

## DECISIONE IN IPOTESI, ESTINZIONE DEL REATO E TUTELA DELL'INNOCENZA. RIFLESSIONI ACRONICHE SU ACCERTAMENTO GIUDIZIO E GIUDICATO\*

di Stefano Ruggeri

(Professore ordinario di diritto processuale penale, Università degli studi di Messina)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Morte del reo e inesistenza della decisione sulla responsabilità penale. – 3. Estinzione del reato e decisione in ipotesi. – 4. Accertamento ipotetico ed efficacia della declaratoria estintiva. – 5. Cognizione del fatto, prova del reato estinto e *favor innocentiae*. – 5.1. La prova dell'innocenza quale presupposto dell'alternativa assolutoria: considerazioni critiche. – 5.2. La necessità di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata: la decisione ipotetica quale giudizio prognostico. – 6. Decisione estintiva, impugnazione, giudicato. – 6.1. Estinzione del reato, diritto d'impugnazione e tutela dell'innocenza. – 6.2. Dinamiche impugnatorie, decisione sul reato estinto e formazione del giudicato penale. – 7. Decisione estintiva ed efficacia non penale dell'accertamento del reato. – 8. Conclusioni.

1. Innumerevoli e inarrivabili i contributi di Franco Cordero alla scienza processuale, e probabilmente alla scienza giuridica in genere. Non esiste forse tematica, tra le moltissime affrontate dal Maestro, nella quale non abbia lasciato il solco indelebile del proprio legato, e che non costituisca un punto di riferimento fuori tempo, per così dire, per lo studioso che ad essa si accosti. Ma c'è un tema in particolare, che un tema in sé anzi non può propriamente definirsi bensì un terreno pressoché sconfinato e denso di problematiche enormi, nel quale le riflessioni di Cordero offrono al ricercatore di oggi un affresco unico, e dove l'acribia e la lucidità

---

\* Scrivere questo contributo è stato per me impresa ardua: se esso mi ha riportato a una delle passioni specie dei miei primi anni di ricerca, la teoria generale del processo, questo ritorno è stato non poco travagliato, quasi traumatico. Qualunque tentativo di riconsiderazione delle tesi del prof. Cordero richiede estrema cautela e meditazione, ma soprattutto un'ampiezza di competenze che va ben oltre i miei limiti. Come in altre occasioni ho dovuto quindi rivolgermi a (e non poco disturbare) diversi amici e colleghi, che desidero qui ringraziare per i preziosi suggerimenti che mi hanno donato: Lorena Bachmaier Winter, Marco Gradi, Elena D'Alessandro, Alessio Lo Giudice, Angela Condello e Giuseppina Panebianco. Un particolare ringraziamento, per tutto l'aiuto e gli spunti che mi hanno fornito nell'approfondimento di diversi temi, va poi a Diego Foti, Elena Militello, nonché a tutti i miei giovani e appassionati collaboratori: Claudio Orlando, Viviana Di Nuzzo, Antonella Falcone e Martina Aloisi. Ma, come sempre, di ogni errore o inesattezza resta sulle mie spalle l'intera responsabilità.

dell'indagine consentono di apprezzare appieno le ricostruzioni regalateci da questo straordinario studioso sulla struttura e morfologia dei procedimenti: ed è il terreno delle decisioni penali e della dinamica dei giudizi. Qui il lettore s'imbatte subito non solo in ricostruzioni di estrema finezza intellettuale, ma persino in categorie della cui esistenza probabilmente non c'era prima neppure una compiuta consapevolezza teorica.

All'interno di quest'area tematica una rilevanza primaria è senz'altro da ascrivere alle riflessioni concernenti la decisione sul reato estinto: tema assai caro a Cordero, che ad esso dedicò opere d'importanza capitale fin dagli anni della sua giovinezza scientifica (e di una giovinezza già gravida d'incomparabile maturità). Dalle indagini di carattere generale sulla valenza sostanziale dell'accertamento del fenomeno estintivo<sup>1</sup> agli studi su particolari aree d'intersezione tra diritto e processo legate a specifiche cause estintive<sup>2</sup>: i risultati delle sue ricerche forniscono una summa emblematica del contributo di quest'eccezionale autore a una teoria dei giudizi penali, che ad oggi in buona misura è ancora da definire, e da scrivere.

Meno note, ma non meno rilevanti, le riflessioni condotte del Maestro attorno a quella peculiare situazione estintiva determinata dalla morte del reo. Tema alquanto *démodé*, si potrebbe obiettare; e neppure particolarmente significativo per comprendere la portata del pensiero corderiano sulla decisione concernente il reato estinto. Sarà forse così, e convengo pure sul fatto che si tratta di una problematica che non può certo reputarsi attuale, almeno nel senso abbastanza limitativo che si suole oggi spesso attribuire a quest'espressione con riferimento agli scritti scientifici. Eppure a me sembra che quest'argomento apparentemente angusto, imponendo una drastica conclusione dell'accertamento penale dovuta appunto alla sopravvenienza della morte dell'imputato, ci consenta di rileggere l'insegnamento di Cordero sulla delicatissima problematica della decisione sul reato estinto, e di qui, spalancando uno scenario affatto inedito, ci permetta di riflettere sotto una diversa luce sugli elementi primi, si potrebbe dire, del diritto processuale e, in buona misura, dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, ovvero sulle nozioni di accertamento, giudizio e giudicato.

2. La prima questione che sollecita una lettura degli studi corderiani in tema di decisioni sull'estinzione del reato concerne, per così dire, la sorte del potere decisorio quando sopraggiunga un evento come la morte del reo. Cosa avviene nel processo, anzi cosa ne è del processo e dell'accertamento che esso postula? C'è ancora una parte, e c'è ancora il giudizio, come oggetto immanente e fine ultimo del processo in

---

<sup>1</sup> F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966.

<sup>2</sup> F. Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia*, Milano 1959.

corso? O il giudizio ha ormai un esito scontato e ineludibile? Esistono alternative decisorie, e prima ancora cognitive, alla declaratoria estintiva? È concepibile, in un sistema penale rigorosamente improntato al principio di personalità della responsabilità penale, un accertamento penale nei confronti di chi non esiste più per la società e per il diritto? Quale assetto trova il sistema penale, e quali conseguenze discendono per altri rami del diritto e altre giurisdizioni nelle quali siano in gioco questioni legate a responsabilità non penali ma dipendenti dal reato?

Un corretto approccio a così delicate questioni potrebbe muovere da un dato pressoché pacifico nella giurisprudenza odierna, secondo la quale la sentenza penale emanata nei confronti dell'imputato defunto andrebbe trattata alla stregua di un atto inesistente<sup>3</sup>: e inesistente dovrebbe anzi considerarsi l'intero processo, laddove sia stato instaurato addebitando un fatto a chi in nessun modo potrebbe essere definito imputato, essendo deceduto prima dell'esercizio dell'azione. Così la giurisprudenza perviene a una conclusione apparentemente lineare e obbligata rispondendo nel modo più elementare a quegli interrogativi: se l'imputato è morto, non esiste più un imputato, né un processo che giustifichi una pronuncia di merito diversa dalla declaratoria estintiva (fatta salva la sola eccezione, dettata da chiare esigenze di *favor rei*, dell'art. 129 co. 2 Cpp). L'ovvio corollario che da queste premesse discende è che la pronuncia che per avventura decidesse sulla responsabilità penale in realtà non deciderebbe alcunché nel senso più autentico del termine, e conseguentemente giammai potrebbe porsi quale fonte di cosa giudicata. Giusta tale impostazione, potremmo a primo acchito dire che l'unica conclusione coerente con la brusca conclusione del procedimento determinata dalla morte dell'imputato sia, per utilizzare le categorie corderiane, una pronuncia che estingue il dovere punitivo, e non lo elimina o risolve<sup>4</sup>.

La giurisprudenza si è mantenuta fedele a questa posizione fin da tempi ormai remoti; si potrebbe anzi dire che la vicenda della morte del reo costituisca quasi l'ultimo baluardo di un assunto che la prassi applicativa più risalente riconosceva in via generale a fronte di qualunque situazione estintiva, che sotto la vigenza del codice di rito del 1913 avrebbe escluso (e precluso) un esame nel merito dell'imputazione<sup>5</sup>. E così, anche dopo che il codice Rocco, nel riprodurre e ridefinire i contenuti dell'art. 134 Cpp 1913 attraverso la nuova previsione dell'art. 152 Cpp 1930, valorizzò il *favor innocentiae* introducendo un'inedita ipotesi di concorrenza tra

<sup>3</sup> Cass. 30.4.2003 n. 31470, in *CP* 2004, 3260. Analogamente già Cass. 11.2.1999 n. 4069, in *CEDCass*, m. 214150; Cass. 2.11.1990 n. 3056, in *CEDCass*, m. 185654. Nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Trapani, 7.1.2013 Cacioppo, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 14.1.2013.

<sup>4</sup> F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., 99 ss.

<sup>5</sup> Cass. 15.2.1916, Alfredo, in *RP* 1916 (LXXXIII). Cfr. E. Marzaduri, sub art. 129 Cpp, in *Commento Chiavario*, II, Torino 1990, 113.

conclusioni proscioglitive del procedimento al fine di fornire un'alternativa assolutoria alla declaratoria estintiva del reato, la giurisprudenza non tardò a postulare, tra consensi e dissensi, un regime affatto *sui generis* per quella particolare vicenda estintiva innescata dalla morte dell'imputato. A comporre il dissidio giurisprudenziale intervennero sul finire degli anni Quaranta le Sezioni Unite, che proprio quell'assunto riesumarono in termini radicali. Per suffragare tale conclusione i giudici di legittimità si avvalsero degli strumenti argomentativi dell'epoca e, ragionando così con le categorie della tradizione (ma di una tradizione che, guardando con gli occhi di oggi, è ancora sorprendentemente radicata nella prassi processuale moderna), giustificarono il fenomeno estintivo del dovere decisorio, ovvero del dovere del giudice di risolvere il merito, riconducendolo al piano del diritto sostanziale: a quel rapporto giuridico penale tra Stato e individuo che, venendo meno, avrebbe determinato anche la cessazione del corrispondente rapporto processuale instaurato dall'esercizio dell'azione penale.

A una simile impostazione Franco Cordero dedicò ampie considerazioni nella sua *Procedura*<sup>6</sup>, rivolgendo una critica sferzante all'apparato concettuale e soprattutto alle conclusioni che da esso la Cassazione fece discendere: che cioè, caduti ambedue quei rapporti, non solo la pretesa punitiva pubblica non avrebbe più ovviamente potuto essere esercitata nei confronti dell'imputato defunto, ma, ciò che è più rilevante, nessun'altra decisione avrebbe potuto essere assunta al di fuori del proscioglimento per estinzione del reato. Insomma, secondo tale antico precedente, la morte del reo, a differenza di altre cause estintive, avrebbe reso la via del vecchio art. 152 co. 2 Cpp 1930 impraticabile. E certo non si può dar torto al Maestro quando definì quelle "metafore barocche [...] una *gaucherie* veniale"<sup>7</sup>; né possiamo ignorare il fatto che le categorie su cui le Sezioni Unite credettero di potere erigere una così solida costruzione argomentativa fossero già all'epoca ampiamente erose dalla riflessione teorica, che da decenni aveva messo in discussione la praticabilità di una visione paraciviltistica del fenomeno processuale, in termini di rapporto giuridico penale nel quale allo *ius puniendi* dello Stato avrebbe fatto da contraltare una situazione di soggezione del reo. Ma non minori critiche erano già state rivolte nei confronti della categoria, pur ancor oggi ampiamente utilizzata, della "pretesa punitiva": se sul piano sostanziale la dottrina più risalente ne aveva contestato l'autonoma consistenza rispetto appunto al diritto di punire<sup>8</sup>, sul piano processuale era forse ancor più discutibile ritenere che l'azione penale – un'azione connotata,

<sup>6</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup>, Milano 1987, 1001 ss.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 1002.

<sup>8</sup> K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, 477 ss. Nella letteratura italiana cfr. E. Florian, *Principi di diritto processuale penale*, Torino 1932, 204; F. Grisogni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932, 346.

sotto il Cpp 1930, da chiari profili di astrattezza e avente ad oggetto un'imputazione compatibile anche con lacune, punti oscuri e spiegazioni alternative del fatto<sup>9</sup> – potesse inverare una pretesa sanzionatoria pubblica, risolvendosi una simile azione ben più semplicemente in una postulazione di giudizio, aperto a qualunque esito decisorio. La confutazione di tali categorie e, in particolare, l'abbandono di una statica visione del rapporto processuale rifletterono l'evoluzione del diritto processuale, che segnò l'insostenibilità dell'aspirazione a costruire situazioni giuridiche soggettive esterne al processo<sup>10</sup>, e con essa l'inaccettabilità di una precomprensione del fenomeno criminoso, e del dovere punitivo, al di fuori della sfera processuale. Ma tale evoluzione fu un percorso lento e non poco tortuoso, e che ancora, come si diceva, appare ben lontano dall'aver trovato un suo compiuto svolgimento. E lo riprovano le difficoltà che la prassi ad oggi (anzi forse ancor più oggi per via del carattere sempre più concreto dell'azione penale e dell'ampia discrezionalità delle determinazioni imputative del pubblico ministero) incontra nell'affrancarsi da una visione sostanzialistica dell'azione penale che, pur formalmente abbandonata dal codice di rito del 1930, continuò ad aleggiare nel sistema, impedendo un approccio lineare alle varie problematiche connesse alla presunzione d'innocenza.

Eppure, nonostante evidenti carenze del percorso logico seguito da quell'antico precedente delle Sezioni Unite, non possiamo non riconoscere ad esso almeno un merito: di aver cioè gettato coerentemente le basi per il consolidamento della tesi sull'inesistenza della sentenza emanata nei confronti dell'imputato defunto, che la giurisprudenza successiva avrebbe portato avanti fino ai giorni nostri. Conclusione irragionevole in sé anche solo alla luce di una lettura superficiale dell'art. 152 cpv. Cpp 1930, che non autorizzava a escludere specifiche cause estintive dal dovere di verificare una possibile alternativa assolutoria; ma non per ciò possiamo dire che una simile irragionevolezza incrinasse la congruenza del legame argomentativo tra questa singolare interpretazione di tale previsione, patrocinata dalle Sezioni Unite nel 1948, e la tesi sull'inesistenza della pronuncia di merito proferita nei confronti del fu imputato. Tale interpretazione, anzi, appariva l'unica in grado di giustificare una così drastica patologia quale l'inesistenza. In effetti, la possibilità di condividere una simile conclusione, che all'epoca trovò la propria giustificazione nel regime delle invalidità processuali forgiato dal codice Rocco, passa oggi come ieri dall'accettazione di una premessa che, come abbiamo visto, va accolta nella sua absolutezza: che la morte dell'imputato estingua il potere di decidere o, se si

---

<sup>9</sup> Impostazione che la giurisprudenza di legittimità seguì a sostenere anche negli ultimi anni di vigenza di quel codice: v. Cass. 22.11.1983 n. 9983, in *MDP* 1983, m. 161730.

<sup>10</sup> E. Marzaduri, *Riflessioni minime sul "giusto processo" penale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 283 ss.

vuole, costituisca il dovere negativo di astenersi dal decidere sulla *res iudicanda* in qualunque modo che non sia la declaratoria di estinzione del reato, così da sottrarre appunto giuridica esistenza al provvedimento che per avventura contravvenisse a tale categorico divieto. In questa prospettiva risulta dunque ampiamente comprensibile la preoccupazione, sottostante all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite dell'epoca, di non aprire una breccia in un percorso decisorio che era, e doveva rimanere, caratterizzato da un esito unico.

È sorprendente osservare come una simile preoccupazione sia stata condivisa dalla giurisprudenza anche a distanza di decenni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, con essa, dalla costituzionalizzazione della non considerazione di colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva: mantenendosi intatta fino agli ultimi anni del codice Rocco<sup>11</sup>, nonostante le severe critiche mosse da alcuni studiosi<sup>12</sup>. Non è lecito dubitare del fatto che il codice Vassalli avesse inteso discostarsi da un simile approccio, dato il richiamo integrale all'art. 129 Cpp nell'art. 69 Cpp<sup>13</sup>: e così dottrina<sup>14</sup> e giurisprudenza<sup>15</sup> non ebbero grandi difficoltà, nella nuova cornice codicistica, a riconoscere l'esistenza di un dovere del giudice di verificare la praticabilità di un'alternativa decisoria alla declaratoria estintiva, anzi del dovere di sentire prima il pubblico ministero e il difensore circa la praticabilità di una simile soluzione. Anche questo è certo un aspetto di grande importanza sistematica e applicativa, che non va trascurato; ai fini del discorso che si sta qui svolgendo, comunque, importa sottolineare un diverso profilo. È del tutto condivisibile l'esigenza di giustizia sostanziale coltivata da questo filone interpretativo, che valorizza il *favor innocentiae* frustrato da quella rigida interpretazione che non concepiva, irragionevolmente, alcuna alternativa a questa specifica causa estintiva. Tuttavia i meriti di quest'impostazione hanno avuto, se non vado errato, un caro prezzo sul piano della coerenza dell'assetto complessivo delle funzioni decisorie del giudice, il quale, ripeto, se vedesse estinto il proprio potere di decidere sul merito, non potrebbe concepire alcun provvedimento diverso dalla declaratoria di estinzione per morte: e non parlo solo di una pronuncia assolutoria ma neanche di una decisione di rito, la quale pure sarebbe irrimediabilmente preclusa e che, se per avventura fosse emanata, piomberebbe nell'area dell'inesistenza giuridica. Il fatto che la giurisprudenza non arrivi ad accettare questa

<sup>11</sup> Cass. 26.1.1984, Pasqualoni, in *CP* 1985, 1577.

<sup>12</sup> M. Pisani, *La "morte del reo", la pigrizia dei giudici e la forza dei precedenti*, in *RIDPP* 1987, 203 ss.

<sup>13</sup> E. Marzaduri, sub art. 129 Cpp, cit., 126.

<sup>14</sup> Cfr. per tutti R. Kostoris, sub art. 69 Cpp, in *Commento Chiavario*, I, Torino 1989, 345.

<sup>15</sup> In tempi recenti, tuttavia, la giurisprudenza sembra essere parzialmente tornata alle antiche posizioni: così, per Cass. 9.6.2010 n. 24507, in *CEDCass*, m. 247790, la Cassazione dovrebbe semplicemente annullare senza rinvio e dichiarare la morte del reo intervenuta successivamente alla presentazione del ricorso, senza alcuna possibilità di applicare l'art. 129 cpv. Cpp.

paradossale conclusione<sup>16</sup>, ma salvi da una così grave patologia solo le pronunce previste nell'art. 129 cpv. Cpp nel quale le decisioni di rito ovviamente non sono (e non possono essere) contemplate, fa intendere quanto poco solido sia il ragionamento, e ci impone così di rivederne la premessa, costituita dalla generale postulazione dell'inesistenza di una qualunque decisione di merito emanata nei confronti dell'imputato defunto, salve appunto le sole eccezioni stabilite da tale previsione.

Muovendoci lungo il filo delle riflessioni corderiane, non possiamo non considerare un dato estremamente rilevante. Appare infatti degno di nota che Franco Cordero, in piena coerenza con la recisa critica a quel precedente delle Sezioni Unite, non abbia annoverato l'ipotesi della decisione emanata nei confronti dell'imputato defunto tra le situazioni di inesistenza degli atti processuali<sup>17</sup>. Anzi forse ancor più significativo è che Cordero, nelle prime riflessioni condotte attorno a questa complessa categoria nelle quali non sembrava critico nei confronti del proscioglimento di merito emanato in alternativa alla declaratoria estintiva, avesse recisamente escluso che potesse "considerarsi viziata da invalidità-inefficacia assoluta la decisione emessa nei confronti di un imputato inesistente", ivi compreso il caso appunto dell'imputato defunto a processo avviato<sup>18</sup>. E ancor oggi, a distanza di decenni da tali riflessioni, non possiamo non apprezzare la coerenza complessiva del ragionamento corderiano, che conserva intatta la sua validità e appare anzi rinvigorito da precise scelte sistematiche operate dai codificatori del 1988. Al di là dell'esegesi dell'art. 69 Cpp, sarebbe infatti arduo considerare alla stregua di un *Nichturteil* la sentenza emanata nei confronti dell'imputato defunto sul presupposto che si sia consumata la possibilità, non diciamo ovviamente di dichiararlo reo, ma neanche di statuire nel merito sull'ipotesi criminosa elevata nei suoi confronti. Una simile conclusione equivarrebbe a ritenere che la morte estingua lo stesso *status* d'imputato, conseguenza che la chiara lettera dell'art. 60 co. 2 Cpp fa invece discendere dall'irrevocabilità formale della sentenza che chiude il processo. La confusione derivante dall'assunzione di una situazione simmetrica a quella della sentenza emessa *a non iudice* può essere appianata sol che si rifletta sul fatto che, quand'anche si possa "profilare una esclusione del giudicato con riferimento alla parte, poiché se manca la parte non si può realizzare la fattispecie legale, o più semplicemente la norma"<sup>19</sup>, ciò presuppone appunto una parte. Il che può dunque al più portarci a identificare un'ipotesi d'inesistenza con riguardo al caso in cui l'azione

<sup>16</sup> Cass. 12.2.1996 n. 4746, in *CEDCass*, m. 204841.

