Coperfina di Raimondo Biscaretti

Copyright © 1979 Nicola Zanichelli S.p.A., Bologna

I diritti di traduzione, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i paesi.

Edizioni

1 2 3 4 5 6 1979 1980 1981 1982 1983 1984

UNIDADE VI

Letture facoltativa

ILLUMINATI, La presunzione d'innocenza
dell'imputato, p. 116-138

Giulio Illuminati

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA DELL'IMPUTATO

GIUSTIZIA PENALE OGGI/3

collana coordinata da Vittorio Grevi

Finito di stampare
nel settembre 1979
dalle Grafiche Galeati di Imola
per conto della N. Zanichelli Editore S.p.A.
via Imerio, 34 - Bologna

SERIE DI DIRITTO

ZANICHELLI

Le distorsioni segnalate hanno trovato una significativa correzione negli indirizzi fissati dalla legge delega per la riforma del codice. Anche se non mancano residue incertezze e contraddizioni, sembra indiscutibile l'intento di restituire esplicitamente al pubblico ministero il ruolo di parte. Oltre all' direttiva generale, che prescrive l'attuazione dei « caratteri del sistema accusatorio » (art. 2), è prevista, al n. 2, « la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento ». Ciò implica il completo riconoscimento della contrapposizione tra l'imputato e il pubblico ministero, imponendo al tempo stesso una più netta distinzione tra quest'ultimo e il giudice ⁷³.

Nessuna incompatibilità teorica, dunque, tra la regola di giudizio dell'onere della prova e la struttura del processo penale. Poco importa che di fronte all'interesse privato sostanziale dell'imputato si ponga un interesse del pubblico ministero semplicemente indotto dal dovere d'ufficio, insuscettibile di valutazione economica. Ciò non è sufficiente per impedire all'onere della prova di funzionare ugualmente: a patto di non aver paura di un eventuale « soccombenza » della parte pubblica. Perché, in fin dei conti, escludere sul piano giuridico l'ammissibilità di qualsiasi onere di provare la colpevolezza a carico dell'accusa significa, di fatto, attribuire all'imputato l'onere della prova della propria innocenza ⁷⁴, al di là di ogni teorizzazione della collaborazione fra le parti.

7. Ammissibilità in astratto anche nel processo penale di una regola di giudizio collegata all'onere della prova.

Ma anche volendo applicare una siffatta regola di giudizio, rimarrebbe comunque l'esigenza, più volte ribadita, di differenziane adeguatamente l'articolazione, rispetto a quanto è previsto per il processo civile, specie per ciò che riguarda la prova degli elementi impeditivi. Si deve cioè tener conto del fatto che, quando lo Stato non si limita a prestare la sua opera per dirlim-

73. Cfr. VALIANTE, *Le scelte per il nuovo processo penale*, in *Prospettive del nuovo processo penale*, cit., p. 20 s. V. ora la *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 51-52. L'aspetto saliente della nuova disciplina è rappresentato dalla sottrazione al pubblico ministero dei poteri di formazione delle prove e di disposizione della libertà personale dell'imputato. Cfr. la precisa messa a punto di DOMINONI, *Il pubblico ministero come organo dell'investigazione nel progetto preliminare del Codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1979, I, c. 97 s. Sulle caratteristiche accusatorie del sistema delineato dal progetto cfr. soprattutto MALINVERNI, *Indagini preliminari e atti di istruttoria*, in *Giust. pen.*, 1978, I, c. 449 s. In argomento v. anche le osservazioni di CONSO, *Sul temuto depotenziamento del pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1978, I, c. 360 s.; P.M. « parte » e G.I. « terzo » nei limiti consentiti da un sistema di accertamento, non completa, accusatorietà, *ivi*, c. 455 s.; *Sottolineare ma non esasperare le differenze di valutazione*, *ivi*, 1979, I, c. 53 s.; *Per un'effettiva protezione dell'attività investigativa*, *ivi*, c. 100. Secondo NUVOLONE, *Il pubblico ministero nel quadro della riforma del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 831, il pubblico ministero non si identifica con la parte, ma conserva poteri giurisdizionali.

74. V. in proposito le osservazioni di A. GARO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 517 s.

una controversia privata tra cittadini, ma interviene in prima persona per esercitare la potestà punitiva, occorre assicurare una protezione ben superiore alla parte chiamata in giudizio, l'imputato: poiché sono in gioco interessi individuali di importanza fondamentale, la cui tutela può venir meno solamente in via del tutto eccezionale. Questo, almeno, stando alla lettera del nostro sistema costituzionale, che non lascia spazio per un rovesciamento di valori che tenda a privilegiare le ragioni della repressione, in nome del dovere di difendere la società dalla delinquenza.

Sia ben chiaro, non si intende con ciò ricadere nell'equivoco già denunciato, secondo il quale la maggior gravità delle decisioni in materia penale imporrebbe un accertamento più accurato (di quanto non avvenga in civile), mediante la ricerca della verità materiale: non occorre insistere sul fatto che affermazioni di tal genere, nonostante l'apparenza, si ritorcono solamente in danno dell'imputato. È vero invece che, nel processo civile, è un'esigenza strutturale rispettare l'equivalenza degli interessi delle parti, anche nel modo di porre la regola di giudizio: tanto che la ripartizione degli oneri probatori trova il suo limite proprio nel principio costituzionale di eguaglianza ⁷⁵. Nel processo penale, al contrario, esiste un interesse riconosciuto come prevalente, quello dell'imputato, che dev'essere in misura maggiore garantito dalla eventualità di un indebito sacrificio: non ci si può quindi contentare, come quando si sceglie fra due interessi privati di pari valore, di un semplice bilanciamento del rischio della mancata prova.

La necessaria differenziazione potrebbe tuttavia essere ottenuta anche senza eliminare totalmente la ripartizione dell'onere della prova. E anzi possibile ritenere applicabili criteri in certo modo analoghi a quelli utilizzati nel processo civile (salvo valutare in quale misura si estenda alle fattispecie di reato la distinzione fra elementi costitutivi, impeditivi, estintivi). Ma la regola di giudizio risultante deve combinarsi in ogni caso col principio secondo cui il dubbio su qualsiasi elemento comporta l'assoluzione dell'imputato.

Esattamente in questa maniera si fa governo della presunzione d'innocenza da parte della giurisprudenza anglosassone. Si distingue infatti l'onere della prova dal cosiddetto *standard* di prova, vale a dire la quantità di prova necessaria per la decisione. E mentre la pubblica accusa deve provare la colpevolezza dell'imputato al di là del ragionevole dubbio, per quest'ultimo è sufficiente sollevare il dubbio della propria innocenza. Se dunque l'onere probatorio è ripartito fra accusa e difesa, ne è diversa la rispettiva entità, conformemente alla maggiore tutela accordata all'imputato.

Non è il caso qui di approfondire in maniera analitica il funzionamento della regola di giudizio negli ordinamenti indicati ⁷⁶. Per maggiore chiarezza,

75. Cfr. VERDE, *L'onere della prova*, cit., p. 238 s. e 495.

76. Non sarebbe certo possibile elencare tutta la vasta produzione in materia di *law of evidence*, che rappresenta, come si usa dire, la pietra angolare del diritto processuale anglosassone. Oltre al monumentale trattato di WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3a ed., Boston, 1940, vol. IX, §§ 2483-2550 (che non ci è stato possibile consultare direttamente) si possono vedere, fra le opere più recenti, PHIPSON, *Evidence*, 12a ed., a cura di BURZANO ed altri, London, 1976, p. 36 s., 902 s., 909 (§§ 91-127, 2116-2119, 2128); HEYDON, *Cases and*

tuttavia, si può ricordare l'importante distinzione tra l'onere di introdurre la prova e l'onere di convincere il giudice. Mentre il primo è distribuito in le parti in relazione al tipo di fatto da provare, e indica chi è destinato a soccombere nel caso che non vengano introdotte prove, il secondo — che nel processo penale è sempre a carico dell'accusatore — indica chi soccombe se la prova non viene raggiunta.⁷⁷

Anche se non manca una certa analogia con la distinzione tra onere formale e sostanziale, non è possibile alcun parallelismo: le figure esaminate non sono in realtà contrapposte fra loro, trattandosi di due aspetti della medesima situazione soggettiva, che solo occasionalmente possono acquistare autonomia. Il sistema così delineato, comunque, non si limita ad attribuire interamente all'accusatore l'onere della prova di qualsiasi elemento della fattispecie. Questi, infatti, si libera provando solamente la sussistenza del fatto e la sua commissione da parte dell'imputato. Spetterà all'imputato, se del caso, introdurre la prova di elementi a lui favorevoli: ciò non toglie, però, che il dubbio vada risolto sempre a suo vantaggio.

Tutto sommato, quello appena descritto è il modo più ragionevole, e più realistico, di inquadrare il fenomeno, senza forzature entro schemi preconcetti. L'onere della prova, del resto, non è soltanto una regola di decisione del fatto incerto, ma indica anche il modo nel quale va organizzata la ricerca, e la successione logica delle questioni da provare. In questi limiti è plausibile che sia addossato anche all'imputato, in determinati casi, l'onere di introdurre materiale probatorio; sempre che resti a carico dell'accusazione di superare l'incertezza fornendo la prova negativa dei fatti che la difesa non sia riuscita a dimostrare pienamente.

