perverrebbe, come già anticipato nel testo, all'assurda conclusione dell'impossibilità di individuare ipotesi di inutilizzabilità con riferimento alle prove innominate. Quindi, per assurdo, proprio laddove è più forte l'esigenza di legalità della formazione della prova determinata dall'assenza di un dato normativo di riferimento si disapplicherebbe il regime di garanzia previsto dall'art. 191 c.p.p.

Per una simile impostazione sia ancora consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 54.

## 9. Il controllo sulla corretta applicazione delle regole di giudizio.

L'inevitabile discrezionalità applicativa delle regole di giudizio pone il tema dello strumento processuale utilizzabile per controllarne l'esatta e razionale applicazione. Sul punto, a parte l'attività di controllo esercitabile nel secondo grado di merito, occorre rilevare come il sistema processuale correlativamente al rafforzamento delle regole di giudizio che il giudice deve verificare per pervenire ad una condanna contempla anche un'accentuazione dei poteri di controllo sulla decisione ed, in particolare, sull'avvenuta violazione del potere di provare o, se si preferisce, di controprovare. Emblematiche sono le formulazioni dell'art. 606 lett. d) c.p.p., nella misura in cui tutela la mancata acquisizione delle controprove anche se richieste nel corso dell'istruttoria dibattimentale, e dell'art. 606 lett. e), laddove precisa che il controllo sulla motivazione (anche solo contraddittoria) può essere effettuato pure attraverso una verifica degli «atti del processo specificatamente indicati nei motivi di gravame».

A prescindere dalla concreta portata operativa che si intende assegnare alle segnalate regole di controllo <sup>(213)</sup>, non è controvertibile che le stesse si inseri-

---

<sup>213</sup> Sul punto, risultano andare decisamente oltre il segno quei tentativi diretti a ridurre la portata operativa dell'attuale formulazione dell'art. 606, lett. d) ed e), c.p.p. La conclusione deriva in primo luogo dal contenuto delle disposizioni che, piaccia o no, autorizzano ed impongono al giudice di legittimità anche un controllo sugli atti e sul diritto alla (contro)prova. Si assiste così ad un «arroccamento» di alcune decisioni dirette ad affermare l'incensurabilità in Cassazione della non rispondenza, anche solo logica, della motivazione in rapporto ai dati processuali. In tale linea si è affermato che «anche dopo la modifica dell'art. 606 lett. e) c.p.p., per effetto della l. n. 46 del 2006, resta immutata la natura del sindacato che la Corte di Cassazione può esercitare sui vizi di motivazione, essendo rimasto precluso al giudice di legittimità, verificare la correttezza della stessa in rapporto ai dati processuali» (Così Cass. pen., sez. V, 3-04-2006, Leotta, *CED*, rv. 233381).

In particolare si è precisato che la previsione secondo cui il vizio della motivazione può essere dedotto quando risulti anche da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame «non fa venir meno il limite della contestualità, espresso dalla necessità che il vizio risulti dal testo del provvedimento impugnato e quindi va letto con riferimento esclusivo agli atti dai quali derivi un obbligo di pronuncia che si assuma violato dal giudice del merito, come ad esempio la richiesta di una circostanza attenuante o della sostituzione della pena detentiva» (Così Cass. pen., sez. V, 12-04-2006, Mangion, *CED*, rv. 233463; negli stessi termini v. Id., sez. V, 12-04-2006, Strano, *CED*, rv. 233464; Id., sez. V, 12-04-2006, Maugeri, *CED*, rv. 233465). Si tratta di orientamenti che assumono il sapore di una vera e propria «risposta giudiziaria» al dato di legge. E non è controvertibile che non si è in presenza di un'interpretazione, per quanto estensiva, della norma ma, al contrario, di una abrogazione per via interpretativa (in tal senso FERRUA, *Gli Ermellini contro la Pecorella tra le prime sentenze un'interpretazione forzata*, *DeG*, 2006, 19, 130). Non è quindi un caso che, anche all'interno dell'organo nomofilattico, si registrino reazioni dirette all'osservanza del dato di legge, evidenziandosi come l'attuale formulazione dell'art. 606, lett. e), c.p.p. abbia «superato la previgente regola che inibiva al giudice di legittimità l'esame diretto degli atti processuali, introducendo il principio secondo cui il vizio di motivazione può essere rilevato anche quando non emerga direttamente dal testo della motivazione» (Così Cass. pen., sez. I, 14-07-2006, Stojanovic, *DeG*, 2006, 32, 48; negli stessi termini, Id., sez. IV, 28-04-2009, S., *GDir*, 2009, 46, 61; Id. sez. II, 23-03-2006,

scono in quel processo di innovazione diretto a rendere effettiva la regola dell'oltre ragionevole dubbio.

In sostanza, nella consapevolezza dell'impossibilità di eliminare margini di discrezionalità valutativa <sup>(214)</sup>, si è affidata l'effettività di tale regola ad un controllo sulla decisione che deve garantire, come già accennato, «percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standard conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale completa e razionale» <sup>(215)</sup>.

L'assetto normativo è fervido di conseguenze che discendono direttamente dalle necessità di rendere effettiva la regola di giudizio imposta per un'affermazione di colpevolezza.

Pertanto non è un caso che, oltre alle implicazioni operative derivanti dalla presunzione di innocenza dell'imputato, dall'onere della prova a carico dell'accusa <sup>(216)</sup>, le maggiori ricadute della regola «al di là dell'oltre ragionevole dubbio» si verificano non tanto e non solo nel momento del giudizio quanto piuttosto nel momento di controllo sullo stesso.

Tale realtà sembra sia stata colta dal diritto vivente che ha sanzionato quelle decisioni che «ribaltavano» un precedente pronunciato di assoluzione su una

---

p.m. in c. Napoli, *DeG*, 2006, 28, 77). Il significato fatto proprio dalle parole non consente incertezze. L'attuale formulazione dell'art. 606 c.p.p. impone un controllo effettivo che viene a costituire anche strumento per la realizzazione concreta dell'«oltre ragionevole dubbio».

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza risulti essere assestata ad un criterio di conformità al dato di legge, non mancano persistenti tentativi diretti a ridurre l'effettività del controllo da parte dell'organo nomofilattico. Si è infatti affermato che «La nuova formulazione dell'art. 606, comma primo, lett. e), c.p.p., introdotta dall'art. 8 della legge 20 febbraio 2006 n. 46, nella parte in cui consente la deduzione, in sede di legittimità, del vizio di motivazione sulla base, oltre che del "testo del provvedimento impugnato", anche di "altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame", non ha mutato la natura del giudizio di cassazione, che rimane pur sempre un giudizio di legittimità, per cui gli atti in questione non possono che essere quelli concernenti fatti decisivi che, se convenientemente valutati (non solo singolarmente, ma in relazione all'intero contesto probatorio), avrebbero potuto determinare una soluzione diversa da quella adottata, rimanendo comunque esclusa la possibilità che la verifica sulla correttezza e completezza della motivazione (cui deve limitarsi la corte di cassazione) possa essere confusa con una nuova valutazione delle risultanze acquisite, da contrapporre a quella effettuata dal giudice di merito» (così, Cass. pen., sez. IV, 17-04-2012, S.U., *DeG*, 2012).

<sup>214</sup> Anche il tentativo di ricavare dalle leggi scientifiche parametri oggettivi di valutazione della regola dell'«oltre il ragionevole dubbio» ha evidenziato un margine di discrezionalità valutativa che, per la verità, appare difficile colmare con previsioni normative.

<sup>215</sup> Così, CANZIO, *L'«oltre ragionevole dubbio» come regola probatoria*, cit., 306.