<sup>17</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 863 ss.

<sup>18</sup> F. Cordero, *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito a un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *RIDP* 1957, 612 ss.

<sup>19</sup> S. Satta, *Sull'inesistenza degli atti giuridici*, in *RTDPC* 1956, 342.

penale sia esercitata nei confronti una persona già deceduta<sup>20</sup>; ma non certo a quello in cui venga in gioco l'ampiezza del potere decisorio del giudice rispetto a un'azione penale esercitata nei confronti di una persona deceduta dopo il suo esercizio.

Questa appare dunque la soluzione più lineare al problema della validità della decisione emanata nei confronti dell'imputato defunto che contenga statuizioni diverse dalla semplice declaratoria estintiva: decisione cui non sapremmo come negare giuridica esistenza, non solo quando assumesse il contenuto di un esito assolutorio o di un proscioglimento in rito, ma persino quando per assurdo condannasse l'imputato morto: il che finisce per spostare la questione sui rimedi volti a sindacare l'errore di giudizio, non a sanzionarne l'inesistenza. Ma per affrontare adeguatamente il problema relativo alle conseguenze derivanti dall'adozione di una soluzione decisoria anziché di un'altra, occorre allargare lo spettro d'indagine, e rimeditare, sulla scorta dell'insegnamento corderiano, la portata della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato e, di qui, le dinamiche del giudizio penale laddove intervenga un evento eccezionale come la morte dell'imputato *in itinere iudicii*.

3. Pilastro delle riflessioni svolte da Cordero attorno al complesso tema della decisione sul reato estinto è il concetto di decisione in ipotesi. È indiscutibilmente un merito del Maestro l'aver scandagliato e sottoposto a minuziosa indagine quelle decisioni penali che non sembrano rispondere al consueto schema dell'accertamento di un fatto, ovvero di un giudizio che converta un'ipotesi fattuale in un fatto accertato. Singolare fenomeno, senza dubbio, perché parrebbe evocare l'idea di un accertamento non pieno o di un giudizio che non aspiri a fornire certezza giuridica. In realtà si tratta d'intendersi sul significato delle parole. Dire 'pieno' può certo essere equivoco poiché tale attributo in sé si pone come termine referenziale, postulando una contrapposizione, o una distinzione almeno, rispetto ad accertamenti incompleti o sommari, che esulano da quest'ambito tematico; e ancor più scivoloso e problematico, come noteremo, può rivelarsi negare alle decisioni appartenenti a questo particolare genere la capacità di accertare, nel senso proprio del termine, situazioni fattuali e comportamenti umani. Dall'analisi corderiana apprendiamo che questi giudizi mirano a realizzare modifiche effettuali nella realtà giuridica in conseguenza di situazioni fattuali che restano a livello di ipotesi.

Ma come avviene, anzi come può l'ordinamento permettere che avvenga questo risultato? E soprattutto, quale livello di consistenza deve avere acquisito una simile ipotesi a conclusione del giudizio, posto che in forza dell'art. 649 Cpp la decisione ipotetica avrà esattamente la medesima efficacia – significativamente, con

---

<sup>20</sup> M. Chiavario, *Diritto processuale penale*<sup>8</sup>, Torino 2019, 407.

la sola eccezione della declaratoria di morte erroneamente accertata – della decisione che risolva il tema della responsabilità penale, almeno quanto all'efficacia del *ne bis in idem*? Questo dato, questa scelta di diritto positivo ereditata dalla codificazione previgente, mi sembra anzi assumere un'importanza capitale per un corretto approccio al problema e può così costituire un fruttuoso punto di partenza per affrontare tali complesse questioni.

In effetti, può sembrare davvero paradossale che il giudizio processuale, e specialmente il giudizio istituzionalmente deputato a fornire certezze di diritto penale (nonché, in una visione costituzionalmente orientata della tutela penale, di diritto costituzionale) su cui conta la società intera per la preservazione di quei valori primari che ne devono assicurare la sopravvivenza, faccia discendere modificazioni della realtà giuridica da un accertamento di situazioni che permangono allo stadio di situazioni ipotetiche. Ma è proprio vero che simili decisioni non stabiliscono, non definiscono fatti? Se così fosse, dovremmo appunto disconoscere loro la capacità di accertare in sé, non di accertare in forma più o meno compiuta: più che accertare in ipotesi, insomma, dovremmo rassegnarci a concludere che esse non conterrebbero alcun accertamento. Conclusione ancor più paradossale che, nell'evenienza in cui fattori estintivi si inseriscano nel corso dell'attività processuale, ci porterebbe a domandarci, con la stessa sconsolata rassegnazione che animò le celeberrime riflessioni di Salvatore Satta sul mistero del processo<sup>21</sup>, che ne sia del processo: e di qui, che ne sia dell'accertamento e del giudizio, che del processo è probabilmente fine e strumento a un tempo.

Certo è illusorio pensare che il dubbio possa essere sradicato dall'esperienza giuridica. A primo acchito esso risulta anzi ineliminabile per definizione e quale che sia l'esito cui il giudizio approdi: tant'è che perfino l'ambiziosa regola che impone il superamento appunto della soglia del ragionevole dubbio conferma come il dubbio non solo sia il motore del processo ma residui finanche nella sua conclusione più esigente, che è la condanna: la quale è e resta fondata su una base probabilistica, quand'anche venga sorretta da un solido apparato motivazionale che sia riuscito ad erodere l'attendibilità di ogni possibile prova a sostegno di ipotesi contrarie a quella adottata nella decisione. Di dubbio parrebbe poi intrisa l'assoluzione per essere la prova della responsabilità contraddittoria o insufficiente. L'abbandono della vetusta categoria del proscioglimento per insufficienza di prove non ha infatti certo eliminato il dubbio dalla decisione proscioglitiva: esso sembra anzi a tal punto radicato in essa, quasi connaturato, che dal terreno motivazionale è riemerso col nuovo codice in ambiti inediti. Così è noto che la giurisprudenza maturata sotto l'attuale codificazione, discostandosi dall'impostazione del codice Rocco, ha

---

<sup>21</sup> S. Satta, *Il mistero del processo*, in *RDP* 1949, 275.

sensibilmente attenuato il vincolo del giudicato assolutorio in sede penale, restringendone l'applicazione alle pronunce emesse a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato che contengano un effettivo, specifico e concreto accertamento dell'insussistenza del fatto o della non partecipazione dell'imputato: sul presupposto, quindi, che la pronuncia emanata ex art. 530 c.p.p. non soddisfi appunto tali requisiti<sup>22</sup>.

Ma possiamo per tutto questo rassegnarci a dire che il giudizio penale non è in grado di soddisfare la tensione dell'ordinamento verso la certezza? Cosa resta allora del giudizio e del giudicato? Interrogativi questi di estrema gravità e complessità, attorno ai quali in decenni di riflessione teorica abbiamo visto scorrere fiumi d'inchiostro, e che certo non potrebbero essere affrontati qui compiutamente. Ma sono pur sempre interrogativi che non possono essere elusi in questa sede, ricorrendo alla diffusa convinzione che la verità cui aspira il processo sia solo una verità processuale, non materiale, e che più di tanto non ci si possa attendere. Anche se probabilmente questa spiegazione ha in sé un eterno fondamento di verità, che non si può disconoscere. In fondo è un'accezione più modesta di certezza quella prodotta dall'esperienza del processo; più modesta sì ma non per ciò meno elevata, se si vuol che questa certezza sia umanamente, e quindi socialmente, tollerabile per l'ordinamento: ed è quella certezza che deriva appunto dall'accertamento, da quel percorso dinamico che è il processo dal quale scaturisce, per riprendere ancora un'immaginifica definizione del Satta, la determinazione del concreto. Il che richiede, sempre per definizione, un meticoloso bilanciamento di tutti gli interessi in gioco che soddisfi quei canoni di specificità e concretezza additati dalla giurisprudenza: e ciò mediante un giudizio fondato su un accertamento non solitario o condotto su binari unilaterali sconnessi l'uno dall'altro, ma realizzato con quel metodo partecipativo che, al di là della tradizionale distinzione tra modelli astratti, è forse l'eredità culturale di maggiore pregio della giurisprudenza di Strasburgo<sup>23</sup>. Appunto su questo, come si diceva, si fonda la relatività del dubbio e il senso della certezza che viene dall'esperienza processuale<sup>24</sup>, e che non è possibile negare alla decisione che assolve l'imputato per incertezze relative all'esistenza di una scriminante o per contraddittorietà o insufficienza della prova della colpevolezza, dato che in tutte queste situazioni, pur eterogenee per molti aspetti, la pronuncia

---

<sup>22</sup> *Infra*, § 7.

<sup>23</sup> J.D. Jackson, *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?*, in *MLR* 2005, 737 ss.

<sup>24</sup> Particolare rilevanza assume la nota ricostruzione del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio proposta da F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là del ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *CP* 2006, 3869, secondo il quale la formula legislativa non fisserebbe uno *standard* probatorio, ma riconoscerebbe un metodo legale di giudizio basato su un approccio dialettico al dubbio ragionevole. Di quest'autore cfr. anche il *Commento all'art. 8 l. 46/2006*, in *LP* 2007, 135 ss.

assolutoria attesta l'infondatezza dell'ipotesi accusatoria, generando così comunque certezza giuridica.

Ma se così è, non minore idoneità a produrre certezza giuridica possiamo a questo punto riconoscere alla decisione sul reato estinto. E che si tratti di un accertamento rientrante nella classe di quei giudizi che definiamo di merito lo dimostra inequivocabilmente il fatto, puntualmente sottolineato da Cordero, che la legge processuale ammette, oggi come ieri, un'alternativa decisoria alla declaratoria estintiva, che altrimenti, trattandosi di una pronuncia di rito, sarebbe inconcepibile<sup>25</sup>. Del resto, come dicevamo, appare decisiva la scelta operata dal legislatore di conferire al proscioglimento per estinzione del reato la medesima forza preclusiva di qualsiasi decisione che abbia risolto il tema della responsabilità penale, sia essa di segno assolutorio o di condanna<sup>26</sup>. Qual è dunque la differenza rispetto alle altre pronunce di merito? In che modo la declaratoria estintiva genera certezza giuridica e quale efficacia esattamente produce?

Abbiamo visto che, seguendo il ragionamento corderiano, la principale differenza tra questa e altre pronunce di merito sta nella morfologia nel giudizio e nell'oggetto dell'accertamento. Fatta salva l'ipotesi in cui l'evento estintivo intervenga successivamente all'accertamento della responsabilità penale, *in itinere iudicii* tale provvedimento proscioglitivo pone fine al processo estinguendo non un fatto di reato, cosa di per sé già difficile da concepire<sup>27</sup>, ma un effetto, anzi tutti gli effetti che sarebbero discesi dall'accertato fatto di reato. Un'indubbia efficacia estintiva sarebbe dunque ad esso da ascrivere rispetto al dovere punitivo; e che il dubbio concernente la sussistenza di tale dovere venga non risolto ma estinto è confermato appunto dal carattere ipotetico di questo genere di decisioni, anzi doppiamente ipotetico in quanto fondato su un ragionamento che potremmo sintetizzare, grosso modo, così: se non fosse intervenuto l'evento estintivo e avessimo potuto proseguire nella strada dell'accertamento, l'ipotesi di reato avrebbe potuto convertirsi in un'affermazione di responsabilità penale e fondare un giudizio positivo di colpevolezza.

Senonché, in quest'ingegnosa argomentazione, non è chiaro come il carattere ipotetico della decisione estintiva si concili con l'efficacia preclusiva che indiscutibilmente appartiene a questa come ad ogni altra decisione proscioglitiva e

---

<sup>25</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 999. L'argomento normativo riportato nel testo non sembra possa essere dunque ribaltato per dimostrare un inquadramento processuale delle cause estintive del reato quali cause d'improcedibilità sopravvenuta, come sostenuto da A. Pagliaro, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *RIDPP* 1967, 472 ss.: se così fosse, il codice attuale (come il previgente) avrebbe dovuto prevedere, oltre alle pronunce estintive, il proscioglimento per improcedibilità o improseguibilità dell'azione quale possibile alternativa alla pronuncia assolutoria, cosa che non è avvenuta.

<sup>26</sup> Rimarca l'importanza di questo profilo a sostegno della natura sostanziale della decisione estintiva T. Padovani, *Diritto penale*<sup>12</sup>, Milano 2019, 434.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 434. In tal senso v. già opportunamente A. Pagliaro, *Profili*, cit., 473 s.

condannatoria; e soprattutto non è chiaro quale consistenza debba essere riconosciuta al giudizio ipotetico, e dunque all'ipotesi criminosa che il giudice sia chiamato a valutare al ricorrere di un evento estintivo. In effetti, sebbene la forte carica ipotetica della decisione estintiva non solo non attenui ma anzi rafforzi, se non vado errato, la portata preclusiva della pronuncia proscioglitrice, tale portata non appare del tutto in linea con l'asserita natura estintiva dell'accertamento. In definitiva, si tratta di estinzione o di preclusione degli effetti? Potremmo dire, a primo acchito, che si realizzino l'una e l'altra, seppur da due prospettive diverse: a un tempo, cioè, si estinguerebbe il dovere punitivo relativo a un fatto del passato, ovvero a un'ipotesi fattuale che resta tale, e si precluderebbe un successivo accertamento verso il futuro. Tuttavia le cadenze del ragionamento corderiano non sembrano autorizzare simili distinzioni: se l'accertamento cade non su un fatto ma su un effetto, anzi su quella situazione giuridica avente ad oggetto il dovere di punire, estinzione e preclusione sarebbero ambedue proiettate verso l'azione futura.

La riflessione teorica sviluppatasi nell'ultimo ventennio ha tuttavia messo in luce l'intimo legame che sussiste tra la verifica del dovere punitivo e l'accertamento dei fatti dell'imputazione, un legame che non può esaurirsi "sul piano delle condizioni o dei presupposti dell'accertamento"<sup>28</sup>, il quale investe così anzitutto il fatto, non meno di quanto avvenga per l'accertamento espresso dalla sentenza civile<sup>29</sup>. Ed è appunto rispetto all'ipotesi criminosa, ovvero alla situazione fattuale fissata con l'imputazione, che ben può apprezzarsi la natura dell'accertamento espresso dal provvedimento di estinzione del reato.

4. Un proficuo modo per approfondire il problema della portata dell'accertamento penale a fronte dell'intervento di una causa di estinzione del reato è quello di esaminare anzitutto l'efficacia della declaratoria estintiva<sup>30</sup>: e qui assai utile si rivela un approccio volto a saggiare la praticabilità nella sfera penale di categorie elaborate in sede di teoria generale del diritto o in altri rami dello scibile giuridico. Quantunque la scelta terminologica sembri far pianamente propendere per un'efficacia modificativa, tale conclusione va subito scartata, posto che, come

<sup>28</sup> E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *ED*, VI Agg., Milano 2002, 916 s.

<sup>29</sup> M.A. Zumpano, *Rapporto tra processo civile e processo penale*, Torino 2000, 294.

<sup>30</sup> Come puntualmente sottolineato da A. Falzea nella voce *Accertamento*, raccolta, assieme ad altri fondamentali contributi di quest'A., in *Id.*, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1970, 12, "Non diversamente da un qualunque altro fenomeno giuridico, l'accertamento va studiato in funzione di un sistema di norme secondo la distinzione tradizionale: come fatto giuridico e come effetto giuridico. La considerazione dell'effetto è primaria e bisogna accordarle precedenza: potrebbe sembrare secondaria solo a chi si fermasse a questa superficiale osservazione, che logicamente, se non cronologicamente, l'effetto vien dopo il fatto. In realtà, ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela".

abbiamo notato, il reato in sé non può essere estinto. Il pensiero corre così a quell'efficacia preclusiva sostanziale approfondita da una ormai risalente dottrina civilistica per spiegare quelle manifestazioni effettuali provenienti da fatti giuridici caratterizzati dalla loro capacità di rompere l'ordinario nesso di continuità nell'avvicinarsi delle situazioni giuridiche. Secondo la suggestiva ricostruzione di un illustre civilista, Angelo Falzea, esistono in particolare fatti di accertamento che, ponendosi quali fattori di discontinuità, determinano, per così dire, una cesura nel loro rapporto con le situazioni anteriori, l'accertamento della cui esistenza sarebbe appunto precluso con un'efficacia bivalente, idonea a coprire l'alternativa tra modificazione (costitutiva o estintiva) e conservazione<sup>31</sup>.

In realtà, la possibilità d'invocare un simile inquadramento per spiegare il fenomeno estintivo in sede penale è già stata presa puntualmente in considerazione, oltre cinquant'anni fa, da un insigne penalista, Antonio Pagliaro, il quale – in linea, come abbiamo visto, col suo inquadramento delle cause estintive del reato – ritenne tuttavia di ricondurre l'efficacia preclusiva della pronuncia estintiva solo al versante processuale con esclusione di qualsiasi implicazione sul fronte sostanziale: non solo per la possibilità, lasciata aperta dall'art. 152 Cpp 1930 (così come dall'attuale art. 129 Cpp) di una diversa conclusione decisoria, ma soprattutto per il rilievo che un accertamento positivo del reato, sia pur incidentalmente, può comunque essere realizzato al di fuori del processo penale, precipuamente sul terreno del giudizio civile instaurato sulla base di una diversa fattispecie che fa del reato il presupposto per il soddisfacimento della pretesa risarcitoria relativa al danno ex art. 185 Cp.<sup>32</sup>. Del resto, oltre alla previsione che esplicitamente esclude dal regime estintivo le obbligazioni civili derivanti dal reato estinto, una pluralità di disposizioni attesta come la declaratoria estintiva del reato non implichi neppure l'estinzione di tutti gli effetti penali e financo della punibilità in senso stretto, posto che il reato estinto conserva una carica sanzionatoria che si manifesta laddove esso costituisca il presupposto di un altro reato ovvero nell'ipotesi di reati connessi ex art. 170 Cp<sup>33</sup>.

Si tratta di obiezioni senza dubbio di enorme gravità, che a distanza di decenni da quando furono formulate sollecitano una profonda riflessione attorno al fenomeno estintivo, nella prospettiva dinamica del processo: una riflessione che non può trovare ovviamente posto in questa trattazione e che non sarei comunque capace di svolgere adeguatamente. Riguardando comunque il fenomeno dalla prospettiva

---

<sup>31</sup> Cfr. in particolare la voce *Efficacia giuridica* di A. Falzea, anch'essa raccolta in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., 346 ss.

<sup>32</sup> A. Pagliaro, *Profili*, cit., 474 ss., 486 ss. Un approfondito aggiornamento dell'impostazione di quest'autore può oggi leggersi in A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*<sup>9</sup>, ed. riveduta e aggiornata da V. Militello-M. Parodi Giusino-A. Spena, Milano 2020, 840 ss.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 474 s.

del processo, non mi sembra che tali argomenti possano incrinare l'utilità del ricorso all'idea di un'efficacia preclusiva operante sul piano sostanziale anche in materia penale. Ma naturalmente bisogna intendersi sui termini e sulla portata di tale concetto in quest'ambito dell'esperienza giuridica. È infatti chiaro che in sede penale sarebbe del tutto inconcepibile postulare un'efficacia anfibolica, e tale dunque da coprire l'alternativa tra continuità e discontinuità rispetto a una situazione giuridica preesistente al processo: dal momento che solo attraverso il processo – e soprattutto, in buona misura, nelle forme che vuole il processo – il diritto penale, nella sua veste di diritto punitivo almeno, può venire ad esistenza. La proiezione va piuttosto riferita al futuro e, per queste ragioni, appare anche sterile una contrapposizione fra efficacia sostanziale e processuale, posto che l'accertamento del reato, quand'anche in via incidentale e per la produzione di effetti di natura non penale, non può realizzarsi al di fuori di un'esperienza processuale: onde l'accertamento sostanziale è anche processuale e viceversa.