È fuori discussione, allora, qualsiasi contraddizione — almeno sul piano teorico — con la presunzione d'innocenza, la quale può agire, anziché sulla ripartizione dell'onere della prova, sulla misura della prova richiesta. L'importante, in ogni caso, è che non sia l'imputato tenuto a dare la dimostrazione della propria innocenza, e che l'accusa debba soccombere tanto se la prova della colpevolezza non venga raggiunta, quanto se permanga una si-

Materials on Evidence, cit., p. 13 s.; Cross, *Evidence*, cit., p. 73 s., 93 s.; nonché per il diritto degli Stati Uniti, Jones, *Evidence*, cit., vol. I, p. 517 s. (§§ 51.5-30); McCormack, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., p. 783 s. Di grande utilità risulta ancora, sebbene non aggiornato, Williams, *The Proof of Guilt*, cit., p. 183 s.; per una sintesi, con riferimento al processo penale inglese, v. anche KENNY, *Outlines of Criminal Law*, 19ª ed., a cura di TURNER, Cambridge, 1966, p. 453 s., 516 s. Nella dottrina italiana si sono occupati dell'argomento NESI, *Accusa e difesa nel procedimento penale inglese*, Milano, 1972, p. 33 s. e SCARFONE, « *Common law* » e *processo penale*, cit., spec. p. 95 s.

77. L'onere di introdurre la prova (« *burden of producing evidence* », « *evidential burden* ») normalmente coincide con l'onere di persuadere il giudice o, più esattamente, la giuria (« *persuasive burden* », « *legal burden* »), ed è a carico dell'accusa. Tuttavia l'*evidential burden*, almeno su alcuni punti (che in parte corrispondono ai nostri « fatti impeditivi »), può essere fin dall'origine posto a carico dell'imputato, il quale deve allora introdurre qualche elemento di prova a sostegno della sua difesa. Ma è sempre l'accusa che deve convincere la giuria al di là del ragionevole dubbio: a differenza dei processi civili, nei quali è sufficiente dimostrare « la prevalenza di probabilità ». Cfr. tra gli altri, PHINSON, *Evidence*, cit., p. 41 s. (§§ 98-102); Cross, *Evidence*, cit., p. 75 s.; Mc CORMACK, *Handbook*, cit., p. 798 s.

tuazione di dubbio. Ai fini della decisione del fatto incerto, quindi, la struttura della fattispecie sostanziale si rivela priva di importanza.

In linea di massima, non ci sarebbero ostacoli a che una simile organizzazione dell'onere della prova fosse utilizzata anche nell'ordinamento italiano. Si potrebbe anzi rinvenire un solido appiglio testuale nell'interpretazione congiunta dell'art. 2697 c.c., applicato analogicamente, con l'art. 479 c.p.p. (sul quale dovremo ritornare).

Ed in verità non è mancata, sia pure controcorrente, una teorizzazione, che trasporta esattamente l'esperienza anglosassone nel nostro processo penale⁷⁸. Tuttavia, nonostante si tratti di un'operazione, in sé, accettabilissima (con i dovuti aggiustamenti), non si possono tacere serie perplessità di carattere sistematico.

Il problema più grave riguarda la compatibilità di una regola così strutturata con un sistema processuale ancora marcatamente inquisitorio. E non si intende alludere, questa volta, al peso rivestito dalla disponibilità dell'azione penale — oltre che delle prove — caratteristica del processo anglosassone. Questo elemento indubbiamente condiziona, almeno di fatto, l'esplicazione degli oneri probatori; e determina l'effetto più concreto della presunzione d'innocenza, l'opportunità per la pubblica accusa di non esercitare l'azione penale se non ritiene di avere prove sufficienti a superare detta presunzione. Ma non si tratta, come abbiamo più volte notato, di un fattore determinante per l'individuazione della regola di giudizio.

La preoccupazione maggiore è che in un sistema nel quale la parità delle parti è ben lontana dall'essere attuata, una regola di giudizio di questo genere aggraverebbe ulteriormente la posizione dell'imputato. Occorre dunque domandarsi se la riconoscenza di compatibilità teorica con la presunzione d'innocenza possa essere tenuta ferma anche quando gli oneri probatori siano imposti ad una difesa già in condizione di inferiorità: agevolando il compito dell'accusa e rendendo più facile l'accertamento della responsabilità da parte di un giudice che è anche inquirente, la cui differenza dal pubblico ministero tende continuamente ad essere più apparente che reale.

Se dunque l'onere della prova, retamente inteso, potrebbe rappresentare, anche nel processo penale, un'efficace strumento di ricerca della verità, oltre che una regola di giudizio di sufficiente chiarezza, bisogna realisticamente guardarsi dagli effetti perversi che allo stato attuale ne deriverebbero. È certamente importante porre in maniera non equivoca un onere della prova della colpevolezza a carico dell'accusa, per assicurare un accertamento adeguato, conforme alla presunzione d'innocenza. Ma è ancora più importante che non si finisca, di fatto, col trattare allo stesso modo due parti che si trovano in posizioni profondamente diseguali, quanto ai poteri loro riconosciuti dalla legge. Altrimenti verrebbe a sfumare la tutela privilegiata che la Costituzione accorda all'imputato; ed anche il beneficio del dubbio nella decisione finale si ridurrebbe ad un'efficacia assai limitata, una volta che ad

78. MANNING, *La riforma del processo penale*, cit., p. 170 s.; *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 575 s.; *Principi del processo penale*, cit., p. 471 s., il quale adotta, fra l'altro, la distinzione tra onere di introdurre la prova e onere di convincere il giudice; e tra onere della prova e « *quantum* » di prova necessaria.

esso non corrispondessero adeguate garanzie nel procedimento di formazione delle prove.

8. segue: sua dipendenza da una situazione di parità delle parti. La presunzione d'innocenza come regola di giudizio autonoma.

La regola di giudizio descritta si direbbe viceversa coerente con quella che prevedibilmente sarà la struttura del nuovo processo penale. Difatti la legge delega non si limita ad enunciare — in termini generali — il principio della parità tra le parti (n. 2, cit.), ma specifica in dettaglio le innovazioni necessarie perché si raggiunga la parità effettiva. Non è il caso di elencare tutti i singoli « punti » che, direttamente o indirettamente, contribuiscono a riequilibrare la situazione, potenziando i diritti dell'imputato. Basterà ricordare l'immediata instaurazione del contraddittorio e l'intervento dei difensori agli atti d'istruzione (n. 40 e 46); nonché il riconoscimento del diritto alla prova nella fase del dibattimento (n. 62, 64, 66 e 67). Correlativamente, l'attività istruttoria del pubblico ministero viene tendenzialmente ridimensionata ad attività di parte (n. 34). In un sistema del genere la presunzione d'innocenza trova gli sviluppi più significativi nella formazione delle fonti del giudizio, prima ancora che nei confronti della decisione sul fatto incerto.⁷⁹

Va subordinata pertanto alla riorganizzazione del processo penale su basi accusatorie la possibilità di una razionale applicazione dell'onere della prova come regola di giudizio. Non si possono infatti imporre oneri di alcun genere all'imputato, né dalla mancata prova trarre conseguenze a suo carico, se non si assicura la salvaguardia dell'equilibrio del contraddittorio. Senza il riconoscimento della facoltà di gestire autonomamente e con pieni poteri — anche se non necessariamente in modo esclusivo — la ricerca e l'apporto del materiale probatorio, non è logico chiedere all'imputato di attivarsi per introdurre le prove a lui favorevoli.

In caso contrario si verificherebbe un sostanziale aggravamento della presunzione d'innocenza, poiché la ripartizione del rischio — anche articolata in maniera diversa che nel processo civile — finirebbe col consentire la valutazione in danno dell'imputato di eventuali carenze nell'accertamento che questi non sempre è posto in grado di scongiurare.

Anche senza chiamare in causa l'onere della prova, tuttavia, rimane indeclinabile il principio secondo cui non deve comunque essere l'imputato a

79. Occorre comunque guardarsi dal ricadere nella tentazione di applicare automaticamente i criteri civilistici di ripartizione dell'onere della prova (in questo senso, sent. *Taormina, Studi sulla legge delega. Il dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1975, I, c. 168). Anche a voler considerare il nuovo processo penale un « processo di parti », non va dimenticato che la regola di giudizio dev'essere sempre aderente alla presunzione d'innocenza: il rischio dell'incertezza resta in ogni caso a carico dell'accusa, come s'è cercato di chiarire nel paragrafo precedente.

Sul diritto alla prova e i suoi rapporti con la presunzione d'innocenza v. *oltre* cap. V, § 8.

provare la propria innocenza, ma l'accusatore a dare la prova completa della colpevolezza: con la conseguenza che, quando tale prova non sia raggiunta per qualsiasi motivo, l'unico risultato possibile è il proscioglimento. Su queste basi occorre individuare un principio unificatore al quale far riferimento in ogni caso, come termine legale cui commisurare la decisione sul fatto incerto.

Ad una simile esigenza, in fondo, cercava di dare risposta la ricordata teoria dell'onere sostanziale di prova. Il fatto è che tale teoria risulta tecnicamente imprecisa, perché fa riferimento ad un concetto — onere della prova — che in realtà riconosce solo nominalmente, adattandolo in maniera tale da modificarlo del tutto. Più che fondato su un'opera di esegesi teorica mente corretta, il riferimento appare così condizionato da motivi contingenti di natura storico-politica: esso infatti è sembrato opportuno — prima della Costituzione — a causa della mancata affermazione legislativa della presunzione d'innocenza dell'imputato, e — dopo — per essere stata sottovalutata l'importanza dell'annunciazione costituzionale. L'appello all'onere della prova, come principio generale del processo, sembra quindi essenzialmente strumentale, ed ha lo scopo di definire una regola di giudizio ben determinata, ma completamente diversa da quella che porta lo stesso nome nel processo civile. La regola di giudizio sottintesa dalla teoria dell'onere sostanziale, in fin dei conti, rimane ancora valida nel suo nucleo fondamentale, consistente nell'addossare interamente al pubblico ministero il rischio della mancata prova. Purché sia chiaro che, quando anche si voglia denominare tutto ciò onere della prova, la definizione adottata ha esclusivamente un significato pratico, non rigorosamente tecnico, e serve solo ad indicare in maniera sintetica un metodo di risoluzione dell'incertezza⁸⁰. E sia parimenti chiaro che non c'è spazio — qualunque sia il fatto da provare — per alcuna ripartizione del rischio fra le parti, quale potrebbe discendere da contaminazioni di tipo civilistico suggerite appunto dalla terminologia usata.