<sup>216</sup> In tale contesto assume particolare significato l'onere di completezza delle indagini che in più occasioni il giudice delle leggi ha posto a carico del pubblico ministero; cfr. C. Cost., n. 245/2005; Id., n. 115/2001; Id., n. 378/1997; Id., n. 92/1992; Id., n. 88/1991.



semplice «rilettura» del materiale probatorio a cui veniva attribuito un valore di diversa «persuasività». In tali situazioni l'organo nomofilattico non ha esitato a cassare la decisione facendo leva sulla portata operativa degli artt. 533, comma 1 e 606, lett. e) c.p.p., rilevandosi l'illegittimità della sentenza che «in riforma di quella assolutoria condanni l'imputato sulla base di un'alternativa, e non maggiormente persuasiva, interpretazione del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio in quanto tale inidonea a far cadere ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato»<sup>(217)</sup>. In particolare, si è precisato che «il principio dell'oltre ragionevole dubbio (...) presuppone comunque che in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sullo stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado (...) sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rilevarsi a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza. Non basta insomma, per la riforma caducatrice di un'assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece (...) una forza persuasiva superiore tale da far cadere "ogni ragionevole dubbio" in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto. La condanna, invero, presuppone la certezza della colpevolezza mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza»<sup>(218)</sup>. Tali prese di posizione dimostrano la consapevolezza, anche in sede operativa, che solo la logica di un controllo effettivo e «forte» è in grado di vincolare il giudice a sentieri epistemologicamente corretti pervenendosi ad una giustificazione razionale della decisione che allontana giudizi «psicologici» fondati su convinzioni personali.

La conclusione obbliga ad una rimediazione circa le funzioni del giudice dell'impugnazione in genere e della Cassazione in specie<sup>(219)</sup>. Non risultano

<sup>217</sup> Così, Cass. pen., sez. VI, 03-11-2011, Galante, in *Mass. Uff.* 251066. Negli stessi termini, cfr. Id., sez. VI, 26-10-2011, Abbate, *ivi*, 251782; Id., sez. VI, 10-07-2012, Aimone, *ivi*, 253718; Id., sez. VI, 10-10-2012, Andriani, *ivi*, 254024; Id., sez. VI, 21-11-2012, Capozzi, *ivi*, 253909; Id., sez. VI, 19-12-2012, Crispi, *Ivi*, 253940.

<sup>218</sup> Così, ancora, Cass. pen., sez. VI, 03-11-2011, Galante, cit.

<sup>219</sup> L'affermazione non si pone in contrasto con lo scopo di garantire lo *ius litigatoris* che sarebbe assegnato alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario. Se ciò che si richiede alla Cassazione non è il giudicare, cioè risolvere il conflitto processuale, bensì l'assicurare «l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale» non è controvertibile che la stessa svolga comunque un'attività di giudizio che viene a costituire l'occasione per il raggiungimento del suo vero scopo. Pertanto non è legittimo abdicare ad ogni forma di giudizio in omaggio ad un malinteso senso di funzione regolatrice del diritto. La conclusione risulta avallata dal «concreto operare» dell'istituto. E' innegabile che l'attuale for-

più compatibili giudizi «sterilizzati» sulla regiudicanda. Occorre un «effettivo» esercizio della funzione di controllo pur nel rispetto dei diversi ruoli di merito e legittimità. Tuttavia, non si deve dimenticare che il ragionevole dubbio costituisce il criterio di giudizio della motivazione; e, quindi, anche l'attività di controllo sulla stessa non può prescindere da una valutazione circa la violazione o meno della regola dell'oltre ragionevole dubbio.

Anche in questa direzione si registrano confortanti prese di posizione laddove si è precisato che il controllo affidato alla Corte di cassazione «sulla struttura e sulla congruenza logica della motivazione involge anche l'osservanza del principio dell'oltre ragionevole dubbio che non può dirsi certamente rispettato quando la pronuncia di condanna si fonda su un accertamento giudiziale non sostenuto dalla certezza razionale ossia da un grado di conferma così elevato da confinare con la certezza», specificandosi altresì che il principio dell'oltre ragionevole dubbio «rappresenta il limite delle libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi, confinanti con l'arbitrio»<sup>(220)</sup>.

Sintomatico è il fatto che il principio affermato avesse riguardo alla previgente formulazione dell'art. 606 c.p.p.; risulta pertanto ancor più «centrato» alla luce dell'attuale formulazione di quella disposizione normativa che autorizza ed impone al giudice di legittimità non solo incursioni sulla violazione del diritto probatorio ma anche sugli «atti del processo».

Non si vuole trasformare la Corte di cassazione in giudice di terza istanza ma solo garantire il dovere di osservanza ad un obbligo di «fedeltà» al processo. Del resto, come correttamente rilevato, se il ragionevole dubbio è il criterio di giudizio della motivazione, laddove emerga che «il dubbio sulla colpevolezza non è ragionevole, la sentenza va cassata». Il ragionevole dubbio, «vale anche

---

mulazione dell'art. 606 c.p.p. e la necessità di un controllo sui criteri giustificativi della decisione, se non fanno venir meno la prevalenza dello ius constitutionis, certamente ne affievoliscono la portata a vantaggio dell'avvertita necessità di una doverosa funzione di giudizio sia pure quale «strumento» per raggiungere lo scopo nomofilattico.

Sul tema, in genere cfr. BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, 451; MAZZARELLA, *Analisi del giudizio di Cassazione civile*, Padova, 1994, 50; TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna 1991, 59; SIRACUSANO, *I rapporti tra Cassazione e rinvio nel processo penale*, Milano, 1967, 136. Per una corretta impostazione metodologica secondo la quale «parlare di uno scopo della Cassazione non ha senso sul piano giuridico: può averne solo sul piano politico quando si voglia indagare la ragione per la quale è stata istituita ... Questo vale del resto per qualunque istituto: lo scopo è nella forma concreta ch'esso ha ricevuto, non è mai esterno ad essa», cfr. SATTA, «Corte di cassazione», *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 805.

<sup>220</sup> Così Cass. pen., sez. I, 14-05-2004, Grasso, *CP*, 2005, 759; già negli stessi termini cfr. Id., S.U., 24-11-2003, Andreotti, *ivi*, 2004, 84 e Id. S.U., 11-09-2002, Franzese, cit. Da ultimo cfr. altresì, Cass. pen., sez. VI, 03-11-2011, G.V., *DeG*, 2011; Id., sez. IV, 17-06-2011, n. 30862, *CP*, 2012, 3020.

per la Cassazione perché esso fonda un metodo legale di giudizio la cui violazione rende nulla la motivazione» <sup>(221)</sup>.

Peraltro il ragionevole dubbio non è solo il dubbio logico ma anche quello che affiora dall'incompletezza od inesattezza dei dati informativi su cui si basa la motivazione, in quanto una sentenza che organizza in modo logico poche informazioni probatorie non sarà illogica ma autorizza ragionevoli dubbi. In sostanza la critica del ragionevole dubbio è lo strumento cognitivo della valutazione non solo delle ipotesi ma anche delle prove <sup>(222)</sup>. Di qui la conferma della necessità di garantire anche la concretezza del diritto probatorio strumentale ad una giusta decisione <sup>(223)</sup>.

Solo in tal modo si potrà trasferire il ragionevole dubbio dai «moti interiori» a tecnica oggettiva di valutazione; da intimo convincimento a metodo legale di motivazione affinché la decisione non sia espressione di una moral suasion del giudice ma di una scelta razionale cui si perviene attraverso sentieri epistemologicamente corretti che, in quanto tali, devono risultare verificabili e controllabili.