Appunto in quest'ottica mi pare possa rivelarsi assai proficua la categoria dell'efficacia preclusiva sostanziale, dalla quale credo discendano alcune non poco rilevanti implicazioni. Certo non si può non convenire col Pagliaro che la preclusione sostanziale non può essere riferita all'accertamento del reato in sé considerato che, per quanto estinto, resta indiscutibilmente accertabile sia in sede extrapenale, in forza della chiara lettera dell'art. 198 Cp, sia soprattutto in sede penale, rispetto a fattispecie criminose che tale reato includano in diverse forme o che ad esso siano legate. Ma può anche dirsi che il reato estinto resti punibile, o possa comportare un aggravamento del regime punitivo, nonostante la declaratoria estintiva? Guardando all'art. 170 Cp nel suo complesso non dovrebbe sussistere alcun dubbio quanto alla risposta affermativa, e ciò finirebbe effettivamente per non lasciar il minimo spazio a una qualsiasi efficacia della declaratoria estintiva sul terreno sostanziale. Sennonché, a ben vedere, questa fondamentale previsione contempla fenomeni abbastanza eterogenei ed essenzialmente due classi di situazioni andrebbero distinte, se non erro, nella prospettiva dinamica del processo. Una cosa è la punibilità di un diverso reato rispetto a quello dichiarato estinto, che sia quest'ultimo il presupposto del primo o ad esso legato da un vincolo di connessione: qui la punibilità permane non solo perché l'efficacia della declaratoria estintiva non si estende al reato non estinto ma anche perché resta in piedi anche la sua procedibilità. E così, coerentemente, il giudice competente potrà sanzionare il fatto oggetto d'imputazione, e perfino pervenire a un aggravamento del regime sanzionatorio, non perché decida sul reato presupposto o connesso ormai estinto, il quale, in base alla chiara distinzione tra *cognitio* e *iudicium* tracciata dall'art. 2 Cpp, rientra nell'ambito della sua cognizione

solo in via incidentale<sup>34</sup>. Ben diversa è la questione concernente la punibilità dello stesso reato dichiarato estinto conseguente all'accertamento di un fatto già giudicato, la qual cosa, se restasse in vita, realizzerebbe un risultato davvero paradossale.

Eppure proprio qui si può apprezzare un significativo scollamento tra la disciplina sostanziale e quella processuale, che può portare ad esiti dirompenti nell'ipotesi di reato complesso<sup>35</sup>. In effetti, la previsione dell'art. 170 co. 2 Cp ancor oggi espressamente esclude che l'effetto estintivo relativo a un reato, che sia un elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, si estenda al reato complesso. Ma ciò non può comportare che sopravviva l'efficacia sanzionatoria del reato complesso, posto che la declaratoria estintiva riguardante uno dei reati componenti produce un effetto preclusivo che, seppur non estendendosi ovviamente all'altro reato che componga il reato complesso, copre però il reato complesso in quanto tale. E ciò ha riconosciuto lo stesso Cordero, per il quale "se la decisione sul reato complesso preclude un ulteriore giudizio su ciascuno dei reati componenti, la decisione su uno di questi non impedisce che sia giudicato successivamente l'altro"<sup>36</sup>. Tuttavia tale risultato può appunto realizzarsi solo rispetto all'altro reato che componga il reato complesso, non al reato complesso, del quale la disciplina processuale impedisce addirittura la cognizione a fronte del giudicato formatosi a conclusione di un previo giudizio su uno qualunque dei reati che ne compongano la fattispecie.

Ma se così è, possiamo concludere che, ferma restando la possibilità che svariati effetti penali sopravvivano alla declaratoria estintiva, la punibilità in senso stretto non possa rimanere in vita rispetto al reato estinto, e nei termini in cui l'art. 649 Cpp scolpisce l'ambito di tutela del *ne bis in idem*<sup>37</sup>. Di preclusione sembra si

---

<sup>34</sup> Come già opportunamente sottolineato da E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali*, cit., 918, peraltro, la tecnica della cognizione incidentale non rappresenta l'unica soluzione praticabile: pur in assenza di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 18 Cpp 1930, un allargamento dell'oggetto del giudizio, tale da ricomprendere anche il reato presupposto o connesso non ancora estinto, può realizzarsi al ricorrere delle condizioni della riunione dei procedimenti e nei limiti tracciati dall'art. 17 Cpp.

<sup>35</sup> Nessuna distinzione tra le due situazioni, peraltro, si rinviene nella Relazione di Alfredo Rocco al Progetto definito del codice del 1930 (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma 1929, par. 188).

<sup>36</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>1</sup>, Milano 1966, 674.

<sup>37</sup> Di diverso avviso M. Romano, sub art. 170 Cp, in *Commentario Romano-Grasso-Padovani*, vol. III, Milano 2011, 232 s., il quale parte dalla premessa che il reato complesso non subisca alcun effetto estensivo dall'estinzione del reato componente per ragioni che vanno ricercate sul piano del diritto sostanziale, trattandosi di un reato autonomo rispetto ai fatti che di esso sono elementi costitutivi. Ma, a ben vedere, ciò può avvenire solo mediante un apprezzamento della causa estintiva in una dimensione avulsa da una vicenda processuale. Così è chiaro che il pubblico ministero che reputi prescritto il furto può procedere per rapina; tuttavia è questa appunto una dimensione astratta e non giuridica del fenomeno estintivo: perché, se di estinzione del reato si può parlare sul presupposto ipotetico che il reato esista, se ne deve parlare in un processo, ed essa assume una sua dimensione giuridica rispetto al reato componente solo una volta che sia

possa dunque parlare in relazione al legame che unisce l'ipotesi criminosa alla sanzione penale prescritta dalla norma incriminatrice mediante quell'esperienza unica, nella sua drammatica irripetibilità, che è il processo penale. La proiezione sanzionatoria non può infatti che essere sempre parametrata a un determinato fatto imputato in un determinato processo: e in questi termini può ben dirsi che l'estinzione del reato, pur lasciando intatti alcuni importanti effetti penali, precluda un risultato effettuale di tipo punitivo: rispetto a quell'imputazione, così come costruita per quel processo, e che in quel processo abbia condotto a un risultato comunque decisorio. E così, anche una volta che sia intervenuto un evento estintivo e ne sia stata dichiarata l'esistenza, il rapporto tra fatto e sanzione non può realizzarsi al di fuori del giudizio o in altro giudizio penale: tant'è che significativamente la pronuncia estintiva non presenta in questo un'efficacia in alcun modo minore o diversa rispetto a quella di ogni altra decisione proscioglitrice, secondo quanto è stato significativamente riconosciuto anche su scala transnazionale dalla Corte di giustizia<sup>38</sup>.

Resta da verificare se e in che misura per una peculiarissima situazione estintiva, come quella della morte dell'imputato, possa scaturire una preclusione all'accertamento del reato in sé, e cioè sia nell'esperienza del processo penale sia a fini diversi da quelli penali. Ma per far ciò dobbiamo approfondire il delicato tema delle dinamiche dell'accertamento che l'intervento di eventi estintivi sprigiona, e addentrarci così nella disamina delle implicazioni di tali eventi sul piano delle situazioni giuridiche interne al processo, e dunque della dialettica tra poteri decisorii del giudice e poteri di contestazione impugnatoria che la legge riconosce alle parti processuali.

5. Una simile direzione d'analisi non solo dischiude inedite prospettive teorico-ricostruttive ma può anche contribuire non poco a risolvere una difficile questione applicativa, che sorge da un approccio fondato su una lettura forse eccessivamente letterale di una previsione concernente una fondamentale garanzia posta a presidio dello *status innocentiae* dell'imputato durante il corso dell'accertamento penale. Per inquadrare correttamente tale questione nel discorso che stiamo qui svolgendo possiamo nuovamente ricordare che Franco Cordero – in linea con la sua concezione

---

stata dichiarata, col che però si attiva la preclusione relativa alla cognizione del reato complesso una volta che la declaratoria estintiva passi in giudicato. Comunque, l'impostazione autonomistica adottata dal Romano con riguardo al reato complesso, osservata da un'altra prospettiva, sembra fornire un solido argomento all'idea che l'estinzione del reato sottragga effetti giuridici, in termini appunto di stretta punibilità, al reato estinto (ivi, 232).

<sup>38</sup> C.G.U.E 28.9.2006, C-467/04, *Gasparini and others*, § 22 ss. Per una diversa opinione cfr. A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*<sup>3</sup>, Cambridge et al. 2016, 289.

della natura effettuale dell'oggetto del giudizio penale in quanto vertente attorno alla verifica di una situazione giuridica – ha finito per estendere il carattere ipotetico della decisione sul reato estinto appunto al dovere sanzionatorio, del quale si può affermare che “non si sa se [...] esista ma è certo che, se esistesse, il reo non sarebbe punibile”<sup>39</sup>. Senonché, seguendo tale ragionamento, dovremmo comunque supporre che l'ipotesi criminosa, nel momento in cui sopraggiunga un evento estintivo e affinché il processo possa concludersi con la formula corrispondente, debba conservare una sua parvenza di sostenibilità e la declaratoria estintiva debba quindi esprimere un giudizio di verosimiglianza. Ciò, del resto, sarebbe confermato dalla stessa lettera della legge che, secondo l'interpretazione prevalente della giurisprudenza fin dal codice previgente (interpretazione significativamente condivisa in parte dallo stesso Cordero), precluderebbe qualsiasi alternativa assolutoria a fronte di situazioni di contraddittorietà o insufficienza della prova, e dunque di dubbia prova della responsabilità penale<sup>40</sup>. Insomma, la declaratoria estintiva, proprio perché fondata su un giudizio ipotetico, richiederebbe sì un'ipotesi di reato plausibile; ma, si potrebbe dire, nulla di più.

La conclusione non può che lasciare subito perplessi, specie laddove si tratti di cause estintive che sfuggono allo schema ricostruttivo generale della decisione ipotetica. Il ragionamento non sembra anzi per definizione attagliarsi a quelle cause estintive la cui applicazione presuppone l'avvenuta condanna, e quindi un accertamento pieno, nient'affatto ipotetico, del reato, come l'amnistia impropria, la sospensione condizionale della pena; alle quali, nell'attuale sistema di giustizia penale, dovremmo aggiungere quei meccanismi estintivi che discendono dall'adozione di riti alternativi, come il patteggiamento, il giudizio monitorio e, ora, anche la messa alla prova. Ma possiamo dire che una simile impostazione si adatti a tutte le cause estintive che si collocano prima della condanna? Come si può pensare di postulare un giudizio di mera verosimiglianza dell'ipotesi criminosa al sopraggiungere di un evento, quale la morte dell'imputato, che rende del tutto inconcepibile la formulazione di una qualsiasi valutazione di reità? Di colpevolezza potremmo parlare solo nell'evenienza in cui, conclusosi l'accertamento penale con un giudizio positivo di responsabilità penale, la morte colpisse l'imputato nell'attimo fatidico prima del momento in cui il giudice stesse per pronunciare la condanna; ma neanche qui, a ben guardare, possiamo parlare di una considerazione di colpevolezza dell'ordinamento, se vogliamo dare un senso rigoroso al dettato dell'art. 27 co. 2 Cost.

Cosa succede però nell'ipotesi in cui la situazione si rovesci e il processo stia

---

<sup>39</sup> F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., 99.

<sup>40</sup> Per prendere a prestito una scelta terminologica inglese, potremmo dire che l'inconsistenza dell'*evidence* si traduca in dubbio sulla *proof* della colpevolezza; ma, come vedremo, una simile formulazione ben può essere utilizzata per pervenire a conclusioni assai diverse da quelle raggiunte dalla giurisprudenza dominante.

per concludersi con un esito opposto, laddove cioè la morte sopravvenga un attimo prima di quando il giudice stia per assolvere l'imputato in una delle situazioni indicate nell'art. 530 co. 2 Cpp? Quando, insomma, la morte preceda, anche di pochi istanti, la decisione e segua sì un accertamento ormai concluso, ma conclusosi appunto con una valutazione d'inconsistenza dell'ipotesi accusatoria? Neppure il più strenuo sostenitore di un'esegesi letterale dell'art. 129 co. 2 Cpp arriverebbe probabilmente a pensare che il giudice, in una simile evenienza, debba arrestarsi e rovesciare il proprio verdetto, dichiarando il reato estinto per morte dell'imputato che un attimo prima avrebbe invece assolto. Si obietterà che è questa una situazione estrema e quasi paradossale: un caso di scuola, insomma, che non inficia minimamente, anzi conferma, la validità della conclusione che diffusamente si attribuisce alle ipotesi ben più realistiche in cui questo particolare evento estintivo, come ogni altra causa estintiva, giunga *in itinere iudicii*: che l'imputato debba essere prosciolto, come abbiamo visto, sulla base di un giudizio fondato su una valutazione di mera verosimiglianza dell'ipotesi accusatoria. Tuttavia anche un simile modo di ragionare non scorza l'interrogativo poc'anzi posto: com'è possibile anche solo ipotizzare la verosimiglianza di una situazione esclusa radicalmente dalla morte dell'imputato?

In effetti, argomentando in termini rigorosi, non possiamo fare altro che riconoscere che la declaratoria di morte del reo non potrebbe per definizione fondarsi su un'ipotesi basata sulla semplice probabilità di esistenza del reato, visto che l'accertamento della responsabilità penale è in tesi escluso e reso perfino inconcepibile dall'evento-morte. Dovremmo allora parlare, al contrario di quanto avviene per altre situazioni estintive, di un giudizio appunto d'inverosimiglianza: e diremmo anzi di un'ipotesi di responsabilità impossibile, che in nessun modo potremmo riferire propriamente a un reato in quanto mai potrebbe tradursi in un accertamento positivo di responsabilità.

Vedremo come anche queste conclusioni, a primo acchito davvero paradossali, possano offrire proficue indicazioni per l'adozione di una diversa impostazione riguardante i poteri decisorii del giudice. Dipanando le implicazioni del discorso che si sta qui problematicamente svolgendo, non possiamo però fare a meno di rivelare quanto gravi siano le implicazioni sia teoriche che pratiche di un simile modo di ragionare: se il sopraggiungere della morte impone un'immediata conclusione del processo precludendo qualsiasi prognosi di colpevolezza, la declaratoria estintiva finisce per tradursi in una pronuncia avente a fondamento un'ipotesi criminosa puramente astratta e avulsa da qualsiasi considerazione relativa alle prove: un giudizio per così prosciugato nella sostanza, nel quale, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, troverebbe spazio solo la verifica dell'esistenza di una

previsione legale di copertura. E appunto la gravità di queste conclusioni impone di ripensare l'intera problematica, rivedendo criticamente le premesse del ragionamento: non ci sembra anzi azzardato sostenere che proprio un corretto inquadramento della particolare situazione costituita dalla morte dell'imputato, che sfugge alle lineari cadenze della tesi dell'accertamento in ipotesi, possa contribuire a un migliore apprezzamento della portata dei poteri decisorii del giudice al ricorrere di cause estintive.

Potremmo così iniziare col rilevare che la stessa legge processuale non sembra lasciare spazio per così drastiche conclusioni contemplando la possibilità di una conclusione proscioglitrice – significativamente, quale che sia il fattore estintivo intervenuto nel corso del giudizio – non solo quando l'ipotesi criminosa non corrisponda (o non corrisponda più) ad alcuna previsione legale di copertura ma anche quando le prove acquisite dimostrino che il fatto ipotizzato non sia esistito o l'imputato non l'abbia commesso, ovvero sia provata l'assenza dell'elemento soggettivo o, per converso, la ricorrenza di una situazione scriminante. Il che impone appunto al giudice, ogniqualvolta apprezzi l'intervento di una causa estintiva, il delicato compito di verificare non soltanto l'astratta rilevanza penale dell'ipotesi in sé considerata, ma il suo grado di consistenza probatoria. Insomma, già la disciplina legale – col solo fatto di prevedere un'alternativa decisoria *in utilibus*, anzi proprio per questa fondamentale previsione, che non è limitata alla sola formula del difetto di tipicità dell'ipotesi accusatoria – esige chiaramente un giudizio di fondatezza di tale ipotesi, quand'anche il fattore estintivo sia la morte dell'imputato: ed è appunto questo complessivo assetto ciò che sospinge a riguardare le cose da una diversa prospettiva. L'interrogativo poc'anzi formulato potrebbe allora essere ribaltato: se un giudizio di fondatezza dell'accusa può, e anzi deve, essere compiuto a fronte di una causa estintiva che, ragionando in astratto, precluderebbe ogni possibile proiezione di reità, perché accontentarsi di una simile valutazione di semplice parvenza, ovvero, per riprendere una formula d'origine spagnola, di mera *apariencia delictiva*? Se di apparenza, di manifestazione del reato, deve trattarsi, ci si avvede subito che essa non può avere la stessa consistenza di quella che possiamo postulare per altre situazioni estintive: il che conferma come pure da questo diverso angolo visuale l'aspirazione a una classificazione unitaria debba cedere di fronte a una verifica analitica delle caratteristiche specifiche di ogni situazione estintiva, per poi tornare ad affrontare il problema generale tra giudizio ed estinzione del reato.

È del resto significativo che la stessa giurisprudenza, pur divisa tra diverse linee interpretative, abbia condiviso unanimemente il senso del difficile compito che il giudice deve affrontare nel valutare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria: anche se, abbandonate le iniziali posizioni favorevoli a un'interpretazione coordinata degli artt.

129 co. 2 e 530 co. 2-3 Cpp<sup>41</sup>, si è poi prevalentemente adagiata su una lettura non solo minimalista della prima previsione, in quanto appiattita sulla soglia di una semplice constatazione dell'evidente innocenza intesa come una verità a tal punto manifesta da non richiedere alcuna dimostrazione, ma soprattutto slegata dalla seconda previsione. Una lettura disgiunta di tali due fondamentali disposizioni, insomma, può considerarsi *ius receptum* nella prassi giurisprudenziale, e come tale è stata recepita dalle Sezioni Unite<sup>42</sup>. Quantunque disgiunta, a ben vedere, solo parzialmente: poiché, se per un verso tutte le ipotesi d'incertezza probatoria riconducibili alle situazioni d'insufficienza o contraddittorietà delle risultanze esistenti precluderebbero un esito assolutorio<sup>43</sup>, per altro verso la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la mancanza totale di qualsivoglia prova della responsabilità penale, pur prevista all'interno dello stesso art. 530 co. 2 Cpp, sia da trattare alla stessa stregua delle situazioni d'innocenza evidente<sup>44</sup>. Con un simile approccio la prassi giurisprudenziale ha così finito per erodere la coerenza complessiva della propria impostazione, travasando nel nuovo sistema di giustizia penale un assetto ereditato dal sistema misto, così come risultante dalla nota sent. 5/1975 della Corte costituzionale<sup>45</sup>. Un assetto che quasi un quarto di secolo dopo sarebbe stato peraltro avallato e anzi ulteriormente rinvigorito proprio da quell'intervento delle Sezioni Unite che, come dicevamo poc'anzi, ha escluso la prevalenza della soluzione assolutoria a fronte di qualsiasi situazione d'inconsistenza probatoria persino qualora la causa estintiva venga apprezzata a conclusione del giudizio di primo grado, salve le sole ipotesi in cui essa sopraggiunga in sede di giudizio d'appello a séguito di ricorso della parte civile ovvero quando il giudice di seconda istanza reputi infondata la censura mossa dal pubblico ministero avverso un'assoluzione emanata ex art. 530 co. 2 Cpp.

5.1. Quest'ultima conclusione ci consente di tornare a riflettere sull'intera questione, approfondendo le dinamiche decisorie sprigionate dall'intervento di una

---

<sup>41</sup> In tale senso si esprimeva la prima giurisprudenza maturata dopo la riforma codicistica: v. Cass. 8.11.1991, Brendolan, in *ANPP* 1992, 568. Cfr. peraltro Cass. 13.1.2005 n. 7272, D.A., in *CEDCass*, m. 231231, la quale distingue comunque l'ipotesi in cui la causa estintiva intervenga nelle fasi anteriori al dibattimento da quella in cui essa sopravvenga dopo l'istruzione dibattimentale.

<sup>42</sup> Cass. S.U., 28 maggio 2009 n. 35490, Tettamanti, in *CEDCass*, m. 244274.

<sup>43</sup> Cass. 18.5.2007 n. 26008, in *CEDCass*, m. 237263. In questa direzione si colloca la letteratura dominante; per qualche rara voce dissenziente cfr. E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 124 nt. 64; A. Galati-E. Zappalà-F. Siracusano, *Gli atti*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*<sup>3</sup>, ed. a cura di G. Di Chiara-V. Patanè-F. Siracusano, Milano 2018, 204.