Al di là di ogni questione nominalistica, il contenuto della regola di giudizio applicabile nel processo penale può essere ricostruito utilizzando la presunzione costituzionale della presunzione d'innocenza. Sotto questo profilo la disposizione dell'art. 27 comma 2° deve ritenersi direttamente applicabile, senza che sia necessaria la mediazione di uno strumento tecnico pur collaudato qual è l'onere della prova. Alla luce dell'analisi svolta, infatti, l'utilizzazione di tale strumento applicativo — in sé non privo di utilità, almeno teoricamente — si dimostra attualmente del tutto inopportuna e, rispetto alla norma costituzionale, addirittura controproducente. Sembra quindi un po' affrettata la conclusione di quanti hanno ritenuto senz'altro che il riconoscimento della presunzione d'innocenza equivalesse alla trasfusione nel processo penale del principio di cui all'art. 2697 c.c.⁸¹

Assai più criticabile, in ogni caso, è l'indifferenza che per lungo tempo ha accompagnato il principio costituzionale in questione, di solito neppure preso

80. Cfr. *Condero, Il giudizio d'onore*, cit., p. 93.

81. *Malinverni, Principi del processo penale*, cit., p. 472. Così anche *Andriotti, Appunti di procedura penale*, p. 17 s., 261 s., che però attribuisce tale effetto all'art. 6 n. 2 Conv. europea e non all'art. 27 comma 2° Cost.

* *Collaudato: ex quibuslibet, verisimiliter, non, suavia*

in considerazione come possibile regola di giudizio, o superficialmente liquidato come inapplicabile. Anche tra i più fini studiosi del problema c'è chi non si avvede, limitando l'esegesi alle norme ordinarie, che la soluzione è a portata di mano, poiché il criterio guida fondamentale sta scritto nella Costituzione: col rischio di avallare, per questo motivo, anche interpretazioni di dubbia costituzionalità.

È scortetto sottovalutare la portata innovatrice e immediatamente precettiva della presunzione d'innocenza, che è senz'altro in grado di influire dall'attuale struttura del processo. Trova così un solido fondamento positivo la regola, che non occorre ripetere, secondo cui in caso di dubbio è sempre l'accusa a soccombere, e l'imputato deve essere prosciolto. Ma più interessanti ancora sono i corollari della regola di giudizio, che rappresentano la sua proiezione sulla posizione di ciascuna parte.

In primo luogo, il diritto dell'imputato a non collaborare, e a restare inattivo, se crede: la condanna può seguire solo all'accertamento completo della colpevolezza, e nessuna conseguenza negativa può essere fatta discendere da un suo atteggiamento ostruzionistico o rinunciatario. E da rendere con energia qualsiasi tentazione di ritenere valutabile fra gli elementi di prova del fatto il comportamento processuale dell'imputato e, ponendo solo un espediente per vanificare il contenuto della regola di giudizio, naturalmente in pratica a carico della difesa il rischio della mancata prova. Ciò, tanto prove a discarico e contestando gli elementi di difesa, viceversa, por- tando prove a discarico e contestando gli elementi di accusa: come vedremo in dettaglio⁸⁴, anche l'esercizio di questa facoltà è garantito all'imputato dalla presunzione d'innocenza, oltre che dall'inviolabilità del diritto di difesa.

Dal punto di vista del pubblico ministero, all'opposto, il principale corollario è l'accertamento del suo compito di accusa, insieme con la tendenza ad una assai più netta separazione di ruoli tra quest'ultimo e il giudice. Se infatti alla sua inattività consegue sempre, ove il giudice non riesca da solo ad eliminare ogni incertezza, il riconoscimento dell'insussistenza del fatto all'accusatore di reperire e introdurre le prove a carico dell'imputato. In caso di mancanza, o insufficienza, di prove della colpevolezza, ben si può parlare di soccombenza, indipendentemente dall'attività probatoria svolta in concreto dal pubblico ministero.

Queste conclusioni sono da sole sufficienti per togliere qualsiasi dubbio sulla configurabilità di un conflitto di interessi tra accusa e difesa, e per escludere la pretesa imparzialità del pubblico ministero. Occorre avvertire, però, che esse restano valide solamente in linea generale, poiché si riferiscono

82. Così invece SARACENO, *La decisione*, cit., p. 232; GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, cit., p. 184 s.; G. FOSCHINI, *L'interrogatorio dell'imputato*, in *L'imputato*, Studi, Milano, 1956, p. 52. Si veda in proposito GREVI, « Nemo tenetur se delere »⁸⁵, 1972, p. 44 s., 53 s. e spec. p. 125. Cfr. anche NARRI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 346, per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali.

83. Capitolo V, § 11.

no, di massima, ad un disegno che vede rispettata la trilateralità del rapporto processuale (due parti che si contrappongono davanti ad un giudice imparziale), quale a stretto rigore si verifica solo nel dibattimento. La prospettiva cambia non poco ove si considerino le caratteristiche della fase istruttoria, nella quale questo rapporto risulta sempre, in varia misura, claudicante. Diventa allora molto più difficile applicare la regola di giudizio — e i suoi corollari — in maniera così semplice e lineare: risulta pertanto indispensabile mantenere una ben chiara differenziazione — utile, come si vedrà, anche ad altri fini — tra istruzione e dibattimento⁸⁴.

9. Regola di giudizio e formule di proscioglimento.

Avendo per ora riguardo alla sola decisione finale sul merito — le decisioni attraverso le quali si articola il procedimento sono numerose e progressive, ed hanno diversi presupposti e diversa efficacia⁸⁵ — la regola di giudizio si può ricostruire in maniera abbastanza precisa sul modello appena descritto. L'analisi teorica che precede ci fornisce così strumenti sufficienti per portare a soluzione i problemi applicativi riferiti alla configurazione meno complessa che può assumere il rapporto processuale penale, vale a dire il giudizio ordinario di primo grado. Evidenti motivi di coerenza impongono tuttavia di estendere gli eventuali risultati ad ogni altra decisione attinente al merito del processo, sia pure con gli aggiustamenti richiesti di volta in volta dal diverso oggetto o dalla funzione specifica.

Dal punto di vista strutturale, ad ogni modo, lo schema della decisione sul fatto è sempre il medesimo, dato che si tratta di verificare la sussistenza di tutti gli elementi la cui presenza è necessaria perché possa ipotizzarsi come probabile — in un primo momento — o dichiararsi definitivamente — più tardi — la responsabilità dell'imputato. L'accertamento positivo consegue soltanto al raggiungimento della prova sufficiente: in ogni altro caso si deve riconoscere l'insussistenza dei presupposti richiesti, e l'accertamento non può che essere negativo.

Il concetto di prova sufficiente è ovviamente un concetto relativo. La correlazione che in esso si impenna è duplice. Dal lato oggettivo la sufficienza va commisurata al contenuto del provvedimento: prove sufficienti per condannare, per rinviare e giudizio, per emettere un mandato. Dal lato soggettivo entra in considerazione il convincimento del giudice: questi, in base alle prove raccolte, deve conseguire una ragionevole certezza, allo stato degli atti, nella ricostruzione del fatto. Non ha rilievo, invece, il momento della valutazione delle prove medesime, che — come si è cercato di chiarire nel capitolo precedente — va tenuto logicamente distinto; anche se in concreto alcune contaminazioni sono inevitabili.

Occorre ad ogni buon conto precisare che nei confronti del giudizio di sufficienza la regola di giudizio non ha modo di trovare diretta applica-

84. Cfr. *oltre*, cap. V, § 2.

85. V. in proposito CORDEIRO, voce *Giudizio*, cit., p. 883; In, *Procedura penale*, 4a ed., Milano, 1977, p. 315 s.

zione. Non che la sua esistenza debba prendersi in considerazione soltanto nel caso di dubbio irrisolto, o sia del tutto priva di riflessi sul modo di formazione del convincimento, la cui congruità resta sempre controllabile dall'esterno⁸⁶. Ma la misura della sua importanza, e quindi la sua incidenza reale nell'equilibrio della decisione, emerge quando ad essa è indispensabile far ricorso perché le prove non sono reputate idonee ad eliminare l'incertezza.

Solo un accertamento completo, dunque, può far superare la presunzione d'innocenza: in questo senso, la regola di giudizio non è in fondo che una protezione del principio generalissimo, dal quale siamo partiti, secondo cui la sanzione penale può essere inflitta solo dopo che sia stata provata la responsabilità. Le conseguenze sono fin troppo semplici: se vi è incertezza, l'imputato deve essere sempre prosciolto, ovvero, a seconda dei casi, non può essere dichiarato l'effetto collegato all'ipotesi da verificare.

L'impressione di aver a che fare con una tautologia (in fondo il vero problema resta sempre quello della quantità di prova sufficiente) si dissipa ove si consideri che la regola di giudizio non ha la funzione di prescrivere come si deve decidere nei singoli casi, ma è solo uno strumento sussidiario che segnala quale fra gli interessi in conflitto deve avere la prevalenza, e serve da guida nel chiaroscuro delle ipotesi di confine, quando ci si domanda chi sopporti il rischio della prova mancata.