# 10. Ragionevole dubbio e revisione.

Quanto riferito in ordine al perimetro operativo del ragionevole dubbio è da ritenere produca effetti diretti anche nel giudizio di revisione. La conclusione, se non discutibile con riferimento all'epilogo del nuovo giudizio conseguente all'ammissibilità della revisione, impone qualche precisazione relativamente alla fase di deliberazione circa la eventuale manifesta infondatezza della richiesta. Qui, infatti, l'esame condotto dalla Corte di appello attiene ad un giudizio

<sup>221</sup> Così IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, CP, 2006, 3877.

<sup>222</sup> Così, ancora, acutamente IACOVIELLO, *Lo standard probatorio*, cit., 3877.

<sup>223</sup> Per una rivisitazione del diritto probatorio anche in sede di impugnazioni cfr. GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 86; DINACCI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio*, CP, 2007, 3500. Per un adeguamento giurisprudenziale a quanto rilevato in ordine alla necessità di rendere effettivo il diritto probatorio anche nei giudizi di impugnazione, si rimanda ad un pregevole pronunciato dell'organo nomofilattico, il quale, a seguito dell'applicazione nel diritto interno dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, III sezione, con sentenza del 5 luglio 2011 nel caso Dan contro Moldavia, ha affermato che «daddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per potere operare un'adeguata valutazione di attendibilità, salvo possibili casi particolari (quali possono essere un evidente errore del primo giudice che, per esempio, ritenga la testimonianza falsa perché nega una circostanza che il giudice erroneamente ritenga vera o viceversa)» (così, Cass. pen. sez. VI, 26-02-2013, Carboni, inedita).

di idoneità astratta degli elementi adottati a condurre ad un proscioglimento<sup>(224)</sup>.

Del resto, il requisito della manifesta infondatezza evidenzia come la rilevazione della stessa debba essere di immediata percezione<sup>(225)</sup>. Ad ogni modo, in sede operativa si è spesso travalicato tale limite di giudizio assegnando al giudice della delibazione rescindente un potere di valutazione, anche nel merito, sulle potenzialità degli elementi adottati a determinare il proscioglimento<sup>(226)</sup>. In tal modo si perviene ad un'indebita confusione tra giudizio di ammissibilità e giudizio di merito. In realtà il giudizio di ammissibilità si dovrebbe limitare «all'analisi della rilevanza degli elementi di prova, alle affermazioni contenute nella domanda intesa come astratta idoneità del nesso istruttorio a verificare tali elementi»<sup>(227)</sup>. Si evoca così una valutazione prognostica da effettuarsi in astratto circa la capacità dei nuovi elementi dedotti a rimuovere il giudicato se accertato nel giudizio di merito<sup>(228)</sup>.

In sostanza, come ribadito dalla Corte di cassazione, «in tema di revisione, l'art. 631 c.p.p. prevede che gli elementi in base ai quali si chiede la revisione debbano, a pena di inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare, "se accertati", che il condannato deve essere prosciolto a norma degli art. 529, 530 e 531 c.p.p.».

Pertanto, l'autorità giudiziaria, nella prima fase del procedimento, deve svolgere unicamente una sommaria delibazione degli elementi di prova addotti, finalizzata alla verità della eventuale sussistenza di un'infondatezza che, in quanto definita come «manifesta» (art. 634 c.p.p.) deve essere rilevabile «ictu oculi, senza necessità di approfonditi esami. Mentre è soltanto nel successivo giudizio di merito che gli elementi posti a fondamento della domanda devono

<sup>224</sup> Sul punto, v. MARCHETTI, *La revisione*, in *Tratt. Spangher*, Torino, 2009, 973.

<sup>225</sup> Cfr. sul punto, Cass. pen., sez. I, 14-10-2010, F. e altro, *CED*, rv. 248463; Id., sez. VI, 03-12-2009, G., *ivi*, rv. 245770; Id., 16-10-1997, De Murtas, *Riv. Pen.*, 1998, 827; Id., sez. I, 18-2-1992, Nicosia, *CP*, 1993, 1791. Segnalano l'esigenza che l'esame sia sommario e non di merito, Cass. pen., sez. I, 3-2-2000, Vitti, *CED*, rv. 215510; Id., sez. I, 25-5-1992, La Guzza, *CP*, 1994, 373.

<sup>226</sup> Cass. pen., sez. I, 12-05-2004, C., *RIDPP*, 2004, 679; Id., sez. I, 23-2-1998, Nappi, *CP*, 1999, 1216. V. pure, in termini sostanzialmente analoghi, Cass. pen., sez. I, 18-10-2000, Tarantino, *CED*, rv. 218041; Id., 28-10-1998, Bompressi, *cit.*, 3523. Fa riferimento al grado di affidabilità e di conferenza dei nova, Cass. pen., 17-6-2003, Ascutto, *Riv. Pen.*, 2004, 763; analogamente Id., sez. V, 22-11-2004, Dimic, *CP*, 2006, 2229.

<sup>227</sup> BRONZO, *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, *CP*, 1998, 911. In senso sostanzialmente analogo, Cass. S.U., 26-9-2001, Pisano, *CP*, 2003, 228.

<sup>228</sup> Sul punto, la dottrina è quasi univoca: cfr. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, 93; NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, 129; RAMAJOLI, *Le impugnazioni penali: appello, Cassazione, revisione*, Padova, 1994, 218; SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, 320; SPANGHER, «Revisione», in *D.I.*, XII, Torino, 1997, 138.

essere sottoposti ad un'indagine volta ad accertarne la concreta sussistenza. In altri termini, la valutazione preliminare sulla richiesta non può mai consistere in un'anticipazione dell'apprezzamento di merito riservato al vero e proprio giudizio di revisione, da svolgersi nel contraddittorio delle parti, dovendo il giudice di merito, nel corso della fase rescindente che si conclude con la pronuncia in ordine all'ammissibilità della domanda, limitare il proprio compito alla valutazione in astratto, e non in concreto, della sola idoneità dei nuovi elementi dedotti a dimostrare, ove accertati, che il condannato, attraverso il completo riesame di tutte le prove, unitamente a quelle prodotte, debba essere prosciolto» <sup>(229)</sup>.

Se così è in tale operazione non può ritenersi estranea la regola dell'oltre ragionevole dubbio in quanto, se il giudizio di ammissibilità dell'impugnazione straordinaria deve verificare che i nova probatori, se accertati, possano condurre ad un'assoluzione del condannato, tale criterio di valutazione non può e non deve sottrarsi alla regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p.. La conclusione risulta avallata dall'organo nomofilattico laddove ha avuto modo di precisare che «il giudice investito della richiesta di revisione è chiamato a verificare l'idoneità degli assunti difensivi ad incidere sull'efficacia del pregresso giudicato di condanna anche nella prospettiva di un proscioglimento dell'imputato per insufficienza, incertezza o contraddittorietà dell'originario quadro accusatorio secondo la regola del giudizio dell'oltre ragionevole dubbio» <sup>(230)</sup>.

# 11. I casi di sottrazione alle ordinarie regole di giudizio.

Definito l'ambito operativo delle regole di giudizio occorre evidenziare come nel sistema si prevedano ipotesi di non applicabilità delle stesse a fronte di particolari situazioni processuali. Il riferimento è ad alcuni riti alternativi e alle ipotesi in cui interviene, in corso di istruttoria dibattimentale, una causa estintiva del reato. Sul punto deve segnalarsi che, seppure nella disciplina dei riti speciali vi sia copertura costituzionale per una deroga alle forme dell'accertamento <sup>(231)</sup>, non può giungersi alla medesima conclusione con riferimento alle regole di valutazione della prova allorquando le stesse risultano diversificate a seconda del contesto in cui operano <sup>(232)</sup>.

<sup>229</sup> Così Cass. pen., sez. IV, 15-03-2007, Colonna, *GDir.*, 2007, 26, 92.

<sup>230</sup> Così Cass. pen., sez. I, 12-05-2004, Contena, *RIDPP*, 2005, 679. Più di recente, cfr. Id., 08-03-2011, G., *GDir.*, 2011, 25, 75.