<sup>44</sup> Cass. 16.2.2006 n. 5933, in *DPP* 2006, 703. Cfr. inoltre E. Zappalà, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *LP* 2005, 661.

<sup>45</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup>, Milano 2012, 986.

causa estintiva. È sorprendente quanto poco abbiano pesato sull'applicazione giurisprudenziale le limpidissime riflessioni di Cordero, il quale ha da sempre sostenuto come a ciclo istruttorio ormai concluso la sentenza possa dichiarare estinti solo "i reati che accerta", col risultato che il giudice, "se le prove a carico mancano o non bastano, assolve nei termini indicati dall'art. 530<sup>27</sup><sup>46</sup>. Del resto proprio il caso estremo della morte del reo, come abbiamo osservato, rende addirittura inimmaginabile che a dibattimento concluso (e il discorso vale almeno anche per il giudizio abbreviato) si possa dichiarare estinto un reato del quale non sia stata provata l'effettiva sussistenza o che non sia stato possibile attribuire all'imputato defunto, senza incappare in un'insanabile aporia logica. E a giudizio in corso? Possiamo accettare che una persona entrata nel processo da innocente, e come tale dev'essere trattata per un imperativo derivante dallo stesso diritto costituzionale, possa essere prosciolta per estinzione di un reato mai accertato e che quindi non può essere giuridicamente considerata colpevole per il fatto di esser dubbia e vacillante la prova della sua responsabilità penale?

Ecco come il caso-limite di questa peculiarissima causa estintiva porta naturalmente a ridefinire il tradizionale approccio a questa complessa e fondamentale problematica, nella quale è in gioco, ancora una volta, la tenuta di uno dei valori portanti di un processo penale moderno, qual è la presunzione d'innocenza. E nel parlare di approccio tradizionale occorre probabilmente includere, per questa parte del ragionamento, lo stesso Cordero, il quale pare aver condiviso un'interpretazione differenziata dell'art. 129 co. 2 Cpp (e prima dell'art. 152 co. 2 Cpp 1930) a seconda che tale previsione trovi applicazione nel corso o a conclusione dell'accertamento processuale: con la conseguenza che, a differenza di quanto sostenuto per quest'ultimo caso, nel primo la soluzione estintiva s'imporrebbe ogniqualvolta "i dati estintivi non smentiscano l'ipotesi"<sup>47</sup>. Il che sembra nuovamente evocare, per un verso, certezze negative perché si possa pervenire a un'alternativa assolutoria e, per un altro, fondare la decisione estintiva su un giudizio avente uno sfondo probabilistico che potrebbe anche risultare assai tenue e incerto. Eppure proprio Cordero rilevò puntualmente come richiedere la prova piena dell'innocenza declinata nelle formule di cui all'art. 129 co. 2 Cpp, quale condizione ostativa del proscioglimento estintivo, fosse ben poco attagliato proprio a una fra le possibili soluzioni assolutorie: sul presupposto che il proscioglimento *in iure* per non essere il fatto previsto dalla legge come reato non consenta incertezze al giudice, vincolato, come da un solenne giuramento, al dovere insito nel *dabo tibi ius*<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, 987.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 986. Analogamente F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 999.

<sup>48</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 998. In termini invariati v. Id., *Procedura penale*<sup>9</sup> (2012), cit., 986.

Ora proprio quest'osservazione, senz'altro condivisibile, mi sembra aggiungere un importante tassello per un più puntuale inquadramento della problematica. In effetti, appare degno di nota il fatto che l'art. 530 co. 2 Cpp – previsione singolarmente letta come in parte riferita al dubbio probatorio, in parte a una situazione di totale incertezza conoscitiva, quale derivante dall'assoluta mancanza di prove della colpevolezza<sup>49</sup> – non menzioni minimamente la mancata previsione legale del fatto come reato. E basterebbe anzi forse tale semplice constatazione per comprendere quanto problematico sia pensare d'instaurare un raffronto tra una disposizione per sua natura dinamica, come l'art. 129 Cpp, e una regola di giudizio valevole per la decisione che il giudice è chiamato ad assumere solo una volta completato l'accertamento dibattimentale. Ciò che pare aver intuito la stessa giurisprudenza, sebbene sia poi pervenuta a una ricostruzione complessivamente incoerente sul piano logico e dalle implicazioni pratiche di enorme impatto sulla posizione dell'imputato. Ma se l'art. 530 co. 2 Cpp – complessivamente inteso, appunto – non è in grado di guidare la valutazione richiesta al giudice ex art. 129 co. 2 Cpp durante il corso del giudizio, quale regola deve orientare la sua scelta decisoria nelle situazioni di concorrenza individuate da tale ultima previsione? E, in definitiva, qual è il senso che possiamo attribuire a questa fondamentale previsione nell'attuale sistema di giustizia penale, che da tempo si è affrancato dalle strutture proprie del sistema misto, eppure ad esso, sotto molti aspetti, ritorna?

C'è un'intima verità, se non m'inganno, nella costante differenziazione, che ha animato tutte le discussioni sul tema e fa da sfondo all'interpretazione corrente dell'art. 129 co. 2 Cpp, delle regole di giudizio che guidano la complessa attività decisoria, rispettivamente, al termine e durante l'accertamento penale. Tuttavia, se è innegabile che la declaratoria estintiva, sotto l'involucro della forma del provvedimento che la racchiude, non è annoverabile tra le pronunce di rito ma appartiene al genere di decisioni che definiamo di merito, non è un caso che, fra tutti i casi di possibile concorrenza fra soluzioni proscioglitive, il legislatore di oggi come di ieri, nel rispetto della logica processuale, abbia ritenuto di disciplinare, quale alternativa alla decisione estintiva, l'assoluzione derivante da diverse situazioni: e anzi, significativamente, un'assoluzione che abbraccia situazioni di accertata innocenza sia *in facto* sia *in iure*. Del resto, se del tutto inconcepibile sarebbe stato postulare una concorrenza tra una conclusione del procedimento per l'improcedibilità dell'azione e una qualsiasi soluzione di merito, la cui indagine resta

---

<sup>49</sup> Già nella *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 985, Cordero affermava che un “giudizio storico negativo, rigorosamente parlando, postula la prova dell'inesistenza del fatto; e poiché la semplice circostanza che quest'ultimo non sia stato provato non è premessa sufficiente per concludere che non sia avvenuto, le due situazioni vanno tenute distinte: nell'una so che qualcosa non è accaduto e nell'altra ignoro se sia accaduto”.

appunto preclusa dalla causa d'improcedibilità<sup>50</sup>, appare degno di nota che la legge processuale non abbia regolamentato la concorrenza tra possibili diverse soluzioni assolutorie, ovvero fra possibili cause estintive, ma tra la declaratoria estintiva – e, come abbiamo visto, relativa a qualunque causa estintiva – e un'assoluzione in merito. Volendo seguire la terminologia e l'inquadramento corderiano delle cause estintive, che riteniamo di condividere, dovremmo dire: tra un proscioglimento di merito, e sia pur basato su un merito valutato in ipotesi, un'assoluzione di merito. Ma, anche così, non può sfuggire un dettaglio, tutt'altro che insignificante: e cioè che la concorrenza è ammessa e disciplinata dalla legge tra una conclusione estintiva e un'assoluzione che, pur nel suo amplissimo ambito d'applicazione, comprende quelle specifiche formule, e non altre.

In effetti, anche questa circostanza mi sembra particolarmente rilevante per ricostruire l'assetto complessivo, e da essa mi pare si possano ricavare le seguenti conclusioni. La prima e più ovvia discende da quanto già abbiamo osservato, ed è che al ricorrere di una causa estintiva, tra tutte le situazioni disciplinate nell'art. 129 co. 1 Cpp, il giudice deve sempre prefigurarsi un'alternativa assolutoria e verificarne la praticabilità alla luce del materiale probatorio acquisito. Occorre cioè sempre che il giudice, ad accertamento ancora in corso, operi una valutazione di fondatezza dell'accusa: e a meno di non ritenere, come ha sostenuto lo stesso Cordero, che il richiamo alla formula dell'inesistenza di una previsione incriminatrice di copertura sfugga a questa logica, ciò che ne farebbe un riferimento del tutto fuor d'acqua nel contesto della previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp, dobbiamo concludere che tale

---

<sup>50</sup> Anche questa conclusione, in realtà, non può essere assunta in termini assoluti: come opportunamente sottolinea A. Pagliaro, *Profili*, cit., 496, rifacendosi a quanto sostenuto dallo stesso Cordero, ci possono ben essere situazioni nelle quali “il dovere di procedere dipende dalla risoluzione del problema di merito”. E in effetti non si può fare a meno di osservare che, sebbene l'art. 129 cpv. Cpp non menzioni situazioni d'improcedibilità, la verifica del carattere condizionato o meno della procedibilità presuppone logicamente un inquadramento dell'ipotesi formulata in una casella legale, e diviene dunque irrilevante (o almeno irrilevante per il processo penale) sol che il fatto non sia previsto dalla legge come reato. Sennonché, a ben vedere, quell'inecepibile obiezione non sembra fornire argomenti ulteriori per avvicinare le due categorie dell'improcedibilità e dell'estinzione del reato (o della punibilità), oltre la basilare soglia dell'esistenza di una previsione astratta di rilevanza penale: e ciò non solo perché l'esercizio dell'azione penale richiede accertamenti di notevole complessità che vanno ben oltre una “elementare indagine sul rapporto di diritto sostanziale”, ma anche perché, mentre l'esistenza di una previsione incriminatrice basta all'emanazione di una decisione d'improcedibilità (fermo restando che essa ben può seguire un approfondito accertamento di merito, così come una riqualificazione giuridica del fatto), appare oggi discutibile, come vedremo, che l'intervento di una causa estintiva del reato imponga al giudice solo una “sommatoria indagine sul merito” (così, invece, A. Pagliaro, *Principi*, cit., 847). A ben guardare, peraltro, neppure la posizione espressa da Cordero su questa delicata questione sembra possa essere accolta: per le ragioni esposte in questo scritto, non pare che sussista, oggi come ieri, alcuna indicazione normativa che autorizzi a concludere che, al ricorrere di una causa estintiva, “acquisito un dato accertamento in diritto, il legislatore reput[ ] superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa” (*La decisione sul reato estinto*, cit., 97).

valutazione non possa essere esclusa, e sia anzi richiesta, pure in quest'evenienza: potendo così condurre il giudice a dichiarare il fatto imputato penalmente irrilevante dopo aver vagliato l'ipotesi accusatoria alla luce del quadro probatorio, che a sua volta può addirittura portare a ridefinirne la qualificazione giuridica. E io credo che il senso di quest'imprescindibile valutazione di fondatezza probatoria dell'imputazione sia quello di dare la massima consistenza al giudizio ipotetico richiesto per l'emanazione del provvedimento estintivo: il quale, come abbiamo visto, precipiterebbe altrimenti a livelli di probabilità difficilmente conciliabili con la presunzione d'innocenza.

D'altra parte, il fatto che il legislatore abbia richiesto una valutazione concorrente proprio con quelle formule assolutorie, che non coprono tutte le situazioni indicate nell'art. 530 co. 1 Cpp, fa ben comprendere che il giudizio di consistenza dell'ipotesi accusatoria, che s'impone ogniqualvolta il giudice apprezzi *in itinere iudicii* la presenza di una causa estintiva, non può spingersi, così come è diffusamente riconosciuto al di fuori delle situazioni di concorrenza fra soluzioni proscioglitive<sup>51</sup>, al punto di verificare profili dell'imputazione legati a stadi avanzati dell'accertamento penale, come quello della punibilità, la cui indagine presuppone che siano state risolte tutte le questioni relative alla tipicità dell'azione, alla colpevolezza e non sussistano cause di giustificazione. Discorso più articolato dovrebbe svolgersi per l'imputabilità, la cui considerazione da parte della legge processuale alla stregua di un'"altra ragione" (*rectius*, causa) di non punibilità<sup>52</sup> sembra a primo acchito non tenere conto delle complesse discussioni concernenti il suo inquadramento sostanzialistico. Sennonché proprio un corretto esame sul piano sostanzialistico di tale fondamentale istituto svela un non meno articolato problema di accertamento processuale, posto che la verifica dell'imputabilità costituisce un elemento essenziale non solo per potere appieno apprezzare l'elemento soggettivo ma, più generale, per poter fondare un affidabile giudizio di rimproverabilità personale: ed è proprio in questa prospettiva che l'accertato difetto d'imputabilità ben può condurre a valutare l'ipotesi criminosa, sul presupposto della sua sussistenza

---

<sup>51</sup> Cfr., per una puntuale sottolineatura di questo profilo, E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 117.

<sup>52</sup> La dottrina processualistica sembra del resto condividere in parte tale inquadramento, ammettendo così che, nonostante l'eliminazione di un esplicito riferimento all'imputabilità, possa essere emanata sentenza di non luogo procedere in udienza preliminare nei confronti del soggetto inimputabile, in quanto "persona non punibile", quantomeno laddove il difetto di pericolosità sociale escluda l'adozione di una misura di sicurezza. In questo senso cfr. F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi (coord.), *Compendio di procedura penale*<sup>4</sup>, Padova 2010, 639. Analogamente L. Giuliani, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi (fondatori), M. Bargis (coord.), *Compendio di procedura penale*<sup>9</sup>, Padova 2018, 627 s. Per puntuali considerazioni critiche con riguardo a un simile inquadramento processuale dell'imputabilità e del relativo accertamento cfr. D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 114 ss.

fattuale e giuridica, come non costituente reato. Ovviamente tali considerazioni valgono per l'evenienza in cui la causa estintiva sopraggiunga nel corso di un accertamento ancora incompleto in prima istanza: non appare dunque incoerente con quest'impostazione, anzi sembra dettato dalla stessa esigenza di valorizzare appieno il *favor innocentiae* che anima la previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp, che il giudice dell'impugnazione dia prevalenza a un'assoluzione per difetto di una condizione di punibilità o per la sussistenza di una causa personale di non punibilità, pur a fronte di una situazione estintiva, almeno laddove l'accertamento di tutti i profili della responsabilità penale e della punibilità siano stati affrontati e risolti nel grado precedente<sup>53</sup>.

5.2. Certo è insomma che, anche all'interno delle valutazioni corrispondenti alle formule valevoli per l'applicazione in primo grado dell'art. 129 co. 2 Cpp, nulla ci induce a ritenere che il giudizio di merito, che costituisce la condizione prodromica essenziale per poter pervenire alla declaratoria estintiva, possa accontentarsi di un'ipotesi di reato dotata di un modesto livello possibilistico, ovvero dotata di un livello probabilistico poco superiore a quello di eventuali controipotesi e spiegazioni alternative dell'azione, o addirittura di un'ipotesi supportata da informazioni conoscitive intrinsecamente o complessivamente contraddittorie: e ciò ancor più quando si tratti di estinguere un reato, che si assume come ipoteticamente esistente, nei confronti di un imputato defunto. Un'interpretazione costituzionalmente orientata della formula legislativa rende ben più plausibile concludere che la decisione ipotetica debba basarsi su una qualificata valutazione di fondatezza dell'accusa; e possiamo anche arrivare a considerare tale esegesi coerente con la stessa Convenzione europea e persino da essa richiesta, almeno se intendiamo che lo *standard* probatorio previsto dal diritto convenzionale per superare la presunzione d'innocenza, e poter giuridicamente considerare la persona accusata come colpevole, debba allinearsi all'esigente canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>54</sup>.

Quest'ultima indicazione interpretativa, seppur individuata con riferimento alla soglia probatoria per l'affermazione della responsabilità penale dell'accusato al termine del giudizio, pare in effetti rivelarsi utile anche per la situazione che stiamo qui considerando, concernente i presupposti per dichiarare estinto un reato sulla base dell'accertamento ipotetico della sua esistenza. Diversamente, una volta esclusa l'applicabilità diretta dell'art. 530 co. 2-3 Cpp e non potendo ritornare a considerare il riferimento all'evidenza in termini di manifesta innocenza, dovremmo rassegnarci a

---

<sup>53</sup> In tal senso v. già E. Marzaduri, sub art. 129 Cpp, cit., 118.

<sup>54</sup> S. Trechsel, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 163 s.

considerare la valutazione di fondatezza dell'accusa come intrinsecamente atipica: e dovremmo quindi sconsolatamente ammettere che una previsione di così fondamentale rilevanza e impatto applicativo non contenga alcuna regola decisoria, e che il giudizio sia rilasciato nel concreto alla più ampia discrezionalità del giudice competente<sup>55</sup>. Ma in realtà dal canone del *beyond any reasonable doubt*, che irradia la previsione convenzionale sulla presunzione d'innocenza, possono ricavarsi indicazioni assai pregnanti anche per i giudizi che, per circostanze come l'intervento di un fattore estintivo, si impongono *in medias res*. E la principale fra esse è che il giudizio ipotetico è un giudizio sì probabilistico (come ogni altro) ma anche, per sua natura, intrinsecamente prognostico, in quanto proiettato verso un risultato futuro, quale l'accertamento positivo del reato, precluso proprio dalla causa estintiva. Il che sembra svelare una nuova angolazione dalla quale osservare il fenomeno: e il modo forse più proficuo per mettere a fuoco i tratti della valutazione di fondatezza dell'accusa, che s'impone al giudice al ricorrere di un evento estintivo, potrebbe essere quello di compararlo a un altro qualificato giudizio prognostico, quale il giudizio di gravità indiziaria richiesto in tema di cautele personali; pur coi dovuti distinguo, ovviamente, resi necessari dalla base più ristretta della verifica richiesta dall'art. 129 co. 2 Cpp, dalla quale per le considerazioni anzidette esula (almeno in prima istanza) ogni considerazione di aspetti relativi alla punibilità e alla formulazione di una proiezione sanzionatoria concreta.

Una simile prospettiva d'indagine potrebbe sembrare ancor più paradossale della premessa dalla quale eravamo partiti con riferimento alla specifica causa estintiva oggetto del presente studio. In effetti, se già in passato si è ampiamente e a più livelli dimostrato quanto fallace e fonte di equivoci fosse assimilare, e postulare interferenze tra, le valutazioni sul *fumus delicti* in sede cautelare ai giudizi di merito del procedimento principale, ancor più inconcepibile potrebbe risultare applicare la logica prognostica sottesa ai *Tatverdachtsurteile*<sup>56</sup> alla decisione in ipotesi richiesta per la situazione estintiva determinata dalla morte dell'imputato, che per definizione esclude qualsiasi proiezione condannatoria. Ma, a ben vedere, per questa come per altre cause estintive, laddove esse sia rilevate *in itinere iudicii* e impongano una conclusione anticipata del processo, il paradosso è solo apparente o, se si vuole, è insito nella stessa idea di giudizio ipotetico di responsabilità penale: un giudizio

---

<sup>55</sup> Tornano alla mente le osservazioni critiche di S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*<sup>13</sup>, Padova 2000, 181, attorno al delicato problema del potere discrezionale del giudice.

<sup>56</sup> L'elaborazione di tal categoria, volta a definire i giudizi prognostici sul *fumus delicti*, si deve in larga misura alla dottrina tedesca: cfr. H.-U. Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaftrechts*, Mainz 1986, 192. In Italia, l'indiscutibile merito di averla ampiamente valorizzata per una ricostruzione sistematica della prova delle fattispecie cautelari va riconosciuto a D. Negri, *Fumus commissi delicti*, cit., 54 ss.

basato sì naturalmente su un'ipotesi che resta tale a conclusione del giudizio, ma che, in un sistema in cui la condanna esige lo smantellamento di ogni dubbio ragionevole, deve essere dotata della massima sostenibilità e fondatezza. Né per la definizione di un così esigente *standard* decisorio sembra si possa chiamare in causa la sostenibilità dell'accusa in giudizio per il fatto che l'art. 129 co. 2 Cpp contempla espressamente la possibilità che la concorrenza possa essere risolta con l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere: l'applicabilità della previsione nell'udienza preliminare, infatti, non pare di per sé implicare la necessità di ricorrere alle regole di giudizio valevoli per tale fase, nella quale, del resto, ogniqualvolta si collochi un intervento cautelare, l'emanazione del provvedimento richiesto soggiace pacificamente all'impegnativa valutazione dell'art. 273 Cpp.