Occorre però verificare se la disciplina concreta della decisione giudiziale è tale da armonizzarsi con il contenuto della regola indicata, o se invece l'attuazione di questa è affidata a norme inadeguate; o se per avventura non emergano regole di giudizio diverse. In tale ultimo caso, tuttavia, il problema si porrebbe in termini di legittimità/allegittimità costituzionale, poiché, nell'eventualità che sussistesse un contrasto, prevarrebbe senz'altro il principio dettato dalla norma gerarchicamente sopraordinata.

Il codice di procedura vigente è estremamente laconico per quanto riguarda i presupposti della sentenza di condanna: dal combinato disposto dagli artt. 483 e 479 si ricava che il giudice pronuncia sentenza di condanna quando risultano sufficienti prove per condannare (analogamente si esprime, in termini espliciti, l'art. 374 c.p.p., con riferimento al rinvio a giudizio). Sotto questo profilo il significato precettivo della norma è praticamente nullo. Una cura maggiore è invece posta nella specificazione delle ipotesi di proscioglimento (art. 479 e, per la fase istruttoria, art. 378 c.p.p.), che debbono essere ritenute tassative⁸⁷: si può prosciogliere soltanto per i motivi indicati dalla legge, e con le formule rispettivamente previste. E solo queste, probabilmente, di una scelta di tecnica legislativa, che riflette una tradizione osservata anche dai codici abrogati; tuttavia è difficile sottrarsi all'impressione di un deliberato proposito di trattare il proscioglimento come eccezione, e la condanna come regola. La logica della presunzione d'innocenza dovrebbe invece essere diversa, se non proprio opposta⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. retro, cap. III, § 5.

⁸⁷ Cfr. Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, Milano, 1955, p. 57 s.; SIRACUSANO, voce *Assoluzione* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 920. Anche su questo aspetto, sia pure non essenziale, il progetto preliminare del

L'obbligo di usare formule di proscioglimento specifico crea inoltre notevoli complicazioni. Non sembrerebbe consentito, per assolvere, limitarsi a constatare il mancato raggiungimento della prova della responsabilità, dichiarando di conseguenza l'insussistenza del dovere di punire. Apparentemente, infatti, è richiesto un vero e proprio accertamento positivo dell'innocenza, da tradurre nelle formule « Il fatto non sussiste » e « L'imputato non ha commesso il fatto », le quali configurano il cosiddetto proscioglimento pieno. In questo modo, però, si attribuisce al giudice un compito esorbitante e tutto sommato inutile, almeno ai fini della decisione penale⁸⁹, poiché è irrilevante, una volta che per qualsiasi ragione sia esclusa la colpevolezza, l'esatta ricostruzione del fatto storico. È tuttora incontestabile l'affermazione che il processo penale non si propone di distribuire diplomi di innocenza⁹⁰ ma solo di accertare la sussistenza del reato: a meno di non volerne capovolgere la funzione, in maniera contraria al dettato costituzionale, assumendo come ipotesi da verificare l'innocenza anziché la colpevolezza⁹¹.

Per evitare pericolosi equivoci, dunque, non va preso troppo alla lettera il valore logico delle formule di proscioglimento. Questo soprattutto è il significato della precisazione contenuta nel seguito degli artt. 479 e 378, secondo i quali il giudice deve dichiarare che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, tanto se di ciò sia stata raggiunta la prova (positiva), quanto se manchi del tutto la prova della sussistenza del fatto o della sua commissione da parte dell'imputato.

In tale norma si riconosce solitamente una specifica regola di giudizio, perché — si dice — la legge equipara, ai fini della decisione, la certezza alla non scienza totale⁹². In realtà si tratta di una regola di giudizio del tutto priva di autonomia rispetto alla presunzione d'innocenza e, a stretto rigore, pleonastica, se si conviene che non c'è alcun bisogno di provare l'insussistenza della responsabilità per ottenere l'assoluzione. Del resto, quando manca del tutto la prova del fatto, non occorre una regola legale apposta per stabilire che l'effetto giuridico ad esso collegato non deve essere dichiarato. Non si può negare che — sul piano logico — la formula indicata dalla legge non corrisponde al risultato dell'accertamento. Ma anche se la nuovo codice ha significativamente innovato: l'art. 505 prevede esplicitamente che la sentenza di condanna è pronunciata quando « l'imputato risulta colpevole del reato, con le testate », togliendo così l'impressione che questa sia l'ipotesi residuale nella quale si ricade ogni volta che non si possa raggiungere l'assoluzione (così la *Relatione*, cit., p. 426-27 e 429).

⁸⁹ Attualmente, comunque, la differenziazione delle formule di proscioglimento ha una specifica ragione di essere nei rapporti tra giudizio penale e giudizio civile (si veda in particolare l'art. 25 c.p.p.); mentre può essere utilizzata per altri effetti extraprocedurali (cfr., ad es., l'art. 348 c.p.p.). Non si nega, in ogni caso, che potrebbe di fatto essere interesse dell'imputato veder proclamata nel dispositivo la causa del proscioglimento, destinata peraltro ad emergere dalla motivazione.

⁹⁰ Così, incisivamente, LUCCHINI, *Recessione al Manuale di procedura penale italiana di V. Manzini*, cit., p. 263.

⁹¹ Cfr. retro, cap. III, § 4.

⁹² CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 136; Id., voce *Giudizio*, cit., p. 885. Nello stesso senso SIRACUSANO, voce *Assoluzione*, cit., p. 923; LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 44 s.; MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova*, cit., p. 205, nota 43.

norma in esame non esistesse, la decisione non potrebbe avere altro contenuto⁹³.

In linea pratica, invece, la precisazione è tutt'altro che inutile. I margini di applicabilità delle formule di proscioglimento ricordate sono infatti sensibilmente limitati dall'esistenza della distinta ipotesi riguardante genericamente l'insufficienza di prove, che non sempre in concreto è facile differenziare. È poco probabile, infatti, che si verifichi una mancanza di prove così totale da escludere la presenza del benché minimo elemento di accusa (il processo da qualcosa deve pur essere cominciato): non è azzardato supporre, allora, che, in assenza di un'esplicita disposizione di legge, la maggior parte dei casi di mancata prova avrebbe rischiato di rifluire sotto la fattispecie dell'insufficienza di prove⁹⁴. Non va dimenticato che il codice del 1865, per fare un esempio non casuale, unificava le due ipotesi, adottando per entrambe la formula di proscioglimento « per non provata reità » (art. 393).

La semplice esistenza dell'assoluzione per insufficienza di prove — a prescindere dai problemi di legittimità costituzionale, dei quali ci occuperemo fra breve — è un notevole elemento di disturbo nell'utilizzazione della regola di giudizio. Il fatto stesso che si debba distinguere fra prova mancante e prova insufficiente costringe — per recuperare una certa oggettività — ad interpretazioni che vanno al di là della lettera della legge. Difatti anche la mancanza di prove è sempre relativa, ed è quindi difficile tracciare il confine sul piano razionale: la distinzione si rivela assai labile, e corrisponderebbe a quella, puramente soggettiva, fra dubbio grave e dubbio lieve⁹⁵. Così, di norma, si cerca di ricondurre l'insufficienza di prove al caso che sussistano in misura adeguata elementi a carico dell'imputato, cui però si contrappongono elementi a discarico di uguale valore, senza consentire la formulazione di un giudizio certo in nessuna delle due direzioni⁹⁶. Se invece la prova della colpevolezza, già di per sé, non è idonea a fondare il convincimento, l'incertezza non ha ragione di essere: di prova mancante si tratta, non di prova insufficiente.

93. Cfr. Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, cit. p. 83.

94. Ciò infatti avveniva sotto il regime del codice del 1913, secondo quanto riferisce Dosi, *op. cit.*, p. 82. Alcuni giudici, invece, proscioglievano per « mancanza di prove », adottando una formula non prevista dalla legge (*ivi*).

95. Così SARACENO, *La decisione*, cit., p. 332: « Quando ... nel processo penale si dice che manca del tutto la prova della reità, non s'intende già dire che difettino i mezzi suscettibili in astratto di spiegare efficacia in questo senso ...; ma si intende dire che a questi mezzi in concreto il decidente non ritiene di attribuire efficacia ... ».

96. Cfr. GUARNARI, *Tipologia delle sentenze penali di proscioglimento*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1954, p. 53; Dosi, *op. cit.*, p. 103; CONDEMO, voce *Giudizio*, cit., p. 885; LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 31, il quale precisa che il giudice dovrebbe prosciogliere con formula piena quando la prova negativa prevalga anche di poco su quella positiva (riprendendo un'opinione di CARVELUTTI, *Accertamento del reato e « favor rei »*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 242). SIRACUSANO, *Collegamento tra « prova » e « causa »*, cit., p. 404, aggiunge all'ipotesi in discorso anche quella « in cui le prove contro l'imputato non sono tali da portare alla condanna dello stesso » (cfr. anche *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 208): ma così si perde di vista la distinzione tra prova mancante e prova insufficiente. In quest'ultimo senso, comunque, la giurisprudenza ormai consolidata: cfr., per tutte, Cass., 8 novembre 1976, Magnani, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1977, p. 1270; Id., 12 febbraio 1976, Castellano, *ivi*, p. 210, con nota di richiami.

In ogni caso, l'esistenza di previsioni differenziate, proscioglimento pieno e proscioglimento dubitativo, mal si concilia col modello di regola di giudizio fin qui ricostruito. Occorre allora verificare se l'assoluzione per insufficienza di prove possa configurare una regola di giudizio autonoma, e quali siano i suoi margini di compatibilità con la presunzione d'innocenza.