<sup>231</sup> Cfr. Art. 111, comma 5, Cost.

<sup>232</sup> Sul punto cfr., volendo, DINACCI, *I procedimenti speciali*, cit., 750.

Il rilievo risulta confermato anche a fronte di un sistema ispirato ad un relativismo probatorio. Basti pensare ai limiti di un utilizzo soggettivo di un dato conoscitivo o ai limiti derivanti dalle fasi o dalla diversità del procedimento <sup>(233)</sup>. Tali evenienze, tuttavia, non affondano le radici nella volontà di varare sistemi di accertamento differenziati a seconda della categoria di soggetti o di procedimenti <sup>(234)</sup>. Se così fosse, si ratificherebbe una sorta di statuto processuale diretto a generare forme di «uso alternativo del diritto». In tal modo, però, la legge diviene la regola di un gruppo specifico e cessa di essere regola del cittadino neutro ed indifferenziato <sup>(235)</sup>. E tale impostazione attenterebbe pericolosamente al canone di eguaglianza che costituisce il «nocciolo duro» dei principi costituzionali. La realtà è che l'idea di una concezione relativistica della prova trova origine in scelte etiche dell'ordinamento, in forza delle quali si è optato per il recepimento di una concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio <sup>(236)</sup>. Il fine del processo, infatti, non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, ma è anche e soprattutto il fatto che la lotta contro il crimine sia condotta «con l'osservazione delle regole» <sup>(237)</sup>. E, tra queste, se possono includersi differenti modelli di accertamento, deve essere chiaro che le modalità valutative dei materiali iudicii devono essere uniformi. Occorre in sostanza che le parti siano «trattate» allo stesso modo, almeno per quel che riguarda il giudizio sull'imputazione.

### 11.1 Il rito monitorio.

Passando ad un momento di verifica in concreto deve rilevarsi come un primo problema sorga con riferimento al c.d. rito monitorio. Al di là di tutte le problematiche relative alla compatibilità di una condanna senza processo <sup>(238)</sup>, occorre in questa sede evidenziare le problematiche connesse alle regole di giudizio che il giudice deve osservare con riferimento alla decisione di emettere o meno il decreto penale di condanna.

<sup>233</sup> Si pensi, a fini esemplificativi, oltre alle ipotesi di limiti di utilizzo per «fase», agli artt. 63, 403, 513, 238 c.p.p..

<sup>234</sup> In tale particolare direzione sembra muoversi l'art. 190 *bis* c.p.p..

<sup>235</sup> Il tema, come noto, è stato ampiamente elaborato in sede processual-civilistica, dove si è affermato che è possibile un recupero in chiave moderna dell'idea di codice, restando fedeli alla sua matrice giusnaturalistica ed illuministica, senza negare la realtà delle tutele privilegiate, ineliminabili nella società attuale. Si tratta allora di elaborare una serie di regole che, prendendo atto degli statuti processuali esistenti, si dirigano primariamente ai soggetti esclusi dai loro privilegi, attuando quella funzione promozionale che ha il suo fondamento primario nell'art. 3, comma 2 della Costituzione». Così, DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *RDP*, 1982, 100.

<sup>236</sup> In tal senso, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 15.

<sup>237</sup> In questa direzione, NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 24.

<sup>238</sup> Sul tema si rimanda a RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale* in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Torino, 2009, 133.

Sul punto è necessario essere chiari nel pretendere che tale valutazione dovrà seguire le ordinarie regole previste dagli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p.. Infatti, il pubblico ministero chiede un'ordinaria affermazione di condanna che trova la sua peculiarità solo nelle metodiche di formazione della prova. Quando le stesse si considerano equivalenti alle prove acquisite secondo i metodi di conoscenza richiesti dalla Costituzione non si comprende perché il giudizio di condanna dovrebbe fondarsi su criteri qualitativamente inferiori. Il rilievo sembra trovare ulteriore conferma nella corretta esegesi dell'art. 129 c.p.p., così come richiamato dall'art. 459, comma 3, c.p.p.. In quella sede, prevedendosi l'obbligo per il giudice di emettere sentenza ogniqualvolta riconosca l'esistenza di una causa di proscioglimento indicata dalla disposizione, in realtà non si differenzia il criterio di giudizio rispetto a quello contemplato per la sede dibattimentale. Si configura così una regola valutativa «equivalente» tra le diverse sedi; soluzione questa, imposta anche dal dovere di completezza delle indagini offerte al giudice per la decisione <sup>(239)</sup>. Ne deriva che, non contenendo l'art. 129, comma 1, c.p.p. un'autonoma regola di giudizio, né una deroga alle regole di giudizio ordinarie, l'operazione decisoria di cui si è investito il gip presenta contorni analoghi a quella che è chiamato ad effettuare il giudice al termine del dibattimento <sup>(240)</sup>. Appare dunque difficilmente condivisibile quell'opzione giurisprudenziale secondo cui l'adozione del decreto di condanna è sufficiente che non vi sia agli atti la prova positiva dell'innocenza o quella negativa della colpevolezza <sup>(241)</sup>. Si richiede, in sostanza, una sorta di evidenza parziale in forza della quale la condanna è pronunciata anche sulla base di ciò che ordinariamente è una non prova <sup>(242)</sup>. L'impostazione, come già detto, si scontra con quel dovere di completezza delle indagini che, a più riprese, la Corte costituzionale ha posto a carico del pubblico ministero <sup>(243)</sup>, ponendo l'accento sull'onere dimostrativo che grava sull'organo dell'accusa.

<sup>239</sup> Cfr. C. Cost., n. 184/2009, cit.; Id., n. 115/2001, cit.; Id., n. 88/1991.

<sup>240</sup> Sull'argomento, si rimanda a MARZADURI, *Art. 129*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, II, 1989, 121.

<sup>241</sup> In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21-11-2007, T., *CP*, 2009, 1135, laddove si afferma che «il giudice delle indagini preliminari, richiesto dell'emissione di un decreto penale di condanna, può pronunciare sentenza di proscioglimento nella sola ipotesi in cui individui la sussistenza di una delle cause tassativamente indicate nell'art. 129 c.p.p. e non anche quando la prova risulti mancante, insufficiente o contraddittoria». Negli stessi termini, cfr. altresì, Cass. pen., Sez. I, 7-10-2005, *CP*, 2006, 4130; Id., Sez. V, 17-11-2002, Fitts, *DeG*, 2002, 44, 71; Id. S.U., 9-06-1995, Cardoni, *RIDPP*, 1997, 619.

<sup>242</sup> In questa direzione cfr. PIZIALI, *Il procedimento per decreto*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano, 2003, 501; RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 762.

<sup>243</sup> Cfr. C. Cost., n. 184/2009; Id., n. 115/2001; Id., n. 88/1991.

In tale prospettiva, se si è al cospetto di una decisione di condanna e se con riferimento all'attività dimostrativa che la sostiene si chiede una completezza del materiale conoscitivo, non si comprende perché la valutazione di tale materiale debba essere affidata a regole probatorie differenti da quelle ordinarie. Pertanto, volendo seguire i principi di forgia giurisprudenziale, l'imputato viene gravato di un onere dimostrativo qualificato. In sostanza, deve dimostrare la sua innocenza con una soglia di qualità probatoria superiore a quella richiesta in qualsiasi procedimento ordinario. E, sul punto, deve ribadirsi come, seguendo tale percorso, si assista ad un'inversione non solo dell'onere della prova ma anche della metodologia di valutazione. Non si applica l'ordinario principio imposto dalla regola dell'oltre il ragionevole dubbio, in forza del quale assolvo perché non posso condannare ma, al contrario, si condanna perché non si può assolvere <sup>(244)</sup>.