D'altro canto, una crescente valorizzazione dei profili relativi all'accertamento della responsabilità penale può nitidamente essere osservata nella ben nota evoluzione intervenuta nell'ultimo decennio nella giurisprudenza EDU, che ha individuato chiari profili di frizione col principio di legalità a fronte di risposte sostanzialmente sanzionatorie, come la confisca urbanistica, discendenti dalla decisione con la quale venga dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione<sup>57</sup>. Ed è significativo che con riferimento a tale situazione la stessa Corte costituzionale – nel reinterpretare le soluzioni offerte dalla giurisprudenza europea nel senso che qualunque risposta sanzionatoria, nell'accezione convenzionale del termine, non esigerebbe necessariamente un provvedimento non condannatorio – abbia escluso l'incompatibilità del proscioglimento estintivo con un accertamento pieno della colpevolezza dell'imputato, che sarebbe anzi doveroso proprio in caso di una particolare ipotesi di confisca quale quella urbanistica<sup>58</sup>.

Tali conclusioni rivestono una grande rilevanza sistematica per il discorso che si sta qui svolgendo, fornendo elementi d'indubbia utilità per una corretta interpretazione della previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp. Se quelle cause estintive che

---

<sup>57</sup> C. eur., 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, i cui principi sono stati in larga misura recepiti e sviluppati da C. eur., 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09.

<sup>58</sup> C. cost., 26.3.2015 n. 49, § 6.2 *Cons. in dir.* Quale che sia il giudizio che ognuno voglia formarsi attorno a quest'impostazione, è innegabile la progressiva tendenza a richiedere un accertamento di responsabilità in ragione di una considerazione sostanzialmente sanzionatoria anche di altre forme di confisca, come la confisca per equivalente, laddove non ricorra alcun nesso di 'pertinenzialità' tra reato e beni confiscabili. Come è noto, una carica affittiva riconosce la giurisprudenza di legittimità alla confisca del prezzo del reato ex art. 240 co. 2 n. 1 Cp, ovvero della confisca del prezzo o del profitto del reato ex art. 322-ter Cp, se disposta con la pronuncia dichiarativa della prescrizione: in tal senso cfr. Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, in *CEDCass*, m. 264436, che ha comunque richiesto non solo che il processo si sia già concluso in un grado anteriore con una pronuncia condannatoria ma anche che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla responsabilità penale dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto sia rimasto inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio.

possono essere dichiarate anche a processo in corso esigono un accertamento pieno di responsabilità a conclusione del giudizio, l'accertamento ipotetico necessario affinché possa pervenirsi al proscioglimento *in itinere iudicii* non può non essere fondato su un'affidabile proiezione di accertamento di responsabilità. Ma se così è, cosa resta allora dell'evidenza della prova? Qual è il senso che a quest'espressione può essere ragionevolmente attribuito?

A mio giudizio, la risposta è semplice e a portata di mano, sol che si dia alle parole un significato in linea col quadro delle garanzie costituzionali e convenzionali in gioco, a cominciare dalla presunzione d'innocenza. Abbiamo infatti visto che nulla impone d'intendere il riferimento all'evidenza probatoria come sinonimo di certezza manifesta: e, aggiungerei anzi ora, nulla impone d'interpretarlo nel senso che occorra che dagli atti risulti, o addirittura che debba addossarsi all'imputato, la dimostrazione dell'innocenza, che in sé non va provata appunto perché è presunta e della quale l'imputato deve godere fin dal primo istante in cui fa ingresso nella scena processuale. D'altra parte, anche ragionando in termini di prova dell'innocenza, cos'è mai questa certezza giuridica relativa a una condizione che nel corso del processo in tesi l'imputato già possiede? In un sistema, come l'italiano, in cui la decisione condannatoria è improntata all'elevato *standard* probatorio dell'art. 533 Cpp, qualunque incrinatura che metta in dubbio la congruenza e linearità dell'ipotesi accusatoria, come abbiamo visto, non è forse certezza dell'innocenza?

Attualissimi appaiono ancora i rilievi critici che un'attenta dottrina formulò nei confronti dell'assetto adottato nel 1988, sul presupposto che i codificatori non avessero sfruttato appieno l'occasione offerta dalla riforma codicistica limitandosi a riprodurre, pur sfrondate da quegli ambigui riferimenti al merito e con alcuni aggiustamenti dovuti al diverso impianto processuale, le soluzioni del vecchio art. 152 co. 2 Cpp 1930. Non venne così valorizzata appieno la direttiva n. 11 della legge-delega, al punto cioè di riconoscere all'imputato che veda profilarsi l'ipotesi di una conclusione proscioglitrice del procedimento nella forma di una declaratoria estintiva il diritto di ottenere l'assunzione di prove o la realizzazione di indagini tese al conseguimento di una pronuncia assolutoria<sup>59</sup>. Naturalmente tale soluzione non si attagliava a tutte le situazioni cui intervenisse una causa estintiva: e specifiche problematiche avrebbero potuto sorgere nell'evenienza della morte dell'imputato, anche per via dell'interpretazione giurisprudenziale, sulla quale torneremo nel prosieguo del presente studio<sup>60</sup>, secondo cui tale evento consumerebbe il mandato difensivo.

---

<sup>59</sup> M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino 1988, 45, le cui riflessioni sono state riprese e sviluppate da E. Marzaduri, sub art. 129 Cpp, cit., 123 s.

<sup>60</sup> *Infra*, § 6.1.

In ogni caso, data l'impostazione prescelta dalla riforma codicistica del 1988 e attualmente vigente, la quale nessuno spazio generalmente rilascia al diritto dell'imputato a ottenere l'assunzione di prove che non risultino agli atti<sup>61</sup>, resta fortemente problematica una lettura dell'evidenza probatoria in termini di accertamento negativo, o, peggio ancora, come abbiamo visto tralaticciamente ripetuto nei massimari giurisprudenziali, in termini di semplice constatazione, senza alcun apprezzamento, della sua innocenza. Proprio le riflessioni condotte da quella dottrina all'indomani della riforma codicistica portano a rigettare radicalmente simili conclusioni: come potrebbe mai essere verificato il difetto di tipicità dell'azione criminosa ipotizzata o la mancanza di uno dei requisiti del complesso giudizio di colpevolezza, ovvero il ricorrere di una situazione scriminante, senza che venga condotto alcun apprezzamento? E la stessa giurisprudenza, col richiedere un accertamento di responsabilità nel proscioglimento estintivo che conduca all'applicazione di una misura sostanzialmente afflittiva, sembra confermare l'irragionevolezza di un'esegesi di questa fondamentale previsione in chiave di evidenza semplicemente constatabile. Perché poi questa fuga dal giudizio proprio in situazioni così delicate quali quelle perviste dall'art. 129 co. 2 Cpp, quando è inequivocabilmente la lettera della legge a richiedere un accertamento sui temi dell'imputazione ogniqualvolta intervenga una situazione estintiva? Un giudizio pertanto s'impone: e sarebbe a questo punto arbitrario supporre che l'evidenza alluda a una realtà processuale d'immediata percezione. Del resto, a ben vedere, si può forse dubitare che la legge possa predeterminare e persino graduare la profondità di un esame: come proprio Cordero ebbe efficacemente a sottolineare, "c'è chi esegue fulmineamente le deduzioni più difficili e chi trascina il più elementare passaggio deduttivo come una fatica di Sisifo"<sup>62</sup>.

Ma anche ammettendo la necessità (ampiamente riconosciuta dalla letteratura processualistica) di un apprezzamento e dunque di una compiuta valutazione del materiale probatorio, non minori riserve possono essere avanzate nei confronti di

---

<sup>61</sup> Generalmente perché alcune rilevanti eccezioni erano già previste nel vecchio codice, e sono state riprodotte e ulteriormente sviluppate dal nuovo. Così, oltre alla possibilità di rinunciare a specifiche cause estintive, come l'amnistia, l'imputato, laddove una causa estintiva emerga nel predibattimento, ben può opporsi a un'immediata conclusione proscioglitrice del processo in vista di un più compiuto esercizio del diritto alla prova nel dibattimento. Significativamente questa previsione annovera, analogamente a quanto previsto dal codice Rocco, anche le situazioni d'improcedibilità e improseguibilità dell'azione e, dal 2015, il proscioglimento per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis Cp*: e se quest'ultimo riferimento, che pacificamente allude a una valutazione di merito, rende ancor più problematico riprodurre la concezione in chiave d'improcedibilità il fenomeno estintivo, particolarmente interessante per una ricostruzione sistematica dei rapporti tra procedibilità e merito appare la previsione di una declaratoria d'improcedibilità (o improseguibilità dell'azione) tra quelle cui l'imputato può opporsi.

<sup>62</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 1031 nt. 8.

una lettura, e soprattutto di un'applicazione pratica, del requisito dell'evidenza in termini di prova piena dell'innocenza. Tale formula, dietro l'apparente semplicità, svela anzi una vera e propria contraddizione in termini nell'interpretazione corrente, essendo illogico che l'ordinamento richieda per assolvere l'imputato la prova di una condizione che, presumendo esistente, non va per l'appunto provata. Una simile lettura, come abbiamo anticipato, potrebbe dunque perfino esporre tale previsione al rischio d'incostituzionalità, per non dire anche di una violazione dell'art. 6 par. 2 della Cedu: e dal momento che sull'interprete grava sempre l'obbligo di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, occorre battere una via che prevenga tale duplice rischio. Ma una simile via è in realtà offerta pianamente dalla stessa lettera della disposizione del co. 2 dell'art. 129 Cpp, alla quale sembra si possa ragionevolmente trasporre quanto venne rilevato, all'indomani della riforma codicistica, significativamente con riferimento alla portata dell'intera previsione dell'art. 129 Cpp nel contesto della disciplina sul rito patteggiato e monitorio: che cioè il sopraggiungere di una causa estintiva "non solo consente di riconoscere dignità di prova alle indagini preliminari effettuate, ma impone altresì al giudice di considerare tale materiale probatorio non come il frutto provvisorio di un'indagine in atto, bensì come l'insieme degli elementi sui quali deve basare la decisione finale"<sup>63</sup>.

Tali conclusioni appaiono estremamente proficue per un corretto approccio al problema della concorrenza di formule proscioglitive nei termini stabiliti dall'art. 129 co. 2 Cpp. È comunque interessante notare che una simile impostazione prescinde dalla fase o dallo stato in cui la previsione opera, ciò che conferma la difficoltà d'invocare direttamente le regole decisorie stabilite nei co. 2 e 3 dell'art. 530 Cpp. A parte quanto già rilevato circa la non coincidenza delle situazioni disciplinate rispettivamente dall'art. 129 co. 2 e, in particolare, dall'art. 530 co. 2 Cpp, occorre nuovamente ricordare che le regole fissate nei co. 2 e 3 dell'art. 530 Cpp sono state congegnate per il giudizio richiesto al termine di un accertamento concluso, non per la decisione che s'imponga a gioco in corsa: ed esse con estrema difficoltà potrebbero quindi essere estese alle ipotesi in cui la conclusione proscioglitiva si presenti al giudice nel corso nell'istruzione dibattimentale, e *a fortiori* in una diversa fase, qual è l'udienza preliminare, retta da ben altre regole decisorie. Senonché, a uno sguardo complessivo, non solo le ipotesi disciplinate dall'art. 129 Cpp sono tipologicamente eterogenee ma lo stesso meccanismo acceleratorio, la stessa logica d'immediatezza che anima tale fondamentale previsione si caratterizza in termini significativamente differenti nelle situazioni ivi disciplinate.

---

<sup>63</sup> E. Marzaduri, sub art. 129 Cpp, cit., 121.

Da un riesame complessivo della problematica sembra così plausibile un'esegesi di quest'essenziale garanzia nella quale essenzialmente due classi di situazioni, seppur non identificabili nella rigida scansione dei due commi della disposizione in esame, andrebbero tenute distinte. La prima è quella in cui sopraggiunga più di un'ipotesi di proscioglimento nel corso del procedimento ordinario, o comunque di un rito alternativo volto a una definizione anticipata del giudizio in un procedimento aperto a un possibile, seppur più contratto, sviluppo istruttorio (come avviene nel giudizio abbreviato). Qui non è affatto scontato che in nome di un'exasperata logica processuale debba essere data aprioristica prevalenza alla formula che volta per volta si collochi a uno stadio prodromico nel percorso di accertamento (ad esempio, la mancanza di previsione legale rispetto a una statuizione di merito di carattere assolutorio), a tutto discapito di una conclusione più favorevole all'imputato: poiché sul giudice incombe sempre il dovere di verificare, autonomamente o su richiesta di parte, se l'assunzione di prove a difesa possa condurre a una decisione più favorevole, il che può appunto comportare un significativo temperamento della logica d'immediatezza della garanzia<sup>64</sup>. La seconda situazione, che a tale conclusione apporta una considerevole deroga, si realizza invece quando s'instauri una concorrenza tra più formule proscioglitive in un procedimento destinato a un giudizio sulla colpevolezza basato su accertamento rigorosamente allo stato degli atti, senza alcuna possibilità d'integrazione istruttorio, nonché, per effetto della soluzione adottata del codice Vassalli, tra una declaratoria estintiva e un'assoluzione nelle ipotesi disciplinate dall'art. 129 co. 2 Cpp.

Tutti i casi rientranti in ambedue le classi di situazioni sono accomunati dal fatto che, per effetto della richiesta di una parte (pubblica o privata) o dell'intervento di una causa estintiva, il procedimento penale subisce un'accelerazione che d'un colpo lo proietta di fronte alla sua meta ultima, cioè alla decisione sulla responsabilità penale. Ma mentre talora l'esito decisorio è prefigurato dalla stessa domanda di parte, talaltra permangono varie alternative decisorie, e in alcuni procedimenti, come il rito monitorio e il patteggiamento, alla consueta alternativa fra condanna e proscioglimento si somma una terza via, ossia la restituzione degli atti al pubblico ministero. In questo quadro l'accelerazione procedimentale determinata dal sopraggiungere di una causa estintiva spicca per il fatto di elidere per definizione la

---

<sup>64</sup> Così già puntualmente E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 122. Del resto lo stesso F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (1987), cit., 983 s., dopo essersi interrogato se ammettere "il primato del giudizio giuridico sul giudizio storico" comporti concludere che "l'irrelevanza giuridica di un fatto ipotetico debba condurre *tout court* a un proscioglimento in diritto, essendo superfluo verificare il fondamento storico della domanda", riconosce che una risposta affermativa, applicabile al processo civile, difficilmente sia "estensibile al processo penale, nel quale le formule di proscioglimento configurano tipi di sentenza variamente regolati sotto il profilo dell'efficacia, e quelle *in facto* sono più favorevoli all'imputato": col risultato che chi "subisce il peso di un'accusa può ragionevolmente pretendere che sia dichiarata infondata".

soluzione condannatoria, col risultato che la concorrenza si pone tra conclusioni comunque proscioglitive. Ed è proprio questa fondamentale differenza, legata al ventaglio delle alternative decisorie disponibili, oltre alla diversità strutturale del procedimento nel quale si colloca il fatto giuridico che sospinge verso la sua immediata conclusione, ciò che non consente, al ricorrere di una situazione estintiva, la diretta applicazione delle consuete regole stabilite per il giudizio dibattimentale sulla responsabilità penale: appunto perché qui l'alternativa condannatoria è per così dire fuori gioco. Ciò tuttavia non implica che si possa prescindere da un giudizio di responsabilità penale, se non si vuol concludere che l'estinzione finisca per riguardare un fantasma di reato, il che avrebbe pesantissime conseguenze sulla libertà e sulla dignità della persona<sup>65</sup>. Un giudizio dunque c'è ed è ineludibile, anche se nella veste di una valutazione ipotetica, come sostiene Franco Cordero: formula che, arrivati al termine di quest'analisi, possiamo dunque condividere purché s'intenda in termini di una qualificata prognosi di colpevolezza, non di un giudizio di semplice possibilità di esistenza del reato<sup>66</sup>.

Nella sostanza il risultato potrebbe apparire simile all'applicazione delle regole di giudizio fissate nell'art. 530 Cpp e segnatamente del canone dell'oltre il ragionevole dubbio di cui all'art. 533 Cpp. Ma abbiamo visto che tali criteri decisorii presuppongono che il giudizio si collochi al termine di un percorso istruttorio ormai concluso, e anzi che abbia avuto modo di concludersi: ciò che per definizione non avviene nella prospettiva dinamica delle situazioni disciplinate dall'art. 129 co. 2 Cpp. Se correttamente intesa, conformemente all'impostazione di Cordero, tale previsione richiede dunque regole adeguate a una decisione in ipotesi, alla quale sembrano al meglio attagliarsi le cadenze della valutazione prognostica. Aggiungerei ora che questa valutazione prognostica – a differenza di quella richiesta in sede cautelare, che si proietta verso un esito condannatorio considerato a tal punto probabile da poter sostenere una valutazione di proporzionalità parametrata alla gravità del fatto e della

---

<sup>65</sup> In questa prospettiva appare condivisibile il rilievo secondo cui, a differenza delle cause estintive che “insistono sulle conseguenze proprie del reato effettivamente commesso (o più esattamente del reato che si accerti, a ragione o a torto, come effettivamente commesso)”, le altre cause estintive che invece non presuppongono l'accertamento del reato “operano come se questo fosse stato realmente commesso, impedendo comunque il prodursi degli effetti che dal reato avrebbero potuto derivare”. Così M. Romano, sub *pre-art. 150 Cp*, in *Commentario Romano-Grasso-Padovani*, vol. III, Milano 1994, 7. Date queste premesse, che indiscutibilmente riescono a irrobustire il giudizio ipotetico che conduce alla declaratoria estintiva, non si comprende però come lo stesso autore abbia escluso che l'art. 129 co. 2 Cpp possa dare prevalenza all'assoluzione a fronte non solo di situazioni di contraddittorietà e insufficienze probatorie ma anche di mancanza di prove a carico. Se così fosse, proprio per le cause di estinzione rientranti nella seconda categoria la declaratoria estintiva potrebbe essere sorretta da una colpevolezza non tanto dubbiosa quanto addirittura carente.

<sup>66</sup> A favore di quest'impostazione si esprimeva, invece, G. Conso, *L'art. 152 c.p.p. e le questioni di legittimità costituzionale: i rapporti di priorità*, in *RIDPP* 1958, 193.

sanzione attesa – si caratterizza per una proiezione di segno ben diverso, che ben potremmo formulare con un periodo ipotetico dell'impossibilità. Il che ci porta pertanto a riconsiderare sotto una diversa luce la prospettiva corderiana, per il fatto che la declaratoria estintiva si erge sì su un duplice assunto ipotetico, ma reso ormai appunto impossibile dall'intervento della causa estintiva: che il processo potesse seguire il proprio corso e che, al ricorrere di questa prima condizione, potesse ragionevolmente condurre, sulla base dell'accusa formulata, all'affermazione dell'esistenza del reato e della responsabilità penale dell'imputato. Potremmo dunque dire di trovarci di fronte a una prognosi dell'irrealità giuridica, se volessimo trovare una definizione plausibile, dal momento che all'accertamento della responsabilità penale non si può giungere nel processo in corso né in alcun altro processo *de eadem re*, dal quale possa conseguire la risposta sanzionatoria prescritta dalla norma incriminatrice: una definizione, questa, che sembrerebbe avere peraltro il pregio di ridare un costrutto logico alla peculiare situazione estintiva della morte del reo, evitando il paradosso argomentativo inizialmente segnalato.

Questo, insomma, mi pare complessivamente il significato più consono che possiamo attribuire alla previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp per non esporlo a rischi di violazioni costituzionali o convenzionali. Ed è evidente che in questa logica scema anche l'importanza della diversa e più neutra formulazione, rispetto a quella del vecchio art. 152 Cpp 1930, scelta dai codificatori del 1988 in linea con l'impostazione generale del nuovo sistema processuale, che mirava a concentrare di regola l'intera attività istruttoria nel dibattimento: poiché è chiaro che, quale che sia la fase o lo stato in cui si verifichi la situazione disciplinata da tale disposizione, come abbiamo visto, gli "atti" dai quali deve risultare evidente l'impossibilità di una positiva prognosi di colpevolezza dovranno comunque essere valutati quali "prove" dell'innocenza. Ciò consente di risolvere un ulteriore problema di considerevole rilevanza pratica, che concerne le informazioni probatorie sulla cui base debba essere realizzato il giudizio in parola: se l'intervento di un evento estintivo nella fase intermedia o nel predibattimento impone di considerare quali prove della decisione ipotetica gli atti disponibili, possiamo dire che nel corso del dibattimento la decisione debba restringersi alle sole prove acquisite nel corso dell'istruzione e quelle contenute nel solo fascicolo dibattimentale?