10. L'assoluzione per insufficienza di prove.

Effettivamente, l'assoluzione per insufficienza di prove viene spesso considerata la regola di giudizio peculiare al processo penale, anche in contrapposizione col principio dell'onere della prova, come strumento di decisione in caso di dubbio⁹⁷. Questa affermazione, però, è vera solo in parte, anche se apparentemente semplifica molto le cose.

Bisogna infatti distinguere il contenuto della sentenza e la formula adottata. Sotto il primo profilo, è innegabile che la norma dell'art. 479 comma 3° (« Se non risultano sufficienti prove per condannare, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione per insufficienza di prove »)⁹⁸ impone l'assoluzione dell'imputato, e quindi applica il principio secondo il quale la condanna può seguire solamente all'accertamento completo della responsabilità.

Anche in questo caso, tuttavia, la regola di giudizio che si applica è sempre la presunzione d'innocenza: la quale consente di selezionare a priori il tema oggetto dell'accertamento e il modo nel quale esso deve compiersi. L'assoluzione per insufficienza di prove non configura dunque, almeno sotto l'aspetto esaminato, una regola di giudizio particolare, e neppure una specificazione, più o meno necessaria, di quella già enunciata. Di quest'ultima, al contrario, rappresenta solo una possibile applicazione, la quale peraltro avrebbe luogo direttamente, anche in assenza di una norma così concepita⁹⁹.

Il vero valore precettivo della norma risiede invece — passando al secondo profilo — nella determinazione della formula da adottare con riguardo al particolare aspetto che assume, dal punto di vista conoscitivo, il mancato accertamento della colpevolezza. Quando cioè l'accertamento negativo sia la conseguenza, non di una ragionevole convinzione dell'innocenza (quale può derivare anche dalla mancanza di prove), ma dell'impossibilità di raggiunge-

97. Così, ad esempio, BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., p. 421 s.; CARVELUTTI, *Principi del proc. pen.*, cit., p. 246, che attribuisce all'art. 479 comma 3° l'esclusione dell'onere della prova dal processo penale.

98. Del tutto analogo l'art. 378 comma 2°, con riferimento al rinvio a giudizio. L'incongruenza dell'insufficienza di prove col proscioglimento istruttorio era avvertita anche da chi non riteneva opportuna la completa abolizione della formula dubitativa: cfr. ad esempio CONSO, *E da rivedere, non da eliminare, l'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 121; PISAPIA, *L'assoluzione per insufficienza di prove (relazione di sintesi)*, in *Atti del convegno di Trieste*, cit., p. 425; SIRACUSANO, *ivi*, p. 390.

99. Cfr. CAMPANELLI, *La funzione sostitutiva dell'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 123 s.; MALINVERNÌ, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 590, definisce la formula dell'art. 479 comma 3° « una particolare tautologia ».

re una convincente ricostruzione del fatto, la legge prescrive che il dispositivo della sentenza di assoluzione rifletta questo dato specifico, che viene percepito come un insuccesso dello strumento processuale.¹⁰⁰ Che si tratti veramente di un insuccesso è però molto discutibile, se solo si prescindono dalla mitica immagine di una giustizia dispensatrice infallibile di certezze.

La valutazione negativa si comprende facilmente pensando alle rilevanti conseguenze sociali del giudizio penale, cui si chiede, niente meno, di raggiungere la « verità materiale »¹⁰¹. Ma, ragionando col dovuto distacco, si deve concludere che il processo, nel quale si sia accettata l'impossibilità di accertare la realizzazione della fattispecie di reato e quindi di condannare, ha svolto pienamente la sua funzione principale, che è quella di verificare la consistenza dell'accusa. Nessuno, del resto, si sognerebbe di pensare ad un insuccesso nel processo civile, nei casi in cui il giudice ritenga la domanda perché i fatti non sono sufficientemente provati.¹⁰²

Se dunque l'esistenza di una specifica formula di assoluzione per insufficienza di prove può essere spiegata da motivi politici (sia pure discutibili), da un punto di vista logico non ha alcuna ragione di essere.¹⁰³ Non come regola di giudizio, sostanzialmente priva di consistenza, come si è visto; e neppure come mezzo per descrivere con maggior esattezza i risultati dell'accertamento, il che è pleonastico, e anche controproducente, per le possibilità di confusione tra le varie formule.

In ogni caso, non si direbbe di grande utilità la consueta polemica se il proscioglimento dubitativo rappresenti oppure no un'applicazione del principio *in dubio pro reo*. La discussione potrebbe protrarsi all'infinito, contrapponendosi, da una parte, il risultato sostanzialmente favorevole all'imputato¹⁰⁴, dall'altra l'ingiustificata differenziazione dal proscioglimento pieno.¹⁰⁵ tutto dipende da quale dei due profili qui esaminati, il contenuto della sentenza o la formula adottata, si prenda in considerazione.

La questione poteva avere un diverso interesse quando, in mancanza di

100. Un'opinione estrema è espressa da BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., p. 423, che ravvisa nell'art. 479 comma 3° c.p.p. la legittimazione per il giudice a non decidere sul fatto incerto. Ma v. in proposito CONDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 138, nota 189. In senso critico anche LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 28 s.

101. Cfr. retro, § 5. Collegano infatti la formula dubitativa alla ricerca della verità materiale M. MASSA, *Il dubbio*, cit., p. 133; CONSO, *È da rivedere*, cit., p. 267.

102. Non per nulla l'art. 25 c.p.p., quando si tratta di trasferire nel processo civile gli effetti della sentenza penale, equipara all'assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso l'insufficienza di prove, sia pure limitandola — come è logico — a questi medesimi punti.

103. Cfr. CARNELUCCI, *Conspicua logica della insufficienza di prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 4 s.

104. Così, ad esempio, SARACENO, *La decisione*, p. 242; CONDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 141; LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 27 s.; nonché, nell'ambito della sua peculiare costruzione, MALINVERNÌ, *L'assoluzione*, cit., p. 592 s.

105. Ad esempio, CAMPANELLI, *La funzione sostitutiva*, cit., c. 4; M. MASSA, *Il dubbio*, cit., p. 129; PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 235; ANDRIOLI, *Riflessioni sull'insufficienza di prove*, cit., p. 48; MELICIONDA, *Studio sull'ordine della prova*, cit., p. 203 s.; GHARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 96, nota 58) ritiene, con una deduzione forse eccessiva, che l'opposta tesi sia ancorata « al principio della presunzione di colpevolezza — per cui in caso di dubbio si deve di regola pronunciare la condanna, salvo specifica deroga nominativa ».

qualsiasi riconoscimento legislativo della presunzione d'innocenza, si trattava di convalidare o meno il principio *in dubio pro reo* come regola di giudizio nel processo penale. Attualmente, invece, quel che bisogna chiedersi è se l'assoluzione per insufficienza di prove sia costituzionalmente legittima, nei confronti dell'art. 27 comma 2° della Costituzione.

A questo scopo non bisogna dimenticare che la reale funzione della formula è quella di addossare almeno in parte all'imputato le conseguenze dell'incertezza. Ciò si può esprimere con ogni sorta di perifrasi, quali ad esempio l'esigenza di adeguare la sentenza allo stato di conoscenza del giudice, l'impossibilità di sopprimere il dubbio, o l'opportunità di non lasciare a carico delle parti il rischio della mancata prova quando al giudice sono riservati poteri di indagine¹⁰⁶. ma la vera sostanza della questione è che, più o meno consapevolmente, si considera un'ingiustizia consentire all'imputato, di cui soltanto non si è riusciti a dimostrare la responsabilità ma che potrebbe essere colpevole, di valersi del medesimo trattamento riservato a chi abbia visto completamente riconosciuta la propria innocenza.¹⁰⁷

Non ha torto, quindi, chi ha accostato l'assoluzione per insufficienza di prove alla pena straordinaria del processo inquisitorio (di regola più mite della pena ordinaria), che il giudice aveva la facoltà di irrogare quando, nonostante gli indizi a carico, l'imputato non avesse confessato, o comunque non si fosse raggiunta la prova piena¹⁰⁸: quasi una rivincita del potere sovrano dell'inquisitore sui vincoli interposti dal sistema di prova legale. Allo stesso modo, si potrebbe dire, la formula dubitativa consente di aggirare l'ostacolo rappresentato dalla regola di giudizio che vieta di porre a carico dell'imputato il rischio della mancata prova. In caso di dubbio dovrebbe essere sempre l'accusa a soccombere: invece tale precetto è rispettato solo formalmente quando si fa luogo sì al proscioglimento, ma con una qualificazione che ne sminuisce il valore al punto da assimilarlo ad una quasi-condanna, lasciando intatte le ragioni dell'accusatore.

Per questo motivo si è giunti anche a considerare il proscioglimento dubitativo una specie di *tertium genus* tra la condanna e l'assoluzione¹⁰⁹, che partecipa dell'una e dell'altra: imponendo all'imputato lo svantaggio di un accertamento dichiaratamente incompleto, eppure destinato a passare in giudicato come tale.

106. Per queste motivazioni cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., p. 422; SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 228; M. MASSA, *op. cit.*, p. 130 s.; BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, ora in *Stati sul processo penale*, vol. IV, cit., p. 40.

107. In maniera quasi brutale questo concetto era espresso nella *Relazione al progetto preliminare del codice vigente (Lavori preparatori*, cit., vol. VIII, p. 73), la quale faceva riferimento a « ragioni evidenti di difesa sociale contro le forme più raffinate di delinquenza ... per cui talora riesce difficile la raccolta delle prove ». Del resto la battaglia per la conservazione della formula dubitativa risale, con accenti non molto dissimili, al codice del 1913 nel quale fu alla fine introdotta nonostante il progetto preliminare l'avesse esclusa. V. in particolare, le critiche di LUCCHINI — in nome della presunzione d'innocenza — alla *Relazione Stoppato*, cit. (in *Riv. pen.*, vol. LXXV, 1912, p. 684).

108. PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 273 s. In argomento v. retro, cap. III, § 4 e note 28-31.

109. Cfr. Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, cit., p. 92; M. MASSA, *Il dubbio*, cit., p. 128; v. anche GHARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 97.

Una tale ibrida caratterizzazione è giustificata anche dall'esistenza di una serie di effetti pregiudizievole, propri delle sentenze di condanna, che la legge ricollega all'assoluzione per insufficienza di prove¹¹⁰. Non bisogna comunque dimenticare che l'aspetto fondamentale del problema è rappresentato soprattutto dalla connotazione negativa che la detta formula attribuisce al proscolto; specie in considerazione delle sue conseguenze sociali, adeguatamente amplificate, se del caso, dai mezzi di comunicazione di massa, in virtù di quella continuità tra lo svolgimento del processo e la sua raffigurazione all'esterno cui si è accennato nei capitoli precedenti. L'importanza delle qualificazioni contenute nel provvedimento giurisdizionale assume un risalto ancora maggiore se si considera che anche per buona parte delle sentenze di condanna definitive la sanzione in concreto non viene eseguita¹¹¹, e la loro efficacia finisce quasi per coincidere col valore morale e sociale del giudizio sfavorevole; una sorta di riprovazione ufficiale, in cui si sostanzia il riconoscimento delle responsabilità¹¹².

Alla luce di quanto precede non sembra si possa contestare la fondatezza dell'opinione che vede l'assoluzione per insufficienza di prove in contrasto con l'art. 27 comma 2° della Costituzione¹¹³. La presunzione d'innocenza, utilizzata come regola di giudizio, non consente che dal mancato accertamento del reato possano discendere conseguenze diverse dal proscioglimento pieno dell'imputato. Ammettere, al contrario, la legittimità del proscioglimento dubitativo vuol dire togliere gran parte di significato all'annullazione costituzionale.

La conclusione, tuttavia, non è così scontata. La Corte costituzionale, ad esempio, ha ritenuto che l'assoluzione per insufficienza di prove rappresenti un'aperta convalida dell'art. 27 comma 2°¹¹⁴. Anche gli interminabili lavori

110. Per una completa elencazione v. CONSO, *È da rivedere*, cit., p. 138 s.

111. Per sospensione condizionale della pena, estinzione del reato o altri motivi. Sulla progressiva perdita di efficacia della sanzione penale come tale cf. *reivò*, *Introduzione*, § 2, note 4-6.

112. Anche se giuridicamente corretta, appare quindi inadeguata la distinzione, che molti hanno prospettato, tra la formula dubitativa come tale e le conseguenze negative che da essa derivano in capo al proscolto: quando fra le più importanti di queste conseguenze annoverata per l'appunto — anche se non si tratta, a rigore, di una vera e propria assoluzione giuridica — la dichiarazione di sospetto instata nel solo fatto di aver escluso l'assoluzione piena.

Per la tesi qui criticata v. CONSO, *È da rivedere*, cit., p. 121 s.; PISAVIA, *L'assoluzione*, cit., p. 436.

113. Cf. soprattutto PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., p. 242 s. Secondo ANDRUZZI, la formula dubitativa non è in contrasto con l'art. 27 comma 2° Cost., ma solamente con l'art. 6 n. 2 Conv. europea, dal quale deve ritenersi sia stata abrogata (*Appunti di procedura penale*, cit., p. 277 s.); *Riflessioni sull'insufficienza di prove*, cit., p. 49 s.). Sui rapporti con l'art. 6 n. 2 cf. CHIVARRO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema*, cit., p. 398; *Id.*, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo*, cit., p. 489 s.

Non sembra viceversa che la presunzione d'innocenza possa dirsi violata se il dubbio emerge dalla motivazione della sentenza (che è oggetto di un obbligo costituzionale); cf. AMORO, voce *Motivazione*, cit., p. 193.

114. Sent. n. 124 del 1972, citata. Evidentemente preoccupata di salvare la coerenza complessiva di un metodo di decisione giudiziale che rischiava di essere messo drasticamente in crisi da un'applicazione troppo rigorosa della presunzione d'innocenza, la Corte ha tuttavia cercato di riaffermare ugualmente il valore del principio costituzionale.

preparatori della riforma del codice hanno registrato in proposito significative oscillazioni. Dopo atterne vicende, comunque, la formula dubitativa è stata definitivamente abolita dal n. 11 della legge delega, e non comparirà più nel nuovo codice di procedura penale¹¹⁵.

11. La prova delle esimenti.

Nonostante il suo discutibile fondamento, l'assoluzione per insufficienza di prove ha rappresentato, nell'opinione di molti autori, uno strumento per condurre a corretta soluzione il problema del dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi. In questa categoria si fanno rientrare, principalmente, le cosiddette cause di giustificazione, situazioni particolari per le quali un fatto di regola vietato perde l'antigiuridicità e va esente da pena. Ci si domanda come deve decidere il giudice quando sia stata pienamente provata la commissione del fatto nella sua materialità, ma rimanga incerta la sussistenza della causa di giustificazione.

Se l'accusa potesse limitarsi a provare gli elementi costitutivi del reato, un simile dubbio dovrebbe risolversi in danno dell'imputato. Ma ecco l'art. 479 c.p.p.: la legge impone l'assoluzione tutte le volte che le prove non sono sufficienti, genericamente, per condannare. La dizione estremamente ampia del terzo comma — significativamente innovativa rispetto al codice del 1913, che indicava anche quale dovesse essere l'oggetto del dubbio¹¹⁶ — si contrappone al riferimento specifico, contenuto nel secondo comma del medesimo articolo, alla sussistenza del fatto e alla sua commissione da parte dell'imputato: se ne deduce che l'insufficienza di prove impone il proscioglimento qualunque sia l'elemento su cui verte, e divivo o estintivo¹¹⁷.

col risultato di non prendere realmente posizione. Per cui la sentenza ha uno strano andamento oscillante: dopo essere passata attraverso i ben noti luoghi comuni circa la distinzione tra « non colpevolezza » e « innocenza », conclude che la presunzione agisce anche come regola di giudizio; per dedurre poi che l'assoluzione per insufficienza di prove non è in conflitto con l'art. 27 comma 2°, spostando infine l'obiettivo sul problema delle norme che collegano, alla formula dubitativa, conseguenze pregiudizievole. Se quest'ultima precisazione può essere ritenuta non priva di fondamento da un punto di vista giuridico formale, inaccettabile sembra la tesi di fondo: a tacere d'altro, non si può semplicemente dimenticare che il proscioglimento dubitativo è sempre stato, storicamente, l'espressione del perdurante sospetto nei confronti dell'imputato assolto: in conformità ad un'ideologia imperniata sul rifiuto, più o meno esplicito, della presunzione d'innocenza.

Per l'analisi della sentenza v. anche CHIVARRO, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 91 s. 115. Sul complesso iter parlamentare del « punto » 11 della legge delega v. VILANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 351 s.

116. Mentre l'attuale art. 479 parla di prove non sufficienti per condannare (analoga sentenza istruttoria) distingueva il dubbio circa la sussistenza del fatto, circa la commissione del fatto, circa la colpevolezza dell'imputato. Cf., anche per il raffronto col c.p.p. del 1865, DOSTI, *La sentenza penale di proscioglimento*, cit., p. 39 s.

117. Tale impostazione è largamente diffusa in dottrina: cf., ad esempio, SARACENO, *Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi*, cit., p. 201 s.; A. FOSCHINI, *Il dubbio sulla*

A ben vedere, però, il problema in questi termini è mal posto, perché si impernia sulla distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi, che ha una sua ragione di essere esclusivamente sul presupposto della distribuzione fra le parti del rischio della mancata prova¹¹⁸. È dunque pregiudiziale — e del tutto indipendente dal modo di atteggiarsi delle formule di proscioglimento — la precisa individuazione dei limiti in cui può attuarsi una ripartizione dell'onere della prova nel processo penale. Solo a queste condizioni è lecito parlare, con qualche significato, di fatti impeditivi, termine col quale, come si è visto, si indicano in sostanza quei fatti di cui non è necessaria la prova (negativa) perché la fattispecie possa considerarsi accertata.

La soluzione del problema, in conclusione, discende direttamente e automaticamente dalla regola di giudizio adottata. È chiaro che se si esclude — come sembra doveroso — la possibilità di una condanna senza la prova completa della responsabilità, e si pone in ogni caso a carico dell'accusa il rischio dell'incertezza, quale che ne sia l'oggetto, non c'è assolutamente posto per il concetto di fatto impeditivo, e per la conseguente semplificazione della fattispecie da provare. E così confermata la notevole importanza pratica della regola di giudizio, dato che dalla scelta operata al riguardo possono dipendere ricostruzioni del fatto diametralmente opposte.

Impostata la questione nei termini indicati, non ha valore decisivo la disputa sull'esatta collocazione delle esimenti nella teoria generale del reato; se vadano cioè considerate elementi negativi del fatto, o elementi a sé stanti, da accettare separatamente¹¹⁹. Il problema sembra trovare la sua più esatta collocazione sul piano processuale, dal momento che la maniera di provare i fatti dipende in primo luogo dalla loro posizione nei confronti della regola di giudizio.