La critica risulta ricevere maggior forza ove si consideri che l'apposizione di un termine entro cui il pubblico ministero deve formulare la richiesta di decreto deve collegarsi all'esistenza di una particolare evidenza della prova <sup>(245)</sup>. Ed è proprio tale circostanza a giustificare, sul piano degli intendimenti legislativi, la soppressione, anche se solo eventualmente momentanea, delle forme del processo. In tale contesto, ritenere che il giudice debba emettere decreto penale di condanna anche a fronte di una prova «incerta» od «insufficiente» costituisce una frizione sul piano del sistema, oltre che un'incomprensibile deroga alle regole di accertamento le quali, secondo criteri quantomeno di ragionevolezza, non dovrebbero subire previsioni eterodosse.

### 11.2 L'applicazione di pena su accordo delle parti.

I rilievi sviluppati valgono anche con riferimento all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. Qui, però, la questione si specifica ulteriormente in ragione della circostanza che il rito in questione evoca fattispecie contrattuali tendenti non ad ottenere un «giudizio», bensì una «sentenza» <sup>(246)</sup>. Pertanto, se non sorgono dubbi avuto riguardo al consenso sulle deviazioni acquisitive della prova, occorre soffermarsi sulle regole di valutazione della stessa. E, sul punto, deve rimarcarsi come, per volere legislativo, il giudice possa «superare» l'accordo delle parti, pervenendo ad un proscioglimento

<sup>244</sup> Sul tema, v. SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, cit., 255. Negli stessi termini, cfr., volendo, DINACCI, *Il ragionevole dubbio*, cit., 265.

<sup>245</sup> Sull'argomento si rimanda a KALB, *Procedimento per decreto*, in *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, 308.

<sup>246</sup> In questa direzione, cfr. RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, cit., 756.



dell'imputato solo nei limiti di giudizio imposti dall'art. 129 c.p.p., resi ulteriormente angusti dall'interpretazione giurisprudenziale <sup>(247)</sup>. Non è un caso, quindi, che a fronte di una richiesta concordata di patteggiamento, il giudice non potrà rigettarla anche nell'evenienza in cui si sia in presenza di una prova «contraddittoria»; e cioè, di quella prova che, stando ai parametri ordinari di valutazione, imporrebbe l'assoluzione. In sostanza, nell'ipotesi di c.d. patteggiamento il giudice, laddove voglia rigettare la proposta delle parti, dovrà formarsi un convincimento non in «positivo», ma in «negativo» <sup>(248)</sup>.

Ne discende un modello d'accertamento che si caratterizza per la deliberata volontà di non ricostruire la realtà degli accadimenti <sup>(249)</sup>. Il rilievo rende ragione del fatto che con l'accordo sull'applicazione di pena non si mira al risultato probatorio, ma solo all'effetto dello stesso apprezzato in termini di pena <sup>(250)</sup>. Né pare potersi ricavare forme giustificative dalla considerazione che l'accordo sulla pena può essere praticato anche nella fase iniziale delle indagini, quando cioè i risultati investigativi non sono ancora sufficientemente concreti. Sul punto, l'acerbità delle indagini può e deve essere tutelata dalla parte pubblica attraverso un dissenso all'accordo. Anche qui, infatti, il principio di completezza delle indagini non può risultare estraneo e, se i tempi d'espletamento delle investigazioni richiedono un maggior termine, nulla

<sup>247</sup> V. Cass. pen., sez. II, 9-01-2009, C., *CED*, rv. 243279, la quale ha affermato che «l'insufficienza o contraddittorietà della prova non legittima l'emissione della sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p. ad opera del giudice chiamato ad applicare la pena su richiesta delle parti».

Sul rapporto in genere tra gli artt. 129 e 530, comma 2, c.p.p.; cfr. Cass. pen., sez. III, 14-11-2012, C.P., *DeG*, 2012, la quale ha affermato che «il giudice può pronunciare sentenza di assoluzione ex art. 129 c.p.p. quando le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente incontestabile»; negli stessi termini v. Id., sez. IV, 19-07-2011, D.M.A., *DeG*, 2011, Id., sez. II, 11-03-2009, G., *GDir*, 2009, 29, 48, Id., sez. IV, 18-12-2007, S., *GDir*, 2008, 44, 90; Id., sez. V, 18-01-2005, M., *CP*, 2006, 11, 3698; Id., Sez. VI, 5-03-2004, P., *RP*, 2005, 1389; Cass. S.U., 9-06-1995, Cardoni, cit.

Sul punto, cfr. altresì, Cass. pen., S.U., 28-5-2009, Tettamanti, *CED*, rv. 244273, la quale, pur escludendo il proscioglimento nel merito nelle ipotesi di contraddittorietà od insufficienza della prova in presenza di una causa di immediata declaratoria di non punibilità, ha fatto salva l'evenienza in cui «in sede di appello, sopravvenuta una causa estintiva del reato, il giudice sia chiamato a valutare, per la presenza della parte civile, il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili».

<sup>248</sup> In tal senso, cfr. RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, cit., 757.

<sup>249</sup> Cfr. Cass., S.U., 25-03-1998, Giangrasso, *CP*, 1998, 2897, dove si afferma che «la sentenza di patteggiamento (art. 444 c.p.p.) non contiene un accertamento del reato ed un giudizio di colpevolezza: è una pronuncia, sulla base degli atti (che) non consegue ad un giudizio di colpevolezza basato sull'accertamento della fondatezza dell'accusa e della responsabilità dell'imputato (...) Consegue la non equiparabilità della sentenza di patteggiamento a una «pronuncia di condanna», se non nella parte che la giustifica per l'affinità che s'individua nel solo punto relativo all'applicazione della pena (...), non potendo derivare altri effetti per l'assenza della componente capace di produrli, costituita dal riconoscimento giudiziale completo della responsabilità dell'imputato».

<sup>250</sup> Così ancora correttamente RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, cit., 758.

esclude una posticipazione del consenso a quella data. Del resto, sul piano costituzionale, non pare possa consentirsi l'irrogazione della pena ad un soggetto in ordine al quale non sussistono elementi di responsabilità. Anche un modello processuale acognitivo impone comunque quella dimostrazione probatoria diretta a sovvertire la presunzione di non colpevolezza <sup>(251)</sup>. In tale prospettiva si pongono i meccanismi di recupero dibattimentali del mancato accordo sulla pena. La sentenza pronunciata a seguito di dibattimento, infatti, differisce da quella che applica de plano la sanzione concordata tra le parti, perché non può prescindere dalla valutazione degli elementi di giudizio propri della cognizione piena. In tal modo, il giudice applica la pena richiesta non già se ritiene «ingiustificato il dissenso o il rigetto della richiesta», ma solo nel caso in cui ritenga di dovere pronunciare una sentenza di condanna <sup>(252)</sup>.

Ora, a prescindere dalla oggettiva diversità di situazioni, il sistema, condizionato da valori costituzionali, non può consentire l'irrogazione di una pena senza una prova di addebito. Né, sul punto, vale l'obiezione secondo cui l'accordo sulla pena risulta solo un modo per risolvere un caso giudiziario deprivato da ogni forma di accertamento.

A parte il fatto che l'idea di una pena senza l'accertamento di una colpevolezza «ribadisce lo smarrimento dei rapporti fisiologici tra diritto penale sostanziale e processo accentuando la pretesa del secondo a perseguire una strategia politico criminale sua propria» <sup>(253)</sup>, è indispensabile rilevare come l'evoluzione normativa e le prese di posizione giurisprudenziali abbiano modificato la natura originaria dell'accordo sulla pena. Questo viene sempre più assimilato ad una sentenza di condanna a cui non pare potersi negare un'efficacia di accertamento.