Probabilmente anche in questo il raffronto tra la decisione in ipotesi e il *Tatverdachtsurteil* in sede cautelare giova a dare a quegli "atti" un significato tutto sommato unitario: imponendo cioè una decisione assolutoria laddove sulla scorta di tutte le risultanze esistenti, quale che sia il fascicolo in cui si trovino collocate, non sia possibile sostenere un'adeguata prognosi di colpevolezza tale da dare consistenza alla declaratoria estintiva. Ecco che un'esigenza analoga a quella che in forza del

*favor libertatis* richiede dunque un adeguamento della situazione cautelare volta a una riesplorazione degli spazi di libertà, se giustificata da conoscenze disponibili nel fascicolo del pubblico ministero<sup>67</sup>, può condurre a temperare, anche a dibattimento avviato, il rigore della separazione dei fascicoli in nome del *favor innocentiae*, consentendo di attingere a risultanze contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se idonee a far emergere l'inaffidabilità dell'ipotesi accusatoria e, con ciò, la certezza dell'innocenza: ciò che sortirebbe, inoltre, un effetto non poco benefico nella prospettiva di un significativo ammorbidimento della ferrea logica d'immediatezza che ispira la previsione del co. 2 dell'art. 129 Cpp. Tale conclusione può sembrare singolare, trattandosi qui di un giudizio sulla responsabilità penale, non sulla gravità indiziaria. Ma, a parte l'esistenza di una pluralità di casi in cui il giudice dibattimentale ben può fondare il proprio convincimento ai fini del giudizio principale su risultanze investigative contenute nel fascicolo del pubblico ministero, le argomentazioni fin qui esposte paiono dimostrare come l'intervento di una causa estintiva finisca per trasformare non meno radicalmente la morfologia del giudizio che, caduta l'alternativa condannatoria, dovrà inevitabilmente muoversi su una valutazione ipotetica in larga misura assimilabile alla decisione sul *fumus delicti*: decisione anch'essa dal carattere ipotetico, non solo perché ruotante attorno al concetto di apparenza giuridica, ma soprattutto perché fondata sulla proiezione dei possibili esiti futuri dell'accertamento nel procedimento principale sul piano della responsabilità penale, della punibilità e della determinazione della pena<sup>68</sup>.

Volendo esprimere il concetto nella prospettiva delle situazioni giuridiche implicate, potremmo quindi ribaltare la diagnosi iniziale, e affermare che l'insorgere di una causa estintiva, lungi dal rimuoverlo, costituisca sempre il dovere del giudice competente di valutare se sulla base delle risultanze probatorie esistenti, e cioè senza alcuna possibilità di ulteriori acquisizioni conoscitive, possa formularsi un'affidabile valutazione di fondatezza dell'accusa mediante un giudizio ipotetico dell'irrealtà giuridica. Ma forse neppure una simile conclusione spiega adeguatamente l'esatta portata giuridica dell'orizzonte decisorio disciplinato dal co. 2 dell'art. 129 Cpp, poiché il dovere di accertare il merito della fondatezza dell'accusa non può certo dirsi costituito dal sopraggiungere di una causa estintiva. Più propriamente potremmo dire che un simile evento si carica di una duplice efficacia: un'efficacia conservativa,

---

<sup>67</sup> Per una puntuale messa a punto del problema cfr. D. Negri, *Fumus commissi delicti*, cit., 166 ss.

<sup>68</sup> Non sembrerebbe invece pertinente chiamare in causa regole decisorie come quelle che governano altri giudizi prognostici, quale la sostenibilità dell'accusa in giudizio, così come peraltro specificata nella complessa previsione dell'art. 425 Cpp: un simile canone decisorio, infatti, è concepito in vista dei possibili contributi che possono provenire dall'istruzione dibattimentale, situazione che non è in alcun modo assimilabile a quella che determina il ricorrere di una causa estintiva, la quale, come abbiamo visto, impone comunque un'immediata conclusione proscioglitrice del processo.

quanto al dovere di accertare tutti i temi corrispondenti alle formule ivi indicate (dalla *quaestio iuris* alla tipicità, fino alla colpevolezza e all'antigiuridicità), il quale non viene pertanto estinto dall'intervento della causa estintiva; e un'efficacia modificativa, quanto al dovere di decidere su tali temi, dovere che si carica di una logica d'immediatezza e, in più, con le cadenze di una valutazione prognostica che non aveva fino a quel momento.

6.1. Ciò posto, se dal piano del dover essere passiamo al concreto delle possibili dinamiche processuali, si tratta ora di vedere cosa accada laddove il giudice non rispetti il compito cognitivo richiestogli dall'art. 129 co. 2 Cpp e sbrigativamente dichiara il reato estinto sul presupposto arbitrario che non consti la prova dell'innocenza agli atti. La questione assume nuovamente un'importanza tutta particolare nell'evenienza della morte del reo, specie qualora il giudice non voglia incorrere nel rischio di vedersi dichiarato *tamquam non esset* la decisione di merito emanata nei confronti dell'imputato defunto.

Abbiamo visto quante riserve possano essere avanzate nei confronti di una configurazione della sentenza di merito emessa nei confronti del reo morto in termini di provvedimento inesistente, e come una simile configurazione, a rigor di logica, avrebbe potuto sostenersi solo nel quadro del complessivo ragionamento portato avanti dalle Sezioni Unite nel 1948: le quali, con l'escludere qualsivoglia ulteriore accertamento sul merito a fronte di questa specifica situazione, finirono per fare della morte del reo un fattore estintivo, prima ancora che del reato, del generale dovere del giudice di accertare il merito. È interessante notare retrospettivamente, a questo punto dell'analisi, che tale impostazione avrebbe reso probabilmente assai più plausibile, almeno per la particolare vicenda della morte del reo, la configurazione delle cause estintive in termini di situazioni d'improcedibilità, ossia quali eventi in grado di precludere, se non già un apprezzamento sommario, comunque appunto qualsiasi diversa statuizione di merito<sup>69</sup>. Ma come la ricostruzione in chiave processuale delle cause estintive non è stata perlopiù seguita dalla dottrina penalistica e processualistica, seppur con alcune significative eccezioni<sup>70</sup>, così l'idea che il dovere decisorio del giudice a fronte dell'evento-morte si circoscriva alla sola declaratoria estintiva non è condivisa dalla giurisprudenza dominante ed è inequivocabilmente smentita da un'indagine sistematica degli artt. 69 e 129 co. 2 Cpp, quand'anche se ne dia una lettura appiattita sulla semplice constatazione di un'innocenza pienamente provata (o di una colpevolezza pienamente mancante).

<sup>69</sup> A. Pagliaro, *Profili*, cit., 494 ss.

<sup>70</sup> In particolare si segnala P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*<sup>2</sup>, Padova 1982, 532 (e già *Corso di diritto penale*, Padova 1966, 435 s.).

Senonché oggi i dubbi che avevano condotto i giudici di legittimità a riconoscere l'estinzione del rapporto giuridico penale e del corrispondente rapporto processuale in conseguenza della morte dell'imputato sembrano riemergere sotto diversa veste, e nella prospettiva dinamica delle impugnazioni. Anche una volta ammesso che, se le risultanze esistenti lo impongono, possa pronunciarsi un'assoluzione nei confronti del defunto, può questi considerarsi ancora un soggetto processuale? Fino a quando, anzi, una persona non più in vita può considerarsi una parte del procedimento? La questione, come abbiamo anticipato, assume una notevole rilevanza pratica nella ricostruzione qui proposta, ossia in tutti quei casi nei quali, nonostante le risultanze esistenti smentiscano la possibilità di un'affidabile prognosi di colpevolezza, il giudice preferisca la strada più piana della pronuncia estintiva. Ma forse ancor più grave si presenta tale questione nell'interpretazione tradizionale, laddove cioè il giudice abbia dichiarato un reato estinto pure a fronte della più totale assenza di prove della colpevolezza, o addirittura a fronte dell'ormai raggiunta prova dell'innocenza. Possiamo tollerare che una simile situazione resti immutata? Se così fosse, dovremmo rassegnarci a che l'ordinamento ammetta che un processo si concluda sconfessando quella presunzione d'innocenza su cui tutta la concezione moderna del giudizio penale si erge.

Riflettendo attorno a una simile questione, tuttavia, ci si avvede di come essa non possa correttamente risolversi lungo l'asse di un ragionamento che richiama l'antico e sempre attualissimo problema della sentenza e del giudicato ingiusto: problema al quale riusciremmo a dare una risposta adeguata solo movendo da considerazioni ed angoli visuali esterni al fenomeno processuale. La prospettiva andrebbe dunque cambiata, e occorre chiedersi se l'ordinamento fornisca un rimedio a chi intenda postulare l'ingiustizia della decisione mediante una contestazione che attivi un nuovo ciclo di accertamento. Un interrogativo così posto non sembra possa del resto arenarsi nella sterile conclusione che, venuto meno con la morte un soggetto essenziale per la permanenza del rapporto processuale, non ci sarebbe per definizione chi una simile contestazione dovrebbe poter avanzare. Un simile modo di ragionare pare infatti far della premessa la conclusione della dimostrazione: che cioè la morte estingua, con la qualifica soggettiva d'imputato, anche il diritto d'impugnazione che a questi la legge riconosce.

Eppure proprio in un simile vizio logico sembra essere incorsa la nostra giurisprudenza, che anche in anni a noi relativamente recenti ha escluso la legittimazione del difensore ad impugnare la sentenza che abbia dichiarato la morte del reo, sul presupposto che l'evento-morte appunto estingua anche il mandato

difensivo<sup>71</sup>. Una significativa variante argomentativa ritroviamo in quell'orientamento giurisprudenziale che sancisce l'inammissibilità del ricorso in cassazione proposto dal legale basandosi sul fatto che con la morte venga meno anche un presupposto essenziale del processo, ossia la presenza di un soggetto in vita nei cui riguardi poter esercitare l'azione penale<sup>72</sup>. Quest'ultima base argomentativa, per la verità, poteva suscitare non poca sorpresa già all'epoca in cui si pronunciò la Cassazione: soprattutto per il fatto che la Corte costituzionale si era ormai da alcuni anni discostata<sup>73</sup> da quel risalente inquadramento del potere impugnatorio del pubblico ministero quale estrinsecazione (quantomeno necessaria) dell'obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., e con esso dunque da una considerazione di tale potere nella prospettiva dell'azione penale<sup>74</sup>: impostazione, questa, che il giudice delle leggi avrebbe poi ribadito di lì a qualche anno in risposta alla riforma legislativa operata dalla legge 46/2006.

D'altro canto dire che, morto l'imputato, venga meno un presupposto essenziale del processo, costituito dalla possibilità di esercitare l'azione penale in sede impugnatoria nei confronti di una persona vivente, non solo sembra riportare la questione sui discutibili binari dell'esistenza del rapporto processuale ma, quand'anche si volesse condividere tale impostazione, pare soprattutto costituire un argomento ben poco conferente: poiché qui la questione verte sulla conservazione del diritto a ricorrere del difensore, in forza del mandato difensivo, non del titolare dell'azione. Né un argomento significativamente risolutivo sembra apportare il riconoscimento della conservazione d'efficacia del mandato difensivo, nonostante la morte dell'imputato, nella fase e nel grado in cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi: anche in questa prospettiva resta infatti da dimostrare che il difensore possa impugnare la declaratoria estintiva per far affermare l'innocenza dell'imputato nel successivo grado di giudizio. Tale riconoscimento giova comunque a rafforzare l'interrogativo iniziale: se la morte dell'imputato non estingue né il mandato difensivo né il dovere del giudice di affrontare il merito e pronunciarsi *in utilibus*, perché dovrebbe estinguersi il potere impugnatorio, volto alla contestazione della giustizia della decisione e all'affermazione dell'innocenza in un'istanza superiore?

L'insostenibilità di una simile conclusione richiede una revisione della premessa: che cioè la morte dell'imputato estingua, col presunto rapporto penale e la sua corrispondente proiezione processuale, anche la parte nei cui confronti possa essere emessa una qualsiasi decisione di merito. E la più solida conferma di quest'assunto discende probabilmente dalla stessa lettera della legge che, come

<sup>71</sup> Cass. 14.12.2000, Cortegiani, in *CP* 2002, 684.

<sup>72</sup> Cass. 7.6.2001, Querci, in *CEDCass*, m. 220171.

<sup>73</sup> C. cost., 28.6.1995 n. 280.

<sup>74</sup> C. cost., 17.11.1971 n. 177.

abbiamo notato, inequivocabilmente ricollega la conservazione della qualità d'imputato al raggiungimento della stabilizzazione formale della sentenza di non luogo a procedere e del provvedimento conclusivo del giudizio (art. 60 co. 2 Cpp).

6.2. Consideriamo ora le implicazioni del fenomeno che stiamo esaminando laddove l'evento estintivo sopraggiunga in un'istanza superiore. Supponiamo che avverso la sentenza di primo grado che abbia assolto l'imputato per provata insussistenza del fatto appellino la parte civile e il pubblico ministero in via principale, e che a fronte di tale iniziativa impugnatoria intervenga l'appello incidentale dell'imputato; e ipotizziamo che l'imputato muoia nel corso del giudizio di secondo grado dopo l'assunzione di una prova testimoniale che abbia insinuato dubbi sulla prospettazione assolutoria della sentenza impugnata. Se non fosse intervenuta la situazione estintiva, una simile soluzione dovrebbe condurre a una pronuncia ex art. 530 co. 2 Cpp; ma proprio per la sopraggiunta morte del reo tale esito sarebbe precluso dalla tradizionale lettura dell'art. 129 co. 2 Cpp, il quale imporrebbe così una riforma della pronuncia assolutoria con la conseguente emanazione di un proscioglimento ex art. 531 Cpp.

Possiamo ritenere ragionevole tale risultato? Apparentemente sì, in forza della clausola di salvezza contenuta nell'art. 531 Cpp. Ma, anche a prescindere da letture più progressiste dell'art. 129 co. 2 Cpp nell'ottica dell'art. 530 co. 2 o dell'interpretazione qui problematicamente proposta, abbiamo visto come lo stesso Cordero abbia linearmente dimostrato quanto irragionevole sia dar prevalenza, ad accertamento concluso, alla declaratoria estintiva di un reato rispetto al quale la responsabilità penale dell'imputato sia stata esclusa in forza delle consuete regole decisorie dell'art. 530 Cpp. E se ciò vale dopo il completamento del ciclo istruttorio quando il giudizio di primo grado non sia ancora approdato a una decisione sul merito, come non dovrebbe vale *a fortiori* in una situazione, quale quella appena ipotizzata, in cui l'accertamento di responsabilità penale è già stato escluso con la sentenza di prima istanza? Sulla base di quale argomento logico o di quali indicazioni di diritto positivo l'imputato, che abbia conquistato un verdetto assolutorio in primo grado dopo che sia stata conclusa un'istruzione che attesti l'insufficiente o contraddittoria prova della sua colpevolezza, dovrebbe, morendo in seconda istanza, essere assoggettato a un regime diverso e deteriore?

Né un simile risultato potrebbe mai essere giustificato in forza del divieto di *reformatio in peius*, che nell'ipotesi considerata non opera per via dell'appello del pubblico ministero. Proprio tale iniziativa impugnatoria apre sì le porte alla *reformatio in peius*, ma pur sempre sul piano potenziale, come possibile esito decisorio: e come potrebbe accettarsi una declaratoria estintiva di un reato la cui

sussistenza, negata in primo grado, non è stata neppure provata in secondo per l'intervenuta morte dell'imputato?

Del resto l'ipotesi considerata ben potrebbe presentarsi in modo del tutto incompatibile con la stessa possibilità di una *reformatio in peius*: come avverrebbe laddove la morte dell'imputato sopraggiungesse nel contesto di un giudizio d'appello da lui solo attivato con appello principale presentato avverso una sentenza di primo grado che l'avesse assolto con formula non pienamente favorevole (ad es., perché il fatto non costituisce reato). Tutto ciò dimostra ulteriormente quanta poca consistenza abbia l'opinione prevalente secondo cui il giudizio dovrebbe cedere alla decisione estintiva in ogni caso di non raggiunta prova della responsabilità penale, salve le sole ipotesi di provata innocenza o mancanza assoluta di prova della colpevolezza. E ciò in fondo hanno finito per riconoscere anche le Sezioni Unite nella sentenza *Tettamanti* che – pur promuovendo, come si è visto, una lettura disgiunta degli artt. 129 co. 2 e 530 co. 2 Cpp – hanno ammesso che in appello un ponte tra queste previsioni possa eccezionalmente realizzarsi, allorquando il giudice sia chiamato a valutare il materiale probatorio anche in vista delle statuizioni civili, ovvero quando ritenga infondato nel merito il ricorso del pubblico ministero avverso l'assoluzione pronunciata in prima istanza ex art. 530 co. 2 Cpp.

Quest'ultima situazione esaminata dalla Suprema Corte ci porta poi a estendere ulteriormente l'indagine, e a rivisitare la conclusione raggiunta in forma interrogativa. La domanda, nuda e cruda, è la seguente: può il giudice dell'impugnazione verificare, o meglio può sempre verificare, la fondatezza del ricorso presentato avverso una sentenza assolutoria nell'ipotesi di morte del reo? E conseguentemente la possibilità che il processo si concluda con un'assoluzione ex art. 530 co. 2 Cpp è sempre condizionata all'esito negativo di una simile disamina? Certo, nell'eventualità di un appello del pubblico ministero, non possiamo *a priori* esimere il giudice d'appello da un simile controllo; ma non sembra che la conclusione possa essere sostenuta in termini assoluti. Riconsideriamo appunto il caso che avverso la pronuncia di primo grado presenti appello il solo imputato, sul presupposto – in sé non poco discutibile, seppur sostenuto dalla giurisprudenza dominante<sup>75</sup> – che

---

<sup>75</sup> Tale interpretazione – propugnata dalla prevalente giurisprudenza civile con riguardo alla vincolatività del giudicato penale non solo nel processo civile (per tutte Cass. civ. 14.5.2004 n. 17401, Z. c. P., in *CEDCass*, m. 576392) ma anche nel procedimento disciplinare (Cass. civ. 9.5.2000 n. 5885, De Renzo c. Ordine prov. medici chirurgici odontoiatri, in *D&G* 2000(19), 48) – è stata condivisa anche dalla Corte di Conti (C. Conti, Toscana, sez. giur., 4.12.1999, n. 1286, proc. gen. c. Maccagnini, in *RCC* 1999(6), 121). Quanto alla giurisprudenza penale, pur non essendo mancate posizioni volte a tutelare appieno il *favor innocentiae* anche in sede extrapenale (Cass. 24.11.2005 n. 842, F.F., in *ANPP* 2007, 244), le Sezioni Unite, come è noto, si sono uniformate all'orientamento dominante, movendo alquanto assiomaticamente dall'assunto che l'equiparazione delle situazioni probatorie in forza delle regole di giudizio stabilite dall'art. 530 Cpp penale, e con essa anche la

l'assoluzione ex art. 530 co. 2 Cpp, quand'anche intervenga a conclusione del giudizio, non contenga alcun accertamento e non sia pertanto idonea a sprigionare alcun vincolo in sede extrapenale. Possiamo ritenere che anche in una simile evenienza permanga il potere del giudice dell'impugnazione di valutare la fondatezza dell'accusa nonostante l'intervenuta morte del reo? La domanda, se non m'inganno, reca con sé una risposta ancora affermativa: poiché, sebbene il divieto di *reformatio in peius* escluda qualsivoglia conclusione peggiorativa, nulla vieta al giudice di rivalutare le prove esistenti e di assolvere l'imputato defunto con formula più favorevole o, rimanendo nella stessa formula, con una decisione per provata innocenza ex art. 530 co. 1 Cpp.

Senonché cosa sarà questa decisione del giudice d'appello? Sarà una sentenza impugnabile come le altre e, se sì, con quale prospettiva? Qual è il valore autenticamente decisorio di una simile pronuncia? Sul piano formale non c'è dubbio che sia ancora una sentenza soggetta a impugnazione e, come tale, ancora non definitiva. Ma su quale base potrebbe essere contestata la sua portata decisoria, e da chi? Non certo ovviamente dall'imputato defunto, né dal suo difensore, che ha conseguito in appello un risultato decisorio pienamente favorevole, nonostante la morte del proprio assistito. Ma può il pubblico ministero impugnare l'assoluzione con formula ampiamente liberatoria ottenuta a séguito di riforma della pronuncia di primo grado? Qui ci si avvede di quanto difficile sia accettare e giustificare un simile risultato: e questo non per ragioni sostanziali, posto che la valutazione del giudice d'appello ben potrebbe essere erronea, ma per ragioni che derivano dalla stessa struttura e conformazione del processo. Riesce infatti pressoché impossibile concepire un'iniziativa impugnatoria del pubblico ministero, che null'altro è se non una nuova istituzione di azione<sup>76</sup> volta ad attivare un nuovo ciclo del giudizio, nei confronti di un imputato defunto, per promuovere una diversa valutazione di sostenibilità dell'accusa finalizzata a un accertamento di responsabilità ormai impossibile.