Il riferimento alla presunzione d'innocenza diviene, in tal senso, risolutivo. Non c'è allora bisogno di ricorrere a complicate interpretazioni dell'art. 479; né sembra indispensabile l'utilizzazione del proscioglimento per insufficienza di prove, una volta chiarito che in caso di dubbio si deve sempre pervenire ad un accertamento negativo del reato. Anche in mancanza della formula dubitativa, l'incertezza sulla sussistenza di una causa di giustificazione non potrebbe che risolversi in favore dell'imputato.

D'altra parte, è giusto riconoscere che l'orientamento qui criticato si spiega facilmente come risposta ad un atteggiamento estremamente restrittivo adottato da una parte dei giudici, e ufficialmente confermato, in tempi abbastanza recenti, da un'importante sentenza delle sezioni unite della Cassa-

prova delle eccezioni, cit., p. 214; Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, cit., p. 116 s.; CORDEIRO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 140 s.; SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 223 s.; M. MASSA, *Il dubbio*, cit., p. 133; LOZZI, «*Favor rei*», cit., p. 32 s.

118. Cfr. retro, § 1.
119. La dottrina penalistica è comunque giunta alla conclusione che le scriminanti siano da inserire nella fattispecie: cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 18 s.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 27 s. Per una chiara esposizione del problema cfr. CARLETTI, *Dilettus sociale e dubbio sulle scriminanti in una sentenza delle sezioni unite penali*, in *Arch. pen.*, 1972, II, p. 439 s., il quale peraltro conclude che la soluzione va cercata sul piano della normativa processuale (p. 444 s.).

zione¹²⁰. Sulla scorta di un vecchio insegnamento di Manzini¹²¹ — oggi praticamente abbandonato in dottrina — la giurisprudenza segnalata non esita a porre a carico dell'imputato un vero e proprio onere della prova della scriminante. Probabilmente è anche vero che nella maggior parte dei casi si tratta di decisioni sostanzialmente giuste nel merito, le quali difetano soltanto nella traduzione a livello teorico delle premesse del ragionamento¹²². Ma non si può negare che la disinvoltura con la quale vengono usati i concetti di onere della prova, di eccezione e di fatto impeditivo, sta ad indicare — quando anche non si accompagni alla manifestazione esplicita di una precisa scelta ideologica¹²³ — una totale indifferenza per la regola di giudizio espressa nell'art. 27 della Costituzione¹²⁴.

L'aggancio testuale all'assoluzione per insufficienza di prove tende invece a dimostrare che, al di là di ogni principio generale, una soluzione del genere si pone contro la lettera della legge¹²⁵. Nonostante tutto, però, l'argomento non è decisivo, e a ben vedere può anche essere capovolto, dato che si inserisce nella stessa logica qui rifiutata. Se infatti si ammette la validità

120. Cass. Sez. un., 26 febbraio 1972, p.m. in c. Marchese, cit., che ha posto fine alle oscillazioni giurisprudenziali in argomento. Le successive decisioni della Cassazione, infatti, si sono ad essa uniformate: fra le più recenti cfr. Cass., 5 luglio 1977, Chidini, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1978, p. 968; Id., 22 marzo 1977, Catalano, *ivi*, p. 639; Id., 26 gennaio 1977, Aloisio, e 28 marzo 1977, Della Gala, *ivi*, p. 402 s. (con nota di LANZELLI, *Il dubbio sul caso fortuito e sulle cause di giustificazione: aspetti problematici*); Id., 20 febbraio 1976, Battistello, *ivi*, p. 634. Per l'esplicito riconoscimento di un vero e proprio onere della prova a carico dell'imputato v. Cass., 3 giugno 1975, Marino, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1977, p. 372. V. però, in senso contrario all'orientamento ormai dominante, Trib. Milano, 18 settembre 1973, p.m. in c. Molino, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 131 s., e la perspicua motivazione (con nota di Carrari, *Regole di giudizio e dubbio sulle scriminanti*). Per una fattispecie particolare (onere dell'imputato di provare la destinazione ad uso personale dello stupefacente detenuto), Cass., 11 gennaio 1978, Rossi, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 594.

121. Cfr. la 1ª ed. del *Trattato di dir. proc. pen.*, cit., vol. IV, Torino, 1932, p. 429; conforme Onneri, *Considerazioni sulla prova in materia penale*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, vol. IX, 1940, p. 296. Nello stesso senso, nel quadro della sua concezione «*civiltica*» dell'onere della prova, ARGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 276 s. Ancora di recente, comunque, v. NAPOLITANO, *Considerazioni sul problema del dubbio sulle esimenti*, in *Riv. pen.*, 1966, I, p. 545 s.; ALBAMONTE, *L'assoluzione per insufficienza di prove e le cause di giustificazione*, in *Giust. pen.*, 1973, III, c. 18 s.

122. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 22 s.
123. Come nella citata sentenza delle Sezioni unite, che — senza minimamente preoccuparsi dell'esistenza dell'art. 27 comma 2º Cost. e dell'art. 6 n. 2 Conv. europea — liquida come storicamente superato persino il principio *in dubio pro reo*, con argomenti che hanno suscitato una critica feroce di CORDEIRO (*Procedura penale*, cit., p. 787 s.).

124. La Corte costituzionale, nella già citata sent. n. 124 del 1972 ebbe invece a riaffermare, sia pure incidentalmente, che nel caso di dubbio sulle «*cause di esclusione del reato*» l'imputato va assolto.

125. Prima dell'intervento delle Sezioni unite, anzi, era sembrato prevalere un orientamento giurisprudenziale più aperto: in considerazione di ciò era parso inopportuno giungere all'abolizione della formula dubitativa, nel timore che venisse meno un importante argomento, utile anche per mantenere aperta la possibilità di una soluzione di compromesso (CONSO, *È da rivedere*, cit., p. 123 s.; BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, cit., p. 39 s.). Cfr., ad es., Cass., 19 novembre 1971, p.m. in c. Frau, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1973, p. 394; Id., 12 febbraio 1970, p.m. in c. Silvestri, *ivi*, p. 1136; e, risalendo ancora, Cass., 20 novembre 1967, Merante, in *Giust. pen.*, 1968, III, c. 455 s.

della distinzione tra elementi costitutivi e impeditivi — e quindi, inevitabilmente, la ripartizione dell'onere della prova — è possibile anche inferire che « prove sufficienti per condannare » sono solamente quelle relative alla sussistenza e alla commissione del fatto costituente reato (elementi costitutivi), mentre il dubbio sulle scriminanti (elementi impeditivi) non produce insufficienza di prove.

Si tornerebbe così — in una specie di circolo vizioso — a cercare la soluzione nella struttura della fattispecie sostanziale, con risultati sempre arbitrari quando manchi una preliminare chiarezza nell'individuazione della regola di giudizio. Tale non può essere considerata, come si è mostrato, l'assoluzione per insufficienza di prove.

Per questa ragione non si direbbe indiscutibilmente fondata sul diritto positivo neppure la tesi che riconosce le cause di giustificazione come fatti impeditivi cui è riservato un trattamento particolare, nel senso che mentre la loro mancata prova consente l'accertamento della fattispecie, il dubbio impone il proscoglimento¹²⁶. Non è spiegato, fra l'altro, il motivo per cui gli elementi impeditivi nell'accettazione dovrebbero essere trattati diversamente dagli elementi « genuinamente » impeditivi, per i quali il rischio dell'incertezza è posto interamente a carico dell'imputato¹²⁷. Si tratta comunque di un ragionamento che non differisce in maniera significativa, nonostante le opposte conclusioni, da quello adottato dalla giurisprudenza critica, e che non tiene conto della presunzione d'innocenza.

Si può invece legittimamente attribuire alla pubblica accusa¹²⁸ l'onere della prova delle scriminanti (sempre con l'avvertenza che l'uso di questa terminologia non deve far pensare ad una regola di giudizio fondata sulla ripartizione del rischio). Alla dimostrazione della sussistenza del fatto deve accompagnarsi quella della insussistenza di cause di giustificazione. Tanto il dubbio, quanto la mancata prova negativa di queste ultime conduce all'assoluzione.

12. segue: onere di allegazione a carico dell'imputato?

La preoccupazione maggiore per la quale viene respinta, con accenti diversi, questa lineare configurazione, è che in tal modo si finisce col rendere impossibile l'accertamento dei reati. Non si può imporre al pubblico ministero, si osserva, di provare sempre la mancanza di tutte le cause di giustificazione; né si può consentire all'imputato di trar profitto dalla totale assenza di prova — positiva e negativa — di un qualsiasi elemento a lui favore-

vole¹²⁹. Queste obiezioni sono piuttosto emotive che logiche; mentre, d'altro canto, muovono da una visione eccessivamente meccanicistica del metodo probatorio.

Bisogna innanzitutto sfuggire alla suggestione della prova negativa come « *probatio diabolica* ». Molto spesso, e segnatamente in tema di scriminanti, la prova negativa è in concreto più facile, o almeno non più difficile, di quella positiva. In ogni caso il problema si presenta in termini esattamente identici per gli elementi costitutivi negativi: per fare un esempio scolastico, in tutti i reati di omissione¹³⁰.

È una vera e propria iperbole, poi, l'affermazione che il pubblico ministero debba provare, per ogni singolo caso, l'inesistenza di tutte le possibili cause di giustificazione. Qui si fa confusione fra la tecnica dell'accertamento e la regola di giudizio, due aspetti indubbiamente connessi, ma ben distinti. La prova dei vari elementi della fattispecie si può raggiungere in molti modi diversi, diretti o indiretti, a seconda delle concrete esigenze del processo; ciò nondimeno, il rischio del mancato convincimento del giudice rimane a carico dell'accusa. L'accertamento, inoltre, avviene di solito in maniera globale, e non analiticamente per ciascun elemento, a meno che su di esso non cada precisamente il tema della decisione.