Per convincersene si pensi a quel pronunciato adottato dal massimo organo nomofilattico in forza del quale, muovendosi in una costruzione unitaria dell'accordo sulla pena, si statuisce che «tutte le sentenze di patteggiamento costituiscono titolo idoneo per la revoca di una sospensione condizionale precedentemente concessa» <sup>(254)</sup>. Già di per sé l'affermazione implica un'ipotesi di responsabilità, ma la sentenza va oltre affermando che in sede di

<sup>251</sup> Sull'argomento in genere, si rimanda a ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., *passim*.

<sup>252</sup> In tal senso, Cass. pen., Sez. III, 31-05-2002, Cacace, *DPP*, 2002, 1115.

<sup>253</sup> Così, GIUNTA, *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, *LP*, 2004, 862.

<sup>254</sup> Cfr. Cass., S.U., 29-11-2005, Diop Oumar, *CP*, 2006, 2769. In dottrina, cfr. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, *RIDPP*, 2009, 579; SANTALUCIA, *Patteggiamento e revoca di diritto della sospensione condizionale: le Sezioni unite mutano orientamento*, *CP*, 2006, 2782; GIALUZ, *La virata delle Sezioni unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento acognitivo?*, *RIDPP*, 2009, 373.

patteggiamento il giudice è chiamato ad alcune decisioni dalle quali «è possibile intravedere una verifica corrispondente a quella di una sentenza in ipotesi di responsabilità». Ciò che emerge a chiare lettere da questa pronuncia delle Sezioni Unite è soprattutto un'indicazione in merito alla lettura che si dovrà dare dell'art. 445, comma 1 bis, parte seconda, c.p.p.: la formula «salve diverse disposizioni di legge, la sentenza» (prevista dall'art. 444, comma 2, c.p.p.) «è equiparata a una pronuncia di condanna» va interpretata nel senso che dalla sentenza di patteggiamento derivano «tutte le conseguenze penali della sentenza di condanna che non siano categoricamente escluse»<sup>(255)</sup>. Del resto, non pare potersi escludere un'efficacia di accertamento, dal momento in cui l'art. 444, comma 2, c.p.p. richiede che il giudice, prima della pronuncia sul patteggiamento, sia tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto prospettata dalle parti. Ciò implica che il giudice deve in primo luogo accertare se l'imputato ha commesso il reato per cui si procede<sup>(256)</sup>. Inoltre, la medesima disposizione di legge chiede al giudice anche una verifica sulla congruità della pena concordata<sup>(257)</sup>. Basti pensare che la congruità della pena si valuta in base ai parametri indicati dall'art. 133 c.p., i quali latu sensu richiamano la valutazione della personalità del reo e la gravità del reato. Ora, soprattutto con riferimento a tale ultimo requisito, rimane difficile immaginare un giudizio sulla gravità del reato senza che quel reato sia stato oggetto di accertamento e, tanto meno, è pensabile una valutazione della capacità a delinquere del soggetto senza l'accertamento di una responsabilità dello stesso<sup>(258)</sup>. Come se non bastasse, l'art. 445, comma 1 bis, c.p.p., introdotto dalla l. 27 marzo 2001, n. 97, riconosce alla sentenza patteggiata una efficacia

<sup>255</sup> Così, ancora, Cass., S.U., 29-11-2005, Diop Oumar, cit.

<sup>256</sup> In questo senso, Cass., S.U., 21-06-2000, Cerboni, *CED*, rv. 217018 e Id., S.U., 27-10-1999, Fraccari, *CED*, rv. 214637. In dottrina, cfr. LOZZI, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 86 s.; VIGONI, *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, *CP*, 2004, 710.

<sup>257</sup> L'attuale previsione normativa trova origine nella giurisprudenza costituzionale e, in particolare, nella sentenza 26 giugno 1990, n. 313, *FI*, 1990, I, 2385 s.. Sull'argomento, cfr. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, 2386 s.; TRANCHINA, *"Patteggiamento" e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, *FI*, 1990, 2394 s.; LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, *RIDPP*, 1990, 1600 s.; MONACO-PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, *RIDPP*, 1994, 434 s.; PITTARO, *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, 18 s., nonché, più di recente, FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 131 s..

<sup>258</sup> Sull'argomento, cfr. BETTIOL, *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, *DPP*, 2004, 228 s.; CARCANO, *La sentenza di patteggiamento non è titolo per la revoca di una precedente sospensione condizionale della pena: una soluzione da rimeditare?*, *CP*, 1997, 2677 s.; VIGONI, *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, cit., 715.

extrapenale nel giudizio disciplinare nei limiti indicati dall'art. 653, comma 1 bis, c.p.p. e cioè «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso». In coerenza con la delineata mutazione genetica diretta ad accentuare i profili dell'accertamento della sentenza frutto dell'accordo sulla pena si pone la modifica introdotta all'art. 445, comma 1, c.p.p. con l. 12 giugno 2003, n. 134, in forza della quale con la sentenza di patteggiamento può procedersi anche alla confisca facoltativa. Ora, al di là delle scelte di politica criminale, non pare contestabile che «il prodotto, il profitto e il prezzo del reato, sul piano dell'accertamento sono assoggettati, per ontologica derivazione dal fatto commesso, ad una decisione dalla quale è (...) possibile intravedere una verifica corrispondente a quella di una sentenza in ipotesi di responsabilità»<sup>(259)</sup>. L'affermazione trova ulteriori elementi di conferma in quel pronunciato giurisprudenziale secondo cui «quando si procede per un reato che comporta la confisca di beni o valori, non può accogliersi la richiesta di applicazione della pena, formulata dalle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che non comprenda anche l'accordo sull'oggetto della confisca o comunque non consenta la determinazione certa di tale oggetto da parte del giudice»<sup>(260)</sup>.

In ultimo, ma non da ultimo, si pone l'inclusione, nell'art. 629 c.p.p., tra le condanne soggette a revisione, delle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p.<sup>(261)</sup>. Basti pensare che, a norma dell'art. 630, comma 1, lett. a), uno dei casi in cui può essere chiesta la revisione è quello in cui «i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (...) non possono conciliarsi con quelli stabiliti in altra sentenza penale irrevocabile». In tal modo, riconoscendo l'applicabilità di tale disposizione ad una sentenza di patteggiamento, si include a tutti gli effetti tale decisione tra quelle che conducono all'accertamento di uno o più fatti<sup>(262)</sup>.

Il quadro delineato fa emergere un processo acognitivo, caratterizzato da regole del decidere difformi da quelle ordinarie e, come se non bastasse, qualificato da un'efficacia di accertamento. La situazione evidenzia ipotesi di «frizione» con la Carta dei valori.

<sup>259</sup> Così, Cass., S.U., 29-11-2005, Diop Oumar, cit.

<sup>260</sup> Così, Cass. pen., sez. VI, 11-03-2010, V., CP, 2011, 2661.

<sup>261</sup> La modifica è stata introdotta con l. 12-06-2003, n. 134.

<sup>262</sup> Sul tema, cfr. LOZZI, in AA.VV., *Accertamento del fatto*, cit., 85 s.; BETTIOL, *Riflessioni aperte*, cit., 229, dove si afferma che «l'ammissibilità della revisione chiude a nostro avviso la discussione sulla sussistenza o meno di un accertamento positivo della colpevolezza insito nella sentenza di pena patteggiata». Sul tema v. pure VIGONI, *Patteggiamento "allargato"*, cit., 715, secondo la quale, peraltro, «già gli indici normativi preesistenti sottendono la correlazione necessaria fra pena e accertamento».