In una simile, e sia pur particolarissima, evenienza sembra perciò rafforzarsi la convinzione che il fenomeno del giudicato non possa essere interamente costruito

---

presunzione di non colpevolezza alla cui tutela esse sono rivolte, valgano solo all'interno dell'ordine penale. Cfr. Cass. 29.5.2008 n. 40049, p.c. in proc. Guerra, in *CEDCass*, m. 240814. La letteratura processualpenalistica è in larga misura orientata nello stesso senso, pur con qualche significativa apertura: così, ad es., per L. Iafisco, *Osservazioni in tema di accertamento "dubbioso", efficacia in altri giudizi ex art. 654 c.p.p. e uso come prova della sentenza penale irrevocabile*, in *RIDPP* 2002, 607, occorrerebbe condurre un'indagine sull'accertamento effettuato in sede penale poiché, se la prova piena dell'innocenza fosse incrinata dalla mancata o da una non completa dimostrazione di specifici profili pur essenziali, quale l'elemento soggettivo, "sarebbe illogico escludere ogni rilevanza giuridica ai fatti accertati".

<sup>76</sup> ... per riprendere una definizione di S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 421.

attorno alla costruzione della cosa giudicata formale. E mi tornano in mente le riflessioni che quasi un secolo or sono condusse uno studioso della levatura di Francesco Carnelutti, ragionando attorno alla diatriba, già vivacemente esplosa nella letteratura processualcivilistica dell'epoca, sulla condizione della sentenza soggetta a gravame a partire da un caso significativamente vicinissimo alla questione da cui abbiamo preso le mosse in questo studio: un caso riguardante la morte dell'interdicendo nel corso del giudizio di cassazione a séguito di due gradi di giudizio conclusi con pronunce ambedue reiettive della domanda d'interdizione. Riflessioni di strabiliante lucidità e modernità, quelle condotte dal Carnelutti a commento di una decisione della Corte di Cassazione del 1927, che dichiarò la cessazione della materia del contendere e con essa l'estinzione del processo per cessazione dello scopo<sup>77</sup>. Ma esse forniscono spunti utilissimi per una ricostruzione anche del problema da ultimo posto, e più in generale per un corretto approccio teorico-generale al complesso istituto del giudicato, movendo da un interrogativo di fondo: se la formazione differita del giudicato dipende da un duplice evento potenziale, ovvero dalla possibilità di modificazione del regolamento sostanziale contenuto nella decisione dovuta alla possibilità d'impugnazione, cosa accade nel "caso in cui *la impugnazione non esclude la immutabilità?* Se cioè una sentenza, per quanto impugnata, potesse tuttavia essere immutabile?"<sup>78</sup>.

Ovviamente la diversità della struttura del processo rende per definizione non attagliata all'esperienza penale la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte: il processo penale non può estinguersi per definizione ma, per quanto finora rilevato sulla scia delle riflessioni corderiane, l'intervento di una causa estintiva impone comunque una conclusione di merito. Tuttavia non per ciò solo risulta inadeguato in materia penale il quesito posto da Carnelutti, che in sé conserva anzi tutta la sua attualità e rilevanza, specie se alla domanda posta al caso poc'anzi considerato si risponde affermativamente: escludendosi così che la decisione pienamente assolutoria pronunciata in grado d'appello nei confronti di un imputato deceduto possa essere impugnata dal pubblico ministero, e direi anzi da qualsiasi parte<sup>79</sup>, per ottenere un accertamento sulla responsabilità penale ormai precluso. Ma se così è, possiamo anche concludere col Carnelutti che, ogniqualvolta l'impugnazione non rechi con sé la possibilità di mutare le statuizioni sostanziali decise, o addirittura ogni possibile impugnazione, in astratto praticabile, sia a monte preclusa:

---

<sup>77</sup> Cass civ., 30.6.1927, in *RDPC* 1928, II, 189 ss.

<sup>78</sup> F. Carnelutti, *Riflessioni sulla condizione giuridica della sentenza soggetta alla impugnazione*, in *RDPC* 1928, II, 192.

<sup>79</sup> Il difensore, quand'anche gli si riconosca astrattamente una legittimazione impugnatoria nonostante la morte del proprio assistito, non vi avrebbe evidentemente interesse in una situazione del genere. Quanto alla parte civile, la questione sarà affrontata *infra*, § 7.

ogniquale volta, insomma, una di quelle due possibilità venga meno, nonostante la formale impugnabilità per le vie ordinarie, il ciclo del giudizio si sia già concluso, e dunque il giudicato si sia già formato, ben prima del passaggio in giudicato formale della decisione.

Del resto le analogie col caso vagliato dalla Cassazione in quell'antico precedente si fanno ancor più evidenti laddove la morte dell'imputato sopraggiunga successivamente a una conclusione pienamente assolutoria, durante il decorso dei termini per impugnare. Qui la domanda che dovremmo porci non è se l'impugnazione sia astrattamente possibile, cosa che nessuno si sentirebbe di smentire, bensì chi potrebbe proporla, con quale prospettiva, e conseguentemente, ancora una volta, quale sia la portata decisoria del provvedimento assolutorio. Naturalmente, ancora una volta, la valutazione del giudice che pervenne a tale risultato ben potrebbe essere erronea; possiamo anzi ipotizzare che fosse a tal punto erronea che a un'analisi superficiale un accertamento positivo di responsabilità fosse più che evidente. Ma tutte queste considerazioni restano appunto sul piano ipotetico, rivelano cioè una considerazione astratta e *ab esterno* del fenomeno decisorio, il quale tollera una contestazione solo per mezzo degli strumenti impugnatori e nei limiti da essi tracciati. Sennonché, per riprendere le parole del Carnelutti, "basta la impugnazione *per mettere in dubbio la autorità legale della sentenza*"<sup>80</sup>. La mia opinione è che non basti, sebbene per ragioni diverse da quelle acutamente sottolineate dal Carnelutti, e che discendono dalla stessa rigida prospettiva d'immediatezza promossa dall'art. 129 co. 2 Cpp. Ancora una volta, se, morto l'imputato durante la decorrenza dei tempi per impugnare, il suo legale non ha evidentemente interesse a dolersi dell'esito assolutorio ampiamente favorevole, come potrebbe il pubblico ministero sollecitare un diverso esame del merito promuovendo l'instaurazione di un giudizio impugnatorio in un processo che, per l'avvenuto intervento della causa estintiva, e ancor più di questa particolare causa estintiva, non potrà mai concludersi con un esito condannatorio, e che proprio deve immediatamente concludersi, anzi deve ritenersi già concluso?

In non meno di un decennio da quelle riflessioni Francesco Carnelutti sarebbe approdato a riconoscere in via generale che "giudicato materiale e giudicato formale non sono soltanto due facce, ma due fasi del giudicato, così che la imperatività si possa avere senza e prima della immutabilità"<sup>81</sup>: poiché, se "la cosa giudicata materiale non sorgesse che insieme con la cosa giudicata formale, la decisione immutabile non avrebbe alcuna efficacia (equivarrebbe a un progetto di decisione) e

---

<sup>80</sup> F. Carnelutti, *Riflessioni*, cit., 193.

<sup>81</sup> F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 288.

la lite rimarrebbe aperta fino a che non ne sia precluso il mutamento”<sup>82</sup>. E sebbene tale impostazione, a quanto mi consta, non abbia avuto pressoché alcun séguito nella dottrina processualciviltistica, probabilmente per via della parziale rettificata del suo stesso autore<sup>83</sup>, e nessuna accoglienza abbia ricevuto sul terreno del processo penale, non possiamo dubitare che essa fosse foriera di non pochi frutti nella letteratura processuale. Certo la ricerca di un valore sempre costante della sentenza soggetta a gravame perse progressivamente rilevanza negli studi sul processo civile; ma non possiamo non scorgere una chiara eco di quelle antiche meditazioni carneltuttiane nell’approccio di un altro straordinario Maestro, Salvatore Satta, il quale, nell’ambito di una suggestiva interpretazione dell’art. 2909 c.c., riconobbe che “solo assumendo che il giudicato esiste soltanto quando sia immutabile si può negare che gli effetti che il giudicato produce anteriormente siano effetti del giudicato, cioè con una autentica petizione di principio”<sup>84</sup>.

Tali conclusioni continuano a sembrarmi quelle metodologicamente più feconde per un corretto approccio al multiforme fenomeno del giudicato: il quale, come non può essere rinchiuso all’interno delle mura del giudicato formale, così non può essere rigidamente anticipato a questa o quell’altra soglia decisoria, e neppure può essere attribuito sempre e comunque alla sentenza soggetta a impugnazione ordinaria. La quale, per riprendere ancora le parole del Satta, “resta né più né meno che una sentenza soggetta a gravame: vale a dire una sentenza che determina il concreto non a tutti gli effetti ma a determinati effetti; più concretamente attraverso la sentenza si ha un concreto che può essere rimosso attraverso l’impugnazione, e come tale vale quello che vale, cioè per quello che vuole la legge”<sup>85</sup>. E non vediamo, onestamente, come potergli dar torto.

7. Le conclusioni appena raggiunte devono ora comunque essere saggiate da un’ulteriore prospettiva, la quale attiene al problema dell’accertamento del fatto a fini diversi da quelli penali: e proprio la complessa questione delle conseguenze extrapenali del reato ci consente così di riconsiderare l’obiezione che Antonio Pagliaro, come abbiamo visto, sollevò alla configurazione di un’efficacia preclusiva sostanziale della declaratoria estintiva: che il reato come tale resti un’entità accertabile in altra sede e per fini diversi da quello penale, e che a questi effetti appunto l’accertamento di responsabilità penale resti impregiudicato e nient’affatto precluso.

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, 286.

<sup>83</sup> Ufficialmente in *Diritto e processo*, Napoli 1958, 276 nt. 2.

<sup>84</sup> S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*<sup>2</sup>, II, Milano 1962, 27.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 28.

Nessun dubbio sulla correttezza in linea generale di questa conclusione, che è sicuramente in linea col principio della separazione delle giurisdizioni ed è confermata dalla chiara lettera della pur eccezionale previsione dell'art. 652 Cpp, la quale non assegna alcuna portata vincolante non solo al proscioglimento estintivo ma, più in generale, a nessuna pronuncia proscioglitrice. Sennonché possiamo dire che ciò valga a fronte di qualsiasi situazione estintiva? Più a fondo, anzi, una così radicale soluzione può essere mantenuta per qualsivoglia decisione che possa essere adottata a fronte di una situazione estintiva?

La risposta a quest'ultimo quesito parrebbe ovvia, ogniqualvolta nonostante l'intervento di un fattore estintivo il processo si concluda con una soluzione assolutoria rientrante in una delle situazioni per le quali il giudicato è sì vincolante in sede extrapenale. Tuttavia la linearità di una simile conclusione è inficiata, come abbiamo constatato, dalla diffusa accettazione, specie nell'applicazione giurisprudenziale, di una lettura dell'art. 129 co. 2 Cpp che confina l'accesso alle alternative assolutorie a situazioni di provata innocenza o evidente assenza di qualsiasi prova della colpevolezza. D'altra parte, quand'anche si condividesse un'esegesi diversa, e si riconoscesse la diretta operatività delle regole decisorie previste nell'art. 530 co. 2-3 Cpp o, come qui proposto, un giudizio prognostico formulato in termini d'ipotesi dell'irrealità giuridica, dovremmo comunque fare i conti con quella linea interpretativa che nega la portata di accertamento a ogni ipotesi di assoluzione che, seppur rientrante nelle formule astrattamente idonee a generare il vincolo di giudicato in sede extrapenale, non rispecchi una situazione di provata innocenza.

Non è questa la sede per approfondire l'argomento, ma non possiamo esimerci dal rilevare nuovamente che il presupposto da cui muove tale linea esegetica è discutibile non solo sul piano teorico-generale ma anche sul terreno del diritto positivo, soprattutto per le implicazioni sistematiche che essa comporta rispetto a un modello di giustizia orientata alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Anche nella prospettiva dei rapporti tra giurisdizioni non possiamo infatti fare a meno di osservare che la scelta di disconoscere una valenza autenticamente cognitiva alla pronuncia assoluzione cui si è giunti al termine del giudizio dibattimentale o abbreviato, se non è stata provata pienamente l'innocenza dell'imputato, riflette una visione distorta dell'accertamento penale che, per le ragioni anzidette, assolve comunque al fondamentale compito di fornire certezza giuridica, quale che sia l'esito decisorio raggiunto. L'accertamento può anche essere ipotetico, se il processo si conclude con certe pronunce proscioglitive nel corso del giudizio; ma deve comunque dare certezza giuridica sia per le libertà fondamentali delle persone implicate sia per il messaggio di orientamento culturale che trasmette ai consociati, e

che altrimenti rimarrebbe umbratile e vago. Non c'è spazio, in altri termini, per un accertamento dubbioso a conclusione del giudizio, poiché il giudicato è “il mirabile tentativo dell'ordinamento di dare staticità al concreto”, e in questo senso precisamente si può pertanto parlare di “*utilitas* dell'ordinamento, la quale non è altro che la sua logica, perché senza la cosa giudicata né l'azione, né la giurisdizione, né il giudizio sarebbero concepibili”<sup>86</sup>. Ma proprio per ciò è appunto col giudicato che il giudizio soddisfa l'aspirazione dell'ordinamento alla certezza, ed essa, in materia penale, è tale sia se si raggiunge oltre ogni ragionevole dubbio la prova della responsabilità dell'imputato sia se si accerta che tale soglia non si è raggiunta.

Del resto è chiaro che, pure nel delicato ambito dell'efficacia extrapenale del giudicato penale, postulare un accertamento dubbioso al termine del giudizio, quale che sia il sostrato motivazionale del risultato probatorio ottenuto, significa più a fondo concepire in termini non tanto dualistici quanto addirittura triadici l'oggetto dell'accertamento stesso, siccome aperto a tre alternative: la provata colpevolezza, la prova piena dell'innocenza e la non pienamente provata colpevolezza. Ma basta riflettere sul fatto che il secondo termine è presunto per un imperativo che, come abbiamo visto, discende dalla Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti per avvedersi dell'errore prospettico in cui si ricadrebbe con una simile ricostruzione, nella quale si trascura il fatto che il primo e principale tema dell'attività probatoria nel processo penale è l'imputazione, e cioè l'ipotesi criminosa, che costituisce il dovere decisorio del giudice e, a un tempo, ne perimetra i confini. L'ipotesi della colpevolezza, coi suoi molteplici temi e proposizioni, rappresenta il fulcro dell'attività dimostrativa e dell'accertamento penale: e in ciò risiede forse la differenza più consistente rispetto ad altre esperienze processuali, nelle quali l'accertamento muove da una base d'incertezza tra situazioni delle cui esistenza giuridica nulla può dirsi se non nei termini della contestazione di parte<sup>87</sup>.

Se poi, ridiscendendo sul piano del diritto positivo, volessimo seguire fino alle implicazioni ultime il ragionamento sottostante all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, dovremmo per coerenza escludere ogni portata vincolante anche all'accertamento assolutorio che rifletta un dubbio circa l'esistenza di una delle due situazioni dell'adempimento del dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima. Ma con ciò incapperemmo in un'aporia forse ancor più grande, finendo per assegnare la stessa valenza al dubbio sulle cause di giustificazione e sugli elementi costitutivi del fatto: trasmetteremmo così il messaggio che, per elidere il giudizio di antiggiuridicità obiettiva, pure l'ipotesi relativa all'esistenza di una scriminante vada provata

<sup>86</sup> Così, con estrema efficacia, S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 209 s.

<sup>87</sup> Sempre attuali le riflessioni svolte da Angelo Falzea sulle fondamentali categorie del dubbio e dell'incertezza nella voce *Accertamento*, cit., 9 ss.

pienamente, laddove è pacifico che oltre ogni ragionevole dubbio va provata la colpevolezza, non la liceità dell'azione criminosa. Né potrebbe essere invocato un argomento di carattere storico, ipotizzando che il codice Vassalli avesse voluto esigere un accertamento assolutorio pieno nei rapporti tra giudicato penale e altre giurisdizioni, per il fatto che non venne riprodotta la soluzione adottata dall'art. 25 del codice Rocco, che precludeva l'esercizio dell'azione civile pur nei casi di proscioglimento per insufficiente prova che il fatto sussistesse o che l'imputato lo avesse commesso. Se la conoscenza della storia delle codificazioni è d'indubbio ausilio per comprendere l'evoluzione di un sistema complesso, quale quello di giustizia penale, essa non può tuttavia sempre apportare indicazioni vincolanti per definire l'esatta portata di una data previsione, che va ricostruita attraverso una considerazione complessiva della normativa al cui interno s'iscrive. Piuttosto, proprio un esame diacronico di questa materia mostra quanto poco conducente sia invocare una giustificazione fondata sulla diversità dei criteri di prova e delle regole di giudizio valevoli per l'accertamento in sede penale ed extrapenale: difatti, quantunque anche prima della codificazione della regola BARD e persino sotto la vigenza del codice Rocco, tali regole fossero ben differenti, ciò non impediva una soluzione quale quella appunto prevista dall'art. 25 Cpp 1930. Ma anche in questo – come nella aprioristica soluzione, che il codice Vassalli ha inteso riprodurre, disconoscendo forza vincolante all'accertamento assolutorio perché il fatto non costituisce reato in relazione all'elemento soggettivo – non sembra che la prospettiva sia quella corretta: poiché la diversità concerne i criteri che governano la prova della responsabilità, non dell'innocenza.

Del resto appare degno di nota il fatto che, sebbene una simile giustificazione sia stata accolta anche dalla Corte europea, proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo possiamo ricavare un chiaro monito ad evitare che la decisione sull'azione civile non sfoci in una dichiarazione, seppur incidentale, di responsabilità penale, che finirebbe per confliggere con la presunzione d'innocenza. Come efficacemente è stato rimarcato in *Allen c. Regno Unito*, la presunzione d'innocenza implica infatti che, “*where there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence*”: ed è significativo che per i giudici europei l'esigenza che la presunzione d'innocenza permanga anche dopo la conclusione del processo penale si giustifichi proprio in ragione dell'obiettivo di assicurare che l'innocenza sia pienamente rispettata in relazione a “*any charge which was not proven*”<sup>88</sup>. Il che sembra dunque rafforzare la

---

<sup>88</sup> C. eur. GC, 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito*, ric. n. 25424/09, opportunamente richiamata da M. Chiavario,

convinzione che, ogniqualvolta tale situazione si realizzi, la pronuncia assolutoria, all'interno delle situazioni alle quali il legislatore ha ritenuto di riservare valenza di giudicato *ultra fines*, debba vincolare il giudice competente nel giudizio di danno derivante da reato, quand'anche ad essa si sia pervenuti pur in presenza di una causa estintiva che non sia riuscita a prevalere per la mancanza dei presupposti di una fondata prognosi di responsabilità penale. Ciò, naturalmente, purché ricorrano tutte le condizioni stabilite dalla legge per assicurare il pieno rispetto del diritto al contraddittorio dei soggetti nei cui riguardi venga fatto valere il vincolo del giudicato.

D'altro canto anche quest'ultima prospettiva, la quale guarda a uno dei pilastri di "ogni processo" che voglia considerarsi autenticamente equo conformemente ai dettami generali dell'art. 111 Cost., ci consente di riesaminare, dall'ottica dei rapporti con l'azione civile, la questione riguardante la formazione e i limiti del giudicato penale quando intervenga un fattore estintivo così peculiare quale la morte dell'imputato. La prima ipotesi concerne l'eventualità che l'imputato defunto esca dalla scena processuale con una decisione assolutoria rientrante in una classe compresa fra quelle per le quali il giudicato vincola il giudice extrapenale competente per la questione riguardante la responsabilità da danno derivante da reato. Qui non si vede francamente perché dovremmo adottare soluzioni diverse da quelle cui siamo giunti nei rapporti fra procedimenti distinti. L'opinione prevalente, e non solo in giurisprudenza, parte dall'assunto che il proscioglimento non impugnato dal pubblico ministero divenga irrevocabile ma, nonostante questa premessa, ammette che l'impugnazione della parte civile possa intaccare tale giudicato: non ovviamente incidendo sulla stabilità del provvedimento proscioglitivo né sulla sua forza preclusiva all'interno del sistema penale, bensì rimuovendo il vincolo che esso sprigiona in sede extrapenale. Questa la finalità dell'impugnazione della parte civile, che in essa anzi – secondo un primo e più rigoroso orientamento, del quale proprio Franco Cordero è stato forse tra i più strenui sostenitori nella dottrina processualistica<sup>89</sup> – troverebbe la sua esclusiva fonte di legittimazione, non potendosi identificare alcun interesse impugnatorio in una parte che non rischiasse di subire le conseguenze del vincolo del giudicato nel giudizio di danno<sup>90</sup>. È noto peraltro che tale orientamento sia oggi in buona misura superato da quella giurisprudenza che

---

*Diritto processuale penale*, cit., 865.

<sup>89</sup> F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (2012), cit., 1097 s., 1102 s.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. S.U., 29.9.2016, n. 46688, in *CEDCass*, m. 267886, che ha ritenuto inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso una sentenza di assoluzione per un reato abrogato e qualificato come illecito civile, sul presupposto che, in assenza di efficacia vincolante nel giudizio civile del giudicato assolutorio, non fosse ravvisabile un interesse della parte civile alla impugnazione finalizzata ad impedirne l'operatività.

estende la legittimazione della parte civile a impugnare la sentenza di proscioglimento anche al di fuori delle ipotesi in cui essa spieghi un vincolo nel giudizio di danno, col solo limite delle pronunce proscioglitive per improcedibilità dovuta a difetto di querela<sup>91</sup>.

Insomma, allo stato attuale, e con questa sola eccezione, la parte civile potrebbe impugnare, ovviamente ai soli effetti civili, il giudicato proscioglitivo formatosi agli effetti penali: e ciò dunque ben oltre i casi di assoluzione vincolante in sede extrapenale, anzi partendo proprio da questi. Sennonché com'è possibile che ciò avvenga? Finanche un esame superficiale dell'art. 576 Cpp, sia pur riletto in una prospettiva che non si arresti al dato formale della riforma operata dalla l. 46/2006, rivelerebbe qualche dubbio sulla più rigorosa linea interpretativa: se la legittimazione della parte civile concernesse l'impugnazione delle sole pronunce assolutorie capaci di vincolare in sede extrapenale, perché il legislatore avrebbe parlato di "proscioglimento"? D'altra parte, se muoviamo dall'ineccepibile premessa che la mancata impugnazione delle parti principali segni l'irrevocabilità della decisione proscioglitiva agli effetti penali, ed essa abbia pertanto già tutte le condizioni per essere efficace in sede extrapenale, come può avvenire che l'impugnazione di una parte eventuale, che in tesi si dirige solo agli effetti civili, possa recidere il vincolo di tale pronuncia nel giudizio di danno? Se essa non è vincolante, proscioglitiva o assolutoria che sia, tale resta, e non c'è nulla da recidere; ma se invece la formula assolutoria la rende vincolante, e non sussistono ostacoli legati al contraddittorio del danneggiato in sede penale, non si vede come l'iniziativa della parte civile possa sortire un simile risultato, rimuovendo un effetto vincolante per il giudice civile o amministrativo che è legato ai presupposti definiti dalla fattispecie dell'art. 652 Cpp<sup>92</sup>. In questa seconda evenienza, in effetti, proprio la mancanza di iniziative impugnatorie delle parti necessarie fa sì che la sentenza assolutoria che soddisfi tutti

---

<sup>91</sup> Per tutte v., di recente, Cass. S.U., 28.3.2019, n. 28911, p.c. in c. Papaleo, in *CEDCass*, m. 275953, per la quale è ammissibile l'impugnazione della parte civile nei confronti della sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione (così come nei confronti della sentenza di appello che abbia confermato tale decisione), laddove col ricorso si censuri l'erroneità della declaratoria estintiva.

<sup>92</sup> È interessante notare come Franco Cordero, riferendosi alla peculiare ipotesi dell'art. 622 Cpp, abbia sostenuto, in linea con quanto sostenuto con riguardo all'appello della parte civile, che la Corte di cassazione, laddove accolga il ricorso proposto dalla parte civile avverso il proscioglimento, giudichi "con un dispositivo molto atipico, togliendo al proscioglimento irrevocabile l'effetto extrapenale". Tuttavia lo stesso Cordero riconosce l'anomalia di una simile conclusione, posto che "il rinvio implica un annullamento; e qui manca l'annullabile: i capi penali sono intangibili; non esistono decisioni sul danno". Rileggendo queste affermazioni si potrebbe essere indotti a credere che il problema concerna il rinvio, che a sua volta rientra solo tra le alternative praticabili (la legge precisa "quando occorre"); ma non è così, poiché "né annullamento né rinvio" sono possibili secondo Cordero: il quale conclude che si tratti di una "norma non applicabile". Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*<sup>9</sup> (2012), cit., 1166.

i requisiti stabiliti dall'art. 652 Cpp acquisti, con la formazione del giudicato sul capo penale, a un tempo quell'efficacia vincolante che, come vale per il giudice extrapenale, così non può non valere anche per il giudice dell'impugnazione penale<sup>93</sup>. Ma se così è, non sembra azzardato sostenere che l'impugnazione della parte civile trovi legittimazione in tutti i casi diversi da quelli cui l'impostazione più tradizionale vuol invece confinarla, e cioè in tutte, anzi solo in quelle ipotesi in cui l'assoluzione, divenuta irrevocabile, non sia vincolante sul piano extrapenale<sup>94</sup>. E l'obiettivo dell'impugnazione consisterebbe sempre in ciò, nel fornire alla parte civile l'opportunità di ottenere un accertamento incidentale del fatto da parte del giudice dell'impugnazione penale, finalizzato a risolvere la questione risarcitoria e restitutoria, come del resto riconosciuto dalla stessa giurisprudenza<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Per queste ragioni non sembra si possa accogliere la tesi secondo cui la particolare importanza della legittimazione della parte civile a impugnare la sentenza di proscioglimento si apprezzerebbe in ragione dell'“interesse a evitare il formarsi del giudicato a fini civilistici” (così P. Tonini, *Manuale di procedura penale*<sup>21</sup>, Milano 2020, 910), tesi che, come abbiamo visto, è condivisa da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U., 29.9.2016, n. 46688, cit.). Difatti, se nessuna impugnazione è stata proposta agli effetti penali, dobbiamo coerentemente ritenere che il giudicato si sia già formato, e con esso il vincolo nei confronti del giudizio di danno, al ricorrere di tutte le condizioni stabilite dall'art. 652 Cpp; altrimenti dovremmo pervenire alla conclusione che l'efficacia vincolante della sentenza, ai sensi di tale disposizione, non si produca con l'irrevocabilità del capo penale conseguente alla mancata impugnazione delle parti necessarie, ma solo a séguito dell'acquiescenza o comunque della mancata impugnazione della parte civile, cosa che però nessuna disposizione di legge autorizza a sostenere. In questo appare ineccepibile la ricostruzione proposta da Cordero che, col postulare un effetto risolutivo del vincolo extrapenale del giudicato assolutorio, presuppone per definizione che tale vincolo si sia già prodotto. E tuttavia anche questa ricostruzione, per gli argomenti indicati nel testo, sembra condurre a conclusioni difficilmente accettabili, se non addirittura ancora più sconcertanti: non solo l'iniziativa impugnatoria della parte civile attiverrebbe un giudizio impugnatorio volto a conseguire un effetto risolutivo dell'efficacia del giudicato penale nel giudizio di danno, del quale non c'è traccia nella legge, ma soprattutto farebbe dipendere tale risultato dall'esito del giudizio d'appello penale: finendo dunque per convertire un'impugnazione penale ordinaria in uno strumento straordinario agli effetti civili, in quanto rivolto alla rimozione di effetti *ultra fines* del giudicato assolutorio.

<sup>94</sup> *Contra* per tutte Cass. 23.1.2017, n. 3083. In una prospettiva diversa si muove anche la giurisprudenza costituzionale (v., di recente, C. cost., 12.7.1919 n. 176). Le conseguenze della tesi qui problematicamente avanzata, che finisce per lasciare non soddisfatta la pretesa risarcitoria del danneggiato, privandolo del potere impugnatorio, a fronte di un'assoluzione emanata con una delle formule pienamente liberatorie, possono considerarsi forse mitigate dal fatto che la parte civile può sempre richiedere al pubblico ministero d'impugnare tale provvedimento agli effetti penali, richiesta cui deve conseguire un decreto motivato laddove l'attore pubblico ritenga di non proporre impugnazione (art. 572 Cpp). E tale previsione sembra assumere particolare significato nella prospettiva della riforma del potere d'appello del pubblico ministero ad opera del d.lgs. 11/2018, posto che ai sensi dell'art. 593-bis co. 2 Cpp proprio l'acquiescenza del pubblico ministero legittima un'iniziativa impugnatoria del Procuratore generale presso la Corte d'appello.

<sup>95</sup> Cfr. per tutte Cass. S.U., 11.7.2006, n. 25083, Negri e altro, in *CEDCass*, m. 233918, nella quale è stato notoriamente riconosciuto il potere del giudice d'appello, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o amnistia, di pronunciare una condanna al risarcimento del danno a favore della parte civile che abbia impugnato la sentenza proscioglitiva emanata in primo grado: sul presupposto, appunto, che l'art. 576 Cpp conferisca al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sul capo della sentenza anche in mancanza di una

Ciò conferma anche quanto già rilevato con riferimento alle ipotesi di morte del reo: che cioè, laddove l'imputato defunto sia assolto con una formula avente efficacia extrapenale, la decisione diventi immediatamente fonte di giudicato, non potendo il pubblico ministero contestare la fondatezza di tale verdetto coltivando un'azione penale con un'impugnazione promossa nei confronti di un soggetto ormai morto, né avendo la parte civile alcuna legittimazione a impugnare tale pronuncia. Ma possiamo anche osservare un fenomeno ancor più complesso, e scoprire così l'esistenza di un giudicato già formatosi, laddove l'esito assolutorio con formula pienamente favorevole ma raggiunto per insufficiente o contraddittoria prova della responsabilità penale venga impugnato dall'imputato con proposito di dimostrare appieno la propria innocenza, e la morte lo colga nel corso di un giudizio impugnatorio che in nessun modo potrebbe concludersi con un esito peggiorativo, fosse pure una declaratoria estintiva per morte: un giudizio dunque sostenuto, per riprendere le argomentazioni del Carnelutti, dalla sola impugnazione, incapace ormai di apportare alcuna modifica della realtà giuridica rispetto a quanto appunto già giudicato.

Ma cosa accade invece se l'imputato defunto viene prosciolto con una declaratoria estintiva, perché sorretta da una qualificata valutazione di fondatezza del reato o addirittura la morte sopraggiunga a uno stadio ormai avanzato di un accertamento già conclusosi con la prova della responsabilità penale? Possiamo dire che questa pronuncia, pur essendo ovviamente dotata di forza preclusiva (al di fuori dell'eccezione dell'art. 88 Cpp), sia invece sprovvista di qualsivoglia capacità

---

precedente statuizione sul punto.

Questione ulteriore, emersa in tempi più recenti, è se tale risultato, che ovviamente presuppone l'idoneità dell'appello della parte civile a costituire, in capo al giudice dell'impugnazione penale, il dovere di realizzare un accertamento incidentale del reato finalizzato alla risoluzione della questione risarcitoria, possa prodursi in base a una cognizione puramente cartolare. La questione è stata affrontata anch'essa dalle Sezioni Unite nella nota sentenza *Dasgupta* (6.7.2016, n. 27620, in *PPG* 2016(6), 41), le quali hanno esteso all'ipotesi di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado su appello della parte civile il principio, stabilito per il caso d'impugnazione proposta dal pubblico ministero, secondo cui l'affermazione di responsabilità dell'imputato in appello, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione, integri di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello ai sensi dell'art. 606 co. 1 lett. e) Cpp, per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio": impostazione, questa, ribadita da Cass. S.U., 14.4.2017, n. 18620, Patalano, con specifico riguardo al caso di riforma della sentenza assolutoria agli effetti civili, emessa all'esito di giudizio abbreviato, a seguito di accoglimento dell'appello proposto dalla parte civile.

vincolante in sede extrapenale? La risposta negativa sembrerebbe addirittura ovvia, emergendo dalla stessa lettera dell'art. 652 Cpp che non distingue tra causa e causa estintiva, negando efficacia vincolante di giudicato nel giudizio di danno a qualsiasi proscioglimento. Non possiamo tuttavia trascurare le indubbe particolarità di questa specifica situazione estintiva, che pone bruscamente sul tappeto una questione che tocca il cuore dell'assetto legislativo vigente, nel quale il vincolo del giudicato penale *ultra fines*, quale che sia la giurisdizione sulla quale dovrebbe ricadere e a prescindere dall'esito decisorio del giudizio penale, è rigorosamente imperniato sul presupposto che il soggetto che da quel vincolo possa subire un pregiudizio abbia avuto almeno l'opportunità di partecipare all'accertamento in sede penale. È una conquista culturale il cui merito va certamente tributato alla nota giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta<sup>96</sup>, dalla quale l'attuale normativa ha tuttavia ereditato un'attenzione rivolta pressoché esclusivamente nei confronti del danneggiato dal reato e del responsabile civile. E l'imputato, verrebbe da chiedersi se consideriamo il fenomeno a parti invertite? Se il giudizio extrapenale verte su un danno derivante da reato ex art. 185 Cp, come può ritenersi soddisfatto il diritto al contraddittorio dell'imputato defunto prima della conclusione del giudizio penale rispetto all'accertamento incidentale che il giudice civile o amministrativo è chiamato a compiere per risolvere la questione rientrante nella sua competenza? Se la responsabilità penale è personale, non è tale anche il diritto al contraddittorio, e a partecipare all'accertamento sulla propria responsabilità penale?

Nel dicembre 2015, schierandosi apertamente contro la dottrina *Melloni*, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco promosse un inedito approccio sostanzialistico al problema dei procedimenti *in absentia* e della loro proiezione sul piano delle procedure di consegna internazionale<sup>97</sup>. Muovendo dalla premessa che l'accertamento della punibilità presupponga un *sozial-ethischer Vorwurf*, i giudici di Karlsruhe hanno concluso che la possibilità di muovere all'imputato un giudizio di *individuelle Vorwerfbarkeit* implichi che il giudizio si svolga, come regola generale, alla sua presenza: col risultato che un indiscriminato uso di procedure internazionali volte all'esecuzione di una sanzione comminata al termine di un giudizio *in absentia* finisce per frustrare i fondamentali valori della dignità umana e della *rule of law*, che fondano l'inalienabile *Verfassungsidealität* dell'ordinamento tedesco. Naturalmente si potrà immediatamente replicare che qui il problema non è quello della partecipazione personale al giudizio, e che il giudizio non è neppure penale. Ma non si può ignorare il messaggio culturale che tale impostazione trasmette, e che, se non vado errato, mette in profonda crisi l'idea che l'accertamento del reato, *rectius* della

<sup>96</sup> C. cost., 27.6.1973 n. 99; C. cost., 26.6.1975 n. 165.

<sup>97</sup> BVerfG, 15.12.2015, Az. 2 BvR 2735/14.

responsabilità penale, possa realizzarsi in sede extrapenale senza che l'imputato e il suo difensore possano minimamente contribuirvi. Nel caso di morte del reo, non abbiamo né l'uno né l'altro, e solo al prezzo di un'intollerabile finzione possiamo ammettere che il reato venga accertato incidentalmente nella sua cruda oggettività per risolvere la questione risarcitoria. Ma in realtà non è neppure così, posto che il reato non esiste senza un rimprovero soggettivo: e per quanto diverse siano le regole decisorie e i criteri probatori, anch'esso va dimostrato in sede extrapenale sulla base di un'ipotesi criminosa, alla cui verifica il destinatario non può ovviamente più partecipare e l'erede, altrettanto ovviamente, non ha alcun titolo per partecipare.

L'obiezione più piana a una simile ricostruzione, che lascia irrimediabilmente insoluta la questione risarcitoria, è che, quand'anche non sia stato possibile provare la responsabilità per danno derivante da reato, in ogni caso l'azione civile si fonda su presupposti sostanziali ben diversi, quali risultanti dalle clausole generali di responsabilità dell'art. 2043 Cc e dell'art. 2059 Cc. E se la prima palesemente non contempla alcun legame con un illecito penale, quanto alla seconda finanche l'impostazione tradizionale, che ne ha condizionato l'applicazione alla sussistenza di un illecito penale<sup>98</sup>, non osta, in linea di principio, a un accertamento indipendente del reato da parte del giudice civile proprio a causa della mancanza di efficacia vincolante nel giudizio di danno della declaratoria estintiva emanata in sede penale<sup>99</sup>.

Ma un simile inquadramento della problematica, che certo ha il pregio di consentire il soddisfacimento alla pretesa di chi ritenga di aver subito un danno in conseguenza di un'azione criminosa che non come tale non si è potuto accertare, lascia non poco perplessi nella specifica situazione della morte del reo, e potrebbe persino dar luogo ad insuperabili aporie di fronte a situazioni processuali plurisoggettive. Immaginiamo che il processo penale instaurato nei confronti di A e B si concluda con una condanna penale e con la conseguente condanna al risarcimento ex art. 185 Cp in capo a entrambi gli imputati in solido, e che solo A impugni, ottenendo un'assoluzione ex art. 530 Cpp in appello. Supponiamo a questo punto che avverso tale esito decisorio ricorra la Procura generale, e che nel corso del giudizio in cassazione A muoia e la Corte, valutati oculatamente gli atti e giudicato fondato il ricorso del pubblico ministero, concluda il processo con un annullamento senza

---

<sup>98</sup> Come è noto, tale impostazione ha da anni lasciato il campo a una concezione della responsabilità per danno non patrimoniale autonoma e non necessariamente dipendente dalla sussistenza di un'azione criminosa (v. per tutti E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino 1996, 238 ss.), autonomia che difende ormai anche la prassi applicativa. Cfr. Cass. civ. S.U., 11.11.2008, nn. 26972 e 26975.

<sup>99</sup> Secondo Cass. civ. 18.2.2010, n. 3903, peraltro, la possibilità per il giudice civile, in caso di amnistia, di accertare l'illecito penale ai fini dell'art. 2059 Cc trova un suo limite nel caso in cui nel giudizio penale sia stato necessario un accertamento di merito per l'applicazione della amnistia.

rinvio contenente una declaratoria estintiva nei confronti di quest'imputato. Possiamo seriamente affermare che il giudice civile possa affrontare la questione risarcitoria in base all'art. 2043 o all'art. 2059 Cc, disancorandola per A dall'accertamento realizzato in sede penale, quando la responsabilità civile – in forza di una previsione, quale l'art. 185 Cp, che, comunque la si interpreti, postula una “relazione fra diritto al risarcimento e reato nel campo della pregiudizialità in senso proprio”<sup>100</sup> – è stata affermata in sede penale per B?

Personalmente non avrei esitazioni a propendere per una risposta negativa: e pur nella consapevolezza dei vuoti di tutela che tale ricostruzione comporta, ritengo che la problematica vada affrontata con la massima coerenza che dobbiamo al principio del contraddittorio e alla tutela dell'innocenza di chi, uscito dalla scena del processo penale senza una condanna, non è né materialmente né giuridicamente in grado di poter contribuire all'accertamento dell'ipotetico reato in altra giurisdizione.

8. Questo lungo percorso argomentativo ci ha condotto molto lontano dalle premesse legate alla tesi del giudizio ipotetico sviluppata da Franco Cordero. Un riesame della problematica dall'angolo prospettico della peculiare situazione estintiva della morte del reo ha svelato non pochi punti deboli dell'interpretazione prevalente della fondamentale previsione dell'art. 129 Cpp: e di qui ha richiesto una riconsiderazione delle dinamiche legate all'accertamento del fatto e alle regole che presiedono il delicatissimo giudizio sulla responsabilità penale, specie quando questo giudizio s'impone in corso d'opera e più forte emerge l'esigenza di preservare il più possibile la tutela dell'innocenza, dentro e fuori l'esperienza del rito penale. L'apparentemente angusta visuale di questa causa estintiva ha così dischiuso uno scenario d'indagine enorme, e dalle enormi potenzialità esplorative, nella misura in cui sospinge a una riflessione profonda sulle categorie essenziali del giudizio, dell'accertamento e del giudicato. L'insegnamento di Cordero resta un passaggio obbligato per chi desideri anche solo accostarsi a simili problemi: e sebbene lo svolgimento delle sue argomentazioni mi abbia portato a discostarmi talvolta dalle sue conclusioni, sento che il mio debito nei suoi confronti aumenta con gli anni, e difficilmente sarò in grado di ripagarlo anche solo in minima misura.

---

<sup>100</sup> M.A. Zumpano, *Rapporto tra processo civile e processo penale*, cit., 203.