### 11.3. Il procedimento di oblazione

Le conclusioni raggiunte possono essere in parte mutate anche avuto riguardo al procedimento per oblazione. Pur annoverando la conseguente decisione tra quelle di proscioglimento per estinzione del reato si pone la problematica inerente la valutazione circa l'esistenza di una causa di prevalenza nel merito. Come noto, sul piano lessicale, il proscioglimento nel merito, a fronte dell'esistenza di una causa estintiva, risulta ancorato ad una situazione di evidenza «risultante» dagli atti. Se ciò è vero, non pare discutibile che la norma non pone limiti valutativi ma, al contrario, contiene una regola istruttoria con efficacia ostativa in punto di attività processuale <sup>(263)</sup>. In sostanza, la regola di giudizio contenuta nell'art. 129, comma 2, c.p.p. inibisce al giudice la raccolta di altro materiale probatorio, come è ricavabile dalla formulazione normativa che chiede e pretende che l'evidenza risulti dagli atti <sup>(264)</sup>. Ma ciò non sta a significare che l'innocenza debba essere evidente, ovvero si manifesti *prima facie*, potendo pervenirsi ad un tale risultato anche attraverso operazioni valutative complesse del materiale probatorio sino ad allora raccolto <sup>(265)</sup>.

Pertanto, se correttamente intesa, la regola sancita dall'art. 129, comma 2, c.p.p. si traduce in un limite valutativo nella misura in cui sussista una carenza istruttoria. Ed allora, è ragionevole dubitare che tale limite possa operare con riferimento al procedimento di oblazione. Basti pensare che la relativa richiesta può essere formulata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento; in un momento processuale, quindi, che postula l'avvenuta chiusura delle indagini preliminari che, occorre ricordare, si impongono e si pretendono complete. Ed è, ancora una volta, proprio l'onere di completezza delle indagini ad offrire la soluzione anche nell'evenienza in cui la domanda di oblazione venga formulata all'inizio delle investigazioni. In tale eventualità il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda, laddove non reputi il tema del procedimento sufficientemente istruito, dovrebbe invitare il pubblico ministero ad approfondimenti. Occorre insomma capire che l'obbligo di completezza delle indagini non costituisce solo uno sbarramento ai processi superflui <sup>(266)</sup>, ma adempie anche ad esigenze di funzionalità del sistema che devono essere perseguite attraverso regole omogenee e quanto più uniformi di valutazione. In tale ottica ricostruttiva, nonostante il contrario orientamento giurispruden-

<sup>263</sup> Sull'argomento cfr. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 76; MARZADURI, *Art. 129*, cit., 123.

<sup>264</sup> In tal senso, STURLA, *Art. 129*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, II, Milano, 1989, 95.

<sup>265</sup> Così SIRACUSANO, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, CP, 1992, 1942.

<sup>266</sup> Cfr. C. Cost., n. 88/1991.

ziale <sup>(267)</sup>, il giudizio in ordine alla «prova evidente» di innocenza non si discosta particolarmente dall'ordinaria regola di giudizio «colpevolezza-innocenza». Ed anzi, proprio con riferimento al procedimento di oblazione, il rilievo acquisisce una sua specificità posto che la causa estintiva interviene all'esito della verifica del corretto pagamento della somma e pertanto, sino a quel momento, il giudice potrebbe esercitare la sua funzione di giudizio sulla base del più ampio schema valutativo previsto dall'art. 129, comma 1, c.p.p..

Alla medesima soluzione può pervenirsi anche laddove la decisione debba essere adottata nel corso delle indagini preliminari. Se è vero, infatti, che in quella sede non opera la regola dell'immediata declaratoria di cause di proscioglimento riservate al momento processuale, è necessario rilevare come tali evenienze refluiscano nel contenitore dell'archiviazione. Questa, tuttavia, implica un atto di impulso che si concretizza nella richiesta di non esercizio dell'azione penale. Ma, sul punto, nessuno dubita che, pronunciandosi sulla richiesta, il giudice possa emettere il provvedimento di archiviazione con «formula migliorativa» rispetto a quella dell'estinzione del reato. In pratica, cambia lo strumento, ma non l'applicazione del principio.

La diversa interpretazione fornita in sede giurisprudenziale conduce ad una sostanziale impossibilità di ottenere una formula migliorativa. In quella sede si è affermato che «in tema di oblazione, il versamento della somma nel termine fissato dal giudice determina l'immediata estinzione del reato, sicchè, effettuato prima dello svolgimento del giudizio, impedisce ogni valutazione ai fini dell'applicazione, per il caso di evidenza probatoria, della regola della prevalenza del proscioglimento nel merito» <sup>(268)</sup>. L'orientamento suscita disagi ove si consideri che in forza dello stesso non si perviene solo ad una lettura limitativa del campo di azione dell'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità, ma ad una sostanziale abrogazione dello stesso con riferimento all'avvenuto pagamento della somma a titolo di oblazione. La soluzione, per la verità, sembra muoversi al di fuori dei limiti interpretativi. Ed infatti non si comprende per quale motivo, nel caso di oblazione, l'intervenuta causa estintiva di un reato debba precludere in assoluto, indipendentemente dal

<sup>267</sup> V. Cass. pen., sez. IV, 18-12-2007, S., cit., la quale, come si è visto, ha affermato che «in presenza di causa estintiva di reato (...) vale la regola di cui all'art. 129 c.p.p., in base alla quale (...) l'inizio di prova ovvero la prova incompleta in ordine alla responsabilità dell'imputato non viene equiparata alla mancanza di prova, ma, per pervenire a un proscioglimento nel merito, soccorre la diversa regola di giudizio, per la quale deve "positivamente" («risulta evidente»; si veda art. 129, comma 2, c.p.p.) emergere dagli atti processuali, senza necessità di ulteriore accertamento, l'estraneità dell'imputato a quanto contestatogli». Nello stesso senso, cfr. Id., sez. V, 18-01-2005, M., cit.; Id., sez. VI, 5-03-2004, P., cit.; Id. S.U., 9-06-1995, Cardoni, cit.

<sup>268</sup> Così, Cass. pen., sez. I, 14-02-2008, C., *CED*, rv. 239510. In termini conformi, cfr. Id., sez. IV, 18-09-2006, A., *GDir*, 2006, 46, 88; Id., sez. III, 26-11-1999, Florioli, *CP*, 2001, 1212.

tipo di interpretazione che si vuole fornire in ordine all'operatività dell'art. 129, comma 1, c.p.p., un giudizio di prevalenza di una formula di merito.

Si reitera, così, una «costruzione» della specialità di un rito «derogatorio» in chiave limitativa degli ordinari diritti che l'ordinamento appresta in via generale. E la circostanza, seppure riferita nel caso di specie ad una sentenza di proscioglimento, si pone a conferma di una «realtà vivente» che annette al rito speciale effetti derogatori ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge <sup>(269)</sup>.

#### 11.4 *I limiti di prevalenza della formula di merito su quella in rito.*

Il tema della diversificazione delle regole di giudizio si pone anche con riferimento alle situazioni processuali in cui interviene una causa di estinzione del reato. In questi casi, al di là dell'obbligo dell'immediata declaratoria, il problema sorge allorquando occorre valutare se sussistono, ai sensi dell'art. 129 comma 2 c.p.p., ipotesi di prevalenza di una formula di merito su quella di rito. In particolare il nodo della questione ruota attorno al requisito normativo dell'evidenza a cui la disposizione subordina la possibilità di pervenire ad una formula di merito.

Sul punto si deve rilevare come l'art. 129 comma 2 c.p.p., lungi dal costituire un limite valutativo, introduce una mera inibizione in punto di attività istruttoria <sup>(270)</sup>. In sostanza il limite sta nel fatto che l'evidenza deve risultare dagli atti ma ciò non esclude che ad essa si possa pervenire attraverso operazioni logiche talvolta complesse del materiale probatorio <sup>(271)</sup>. In questa metodologia interpretativa l'evidenza richiesta dall'art. 129, comma 2, c.p.p. assume un ruolo diverso rispetto a quanto stabilito con riferimento al previgente codice, proprio in ragione della equiparazione operata dall'art. 530, comma 2, c.p.p. tra prova mancante, contraddittoria e insufficiente con la prova piena d'innocenza. Pertanto, proprio per non far rivivere la rilevanza penale del dubbio, anche una situazione di incertezza probatoria avrebbe dovuto determinare il prevalere della formula di merito sulla causa di estinzione <sup>(272)</sup>. Ma, sul tema, non sono mancate opinioni discordanti le quali, prendendo spunto

<sup>269</sup> In questo senso, sia consentito il rinvio a DINACCI, *I procedimenti speciali*, cit. 749.

<sup>270</sup> In tale direzione, cfr. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., 71; MARZADURI, *Art. 129*, cit., 473.

<sup>271</sup> V. SIRACUSANO, *Evidenza e decisione*, cit., 1944; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 16-9-2004, Fagan, *CP*, 2005, 2268; Id., sez. IV, 28-3-1995, p.m. in c. Lencioni e altro, *CED*, rv. 201627; Id., sez. III, 20-1-1993, p.m. in c. Conte, *ivi*, rv. 193051; Id., sez. V, 10-4-1992, p.m. in c. BROTTTO, *ANPP*, 1993, 122.

<sup>272</sup> In tal senso, in sede giurisprudenziale cfr. Cass. pen., sez. V, 16-2-2006, G.M.A., *DPP*, 2006, 703; Id., sez. I, 16-9-2004, Fagan, *CP*, 2005, 2268; Id., sez. II, 5-3-2004, Sabatini, *ivi*, 2005, 2617; Id., sez. V, 20-2-2002, Scibelli, *ivi*, 2003, 539; Id., sez. I, 9-5-1994, Forneris, *RP*, 1995, 503; Id., sez. I, 8-11-1991, Brendolan, *ANPP*, 1992, 568; Id., sez. VI, 3-5-1991, Giambartolomei, *CP*, 1992, 2773; Id., sez. VI, 16-4-1991, Sciuto, *RP*, 1992, 680; Id., sez. II, 21-6-1990, Lagodana, *ivi*, 1992, 1256.

dalla clausola di salvezza contenuta nell'art. 531 c.p.p. secondo cui nel concorso tra una causa di estinzione del reato e di un'altra causa più favorevole di non punibilità quest'ultima sarebbe dovuta risultare in modo evidente e non anche in modo insufficiente e contraddittorio <sup>(273)</sup>, si rilevava come a fronte di una mancanza totale di prova di responsabilità potesse pervenirsi alla declaratoria di prevalenza contemplata dall'art. 129, comma 2, c.p.p., risultando la stessa inibita nell'evenienza di insufficienza o contraddittorietà della prova perché altrimenti si sarebbe vanificato il criterio dell'evidenza imposto dal legislatore <sup>(274)</sup>. L'impostazione non sembra cogliere la realtà normativa nella misura in cui, a fronte di una causa estintiva del reato, non pone al giudice altri limiti se non quelli di natura istruttoria.

Il rilievo, peraltro, è stato colto dalla Corte costituzionale la quale, a più riprese, ha precisato che è applicabile l'art. 530, comma 2, c.p.p. ogni qualvolta la causa estintiva intervenga dopo che il dibattimento è giunto al suo epilogo, precisandosi che nella diversa evenienza non poteva farsi ricorso all'ordinaria regola di giudizio a causa dell'inevitabile incompletezza del materiale offerto al giudice <sup>(275)</sup>.

L'insegnamento del Custode delle leggi pone in evidenza i contorni di compatibilità costituzionale dell'utilizzo di una regola di giudizio diversa dall'ordinario. Ad essa può farsi ricorso solo nell'evenienza di un'incompletezza istruttoria determinata dall'improvviso sopravvenire di una causa estintiva. Al di fuori di tale ipotesi non sono consentite diversificazioni valutative. Ed allora appare davvero poco comprensibile quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «il giudice può pronunciare sentenza di assoluzione ex art. 129 c.p.p. quando le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergono dagli atti in modo assolutamente incontestabile» <sup>(276)</sup>.

Tale linea di indirizzo già era stata tracciata dal massimo organo nomofilattico il quale, aveva escluso il proscioglimento nel merito nel caso di contradditto-

<sup>273</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 26-3-2007, Bastoni, *CP*, 2008; Id., sez. IV, 8-11-2006, Domitrescu e altro, *CED*, rv. 236095; Id., sez. VI, 8-6-2004, Dolce, *CP*, 2005, 2616; Id., sez. VI, 3-11-2003, Gencarelli, *CED*, rv. 228503; Id., sez. VI, 5.2.2013, Rossitto e altri, *ivi*, rv. 224269; Id., sez. I, 30.6.1993, Mussone e altri, *ivi*, rv. 197012; Id., sez. III, 8-4-1993, Gablai, *ANPP*, 1993, 712, Id., sez. I, 22-3-1993, Ballerini, *CP*, 1994, 249; Id., sez. II, 15-10-1992, Tulliani, *ANPP* 1993, 612; Id., sez. I, 27-9-1991, Biolcati, *CP*, 1992, 3060.

<sup>274</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 10-11-2005, B., *DPP*, 2006, 456; Id., sez. III, 10-4-2003, p.c. in c. Lunardi, *CED*, rv. 224445; Id., sez. III, 19-3-2003, p.m. in c. Musto, *ivi*, rv. 225443; Id., sez. III, 24-4-2002, Artico, *CP*, 2003, 539.

<sup>275</sup> V. C. Cost., n.n. 300 e 362 del 1991; Id., n. 581/1990.

<sup>276</sup> Così, Cass. pen., sez. III, 14-11-2012, C.P., cit.; negli stessi termini cfr. Id., sez. IV, 19-07-2011, D.M.A., cit..



rietà od insufficienza della prova in presenza di una causa di immediata declaratoria di non punibilità. In quella sede si è, però, precisato che il giudice di appello, a fronte di una causa estintiva del reato se ai sensi dell'art. 578 c.p.p. è chiamato a valutare il materiale probatorio «ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile» ha l'obbligo di riconoscere la prevalenza del proscioglimento nel merito «sulla causa estintiva pure nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova» <sup>(277)</sup>.

Si prospetta così un'interpretazione della regola di prevalenza della decisione di merito su una causa estintiva che introduce pericolose differenziazioni valutative che pongono il soggetto che «ordinariamente» sarebbe stato assolto con formula nel merito nella condizione di doversi «accontentare» di una declaratoria della causa estintiva del reato <sup>(278)</sup>.

---

<sup>277</sup> Così Cass. pen., S.U., 28-5-2009, Tettamanti, cit..

<sup>278</sup> Per mere esigenze di completezza sistematica si rappresenta come le conclusioni raggiunte risultino valide anche avuto riguardo a tutte quelle ulteriori cause estintive del reato o di improcedibilità previste tanto con riferimento al procedimento minorile quanto a quello innanzi al giudice di pace. In via esemplificativa, si pensi al perdono giudiziale (art. 19 l. 1404/1934), alla dichiarazione di estinzione del reato a seguito di esito positivo della messa alla prova (art. 29 d.p.r. 448/1988), alla particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000), alle condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. 274/2000).

Si segnala, inoltre, come la previsione relativa alla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, contemplata all'art. 27 d.p.r. 448/1988, non sia da considerarsi causa estintiva o di improcedibilità in quanto presuppone «che il fatto non abbia i contenuti di disvalore tipizzati nella norma incriminatrice» e, dunque, «equivale ad un giudizio assolutorio assimilabile a quello secondo cui il fatto non è previsto dalla legge come reato» (così, Cass. pen., sez. IV, 04-10-1999, Capasso, *CP*, 2001, 1876).