Il più delle volte, allora, la questione relativa alla sussistenza della scriminante non si pone nemmeno¹³¹; la prova negativa risulta implicitamente dalla ricostruzione del fatto, oppure si può ragionevolmente dedurre da altri dati: non ultima, la versione fornita dall'imputato medesimo.

Può accadere, invece, che si renda necessario un accertamento specifico, perché compare l'eventualità che una scriminante sussista. In tal caso, se la prova negativa non viene raggiunta, o permane il dubbio, si ha la « soccombenza », nel senso chiarito¹³² del pubblico ministero. L'indagine sulla scriminante si impone tutte le volte che la sua esistenza non può essere esclusa neanche in maniera indiretta. Normalmente la questione sarà sollevata dall'imputato, ma ciò non vuol dire che sia necessaria una formale eccezione in tal senso, poiché il problema può emergere, nel corso dell'ac-

129. Cfr. ad esempio MALINVERNÌ, *La riforma del processo penale*, cit., p. 176 s.; *Principi del processo penale*, cit., p. 480 s. Nello stesso senso, implicitamente, CORDEIRO, nelle *opere cit.*, alla nota 126; e CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema*, cit., p. 380.

130. L'argomento era già usato da SARACENO, *Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi*, cit., p. 199. Cfr. anche A. FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni*, cit., p. 201.

131. Su questo tema v. i rilievi di SRAUCUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., spec. p. 58 s. Cfr. anche AMODIO, voce *Motivazione*, cit., p. 222, che esclude il dovere di motivare sui punti che esulano dall'oggetto dell'imputazione; ma non pare sia corretto parlare, se non in termini assolutamente generici, di « onere materiale » di prospettare la scriminante, facendo inserire la domanda nel processo verbale, affinché si possa invocare in sede d'imputazione l'eventuale difetto di motivazione. La documentazione degli atti non ha a che vedere con la regola di giudizio; del resto, qualunque evento del processo, che non risulti dal verbale, diventa formalmente irrilevante nelle fasi successive. Allo stesso modo, allora, si potrebbe affermare che il giudice ha un « onere materiale » di dare atto a verbale che l'imputato è stato interrogato, se vuole evitare una nullità rilevabile nel grado successivo.

132. *Retro*, § 6.

126. La tesi è sostenuta da CORDEIRO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 149 s.; *Il procedimento probatorio*, cit., p. 38-48 e note 91 s.; *Procedura penale*, cit., p. 701 s.

127. *Il giudizio d'onore*, cit., p. 157; *Il procedimento probatorio*, cit., nota 91; *Procedura penale*, cit., p. 704.

128. Così concludevano già BERTIOL, *Sulle presunzioni*, cit., p. 355; *La regola « in dubio pro reo »*, cit., p. 315, e GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, cit., p. 192-93. Non sembra però che ne trassero la conseguenza dell'assoluzione dell'imputato nel caso di mancanza totale di prova: a conferma cfr. GUARNERI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1953, II, c. 323 s.

certamento, indipendentemente dall'attività della parte.

Indubbiamente, l'attività dell'imputato sarà insostituibile quando, in pratica, egli solo è a conoscenza della circostanza a lui favorevole, mentre gli elementi di prova introdotti dall'accusa porterebbero ad escluderla. Giustamente è stato osservato che, delle parti del processo penale, l'imputato è protagonista del diritto processuale e sostanziale insieme, laddove il pubblico ministero è protagonista del solo diritto processuale, quindi non sa come si sono svolti i fatti che deve provare¹³³.

Queste considerazioni hanno suggerito di individuare, a carico dell'imputato, un onere dell'allegazione, il quale sarebbe adempiuto con la posizione del tema di prova relativo ad una specifica esimente — con l'effetto pratico di circoscrivere la tesi difensiva — quando l'indagine d'ufficio non fosse sufficiente per prospettare la possibile esistenza¹³⁴. Il rischio della mancata prova, dunque, si trasformerebbe in rischio per la mancata allegazione del fatto da provare, in assenza della quale il giudice sarebbe esentato dall'obbligo di motivare autonomamente sulla insussistenza dell'esimente¹³⁵. Il proscioglimento dubitativo, sarebbe invece l'unica soluzione adeguata in ogni caso di incompiutezza dell'accertamento sulla causa di giustificazione allegata dall'imputato¹³⁶.

La tesi parte da una visione sostanzialmente esatta del fenomeno, ma la cristallizzazione che ne opera in principi formali non va esente da perplessità. A dire il vero, la sua reale portata è stata spesso oggetto di fraintendimenti più o meno involontari, specie ad opera della giurisprudenza¹³⁷ che ha preteso di trovare in essa una convalida alla tendenza di addossare concretamente all'imputato il rischio della mancata prova. Ma il fatto stesso che si presenti una simile possibilità di confusione indica quale sia il margine limite all'utilizzabilità della teoria in discorso.

In effetti risulta molto difficile tracciare una chiara distinzione, nella specifica materia, fra allegazione e prova. Se l'onere dell'allegazione è assolto dall'imputato mediante una dichiarazione di conoscenza, non bisogna dimenticare che dichiarazioni del genere — di regola raccolte con l'interrogatorio — sono anche un mezzo di prova, valutabile dal giudice nella ricostruzione del fatto¹³⁸. Ne consegue che, pur limitando formalmente l'onere a carico dell'imputato alla semplice indicazione del tema di prova, ciò che gli si richiede è una vera e propria attività probatoria, vanificando fra l'altro il suo diritto al silenzio. Le cose si complicano ulteriormente, come è facile immaginare, quando si giunge, coerentemente con le premesse, a pretendere dall'imputato l'indicazione e l'eventuale produzione dei mezzi di prova necessari, che non siano nella disponibilità del giudice¹³⁹: a questo punto la situa-

zione corrisponde, né più né meno — nei termini a suo tempo precisati¹⁴⁰ — alla figura dell'onere della prova, sia pure, se si vuole, imperfetto o incompleto, a cagione dei coesistenti poteri di indagine d'ufficio.

A stretto rigore, allora, il riferimento all'onere di allegazione non è di alcuna utilità: salvo, al più, come mezzo per descrivere le conseguenze di un fatto che derivano dall'inerzia dell'imputato nell'apportare al processo elementi diversamente inconoscibili¹⁴¹. Quello che conta è l'impossibilità di dedurre alcunché, al momento della decisione, dalla mancata allegazione difensiva. Il giudice potrà condannare se l'accusa avrà introdotto prove sufficienti della fattispecie di reato, inclusa la prova negativa, diretta o indiretta, delle scriminanti; ma non potrà correlare all'inadempimento di un onere da parte dell'imputato la sentenza a lui sfavorevole.

Un problema diverso è quello riguardante la formula di proscioglimento da adottare nel caso che la prova relativa alla scriminante fallisca. Una soluzione possibile è che l'imputato debba sempre essere assolto per insufficienza di prove, stante l'attuale dizione dell'art. 479 comma 2°, che fa riferimento alla mancanza totale di prove solo per quanto riguarda la sussistenza del fatto e la sua commissione da parte dell'imputato, non anche per presupposto di applicazione della formula « il fatto non costituì reato » (tipicamente riferita all'intervento di una causa di giustificazione). Ma sembra più ragionevole interpretare tale disposizione in maniera estensiva¹⁴²: in tal caso, la mancanza totale della prova negativa dell'esimente dovrebbe condurre al proscioglimento pieno.

Risulta comunque da quanto si è osservato in ordine all'accertamento delle cause di giustificazione che quest'ultima ipotesi sarà in realtà piuttosto infrequente, essendo difficile che la prova negativa manchi del tutto, specie in concomitanza con la dimostrazione della commissione del fatto. Più spesso si contrapportano dati probatori positivi e negativi, nel qual caso si impone, se manca una netta prevalenza degli uni sugli altri, l'assoluzione per insufficienza di prove.

Ma anche fermandosi ai casi limite — che servono, se non altro, a saggiare la validità della soluzione — non c'è da allarmarsi se, nell'eventualità che sia impossibile provare in qualsiasi modo la scriminante, ha luogo il proscioglimento pieno. La posizione privilegiata dell'imputato è sancita dalla Costituzione, e non è giusto ritenere che l'impossibilità dell'accertamento debba essere posta a carico di chi è presunto innocente. Non sembra fondata l'obiezione che in questo modo si sarebbe costretti all'assurdo di assolvere con formula piena quando manchi la benché minima prova della scriminante,

140. *Retto*, §§ 13.

141. M. MASSA, *Osservazioni sul ragionamento della Cassazione in tema di esimenti*, in *Foro pen.*, 1963, p. 628; MARCHIONNA, *Studio sull'onere della prova*, cit., p. 231. Sotto questo aspetto l'onere di allegazione non è che l'interesse alla prova dell'imputato e quindi, in sostanza, l'interesse a difendersi.

Sembra invece inconfutabile il richiamo all'art. 59 c.p., secondo il quale le cause di giustificazione operano anche se non conosciute dall'imputato (M. MASSA, *Il dubbio*, cit., p. 119, nota 26 a). Cfr. sul punto SIRACUSANO, *Oscillazioni*, cit., p. 1333, nota 6.

142. LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 47, secondo il quale l'indicazione non è tassativa. Ciò non contraddice, naturalmente, la tassatività delle formule di proscioglimento (*retto*, nota 87).

133. Cfr. SIRACUSANO, *La decisione*, cit., p. 215 s.; SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 170.

134. E questa la tesi di SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, spec. p. 182 s., 199 s.; *Indicazioni giurisprudenziali in tema di proscioglimento per insufficienza di prove sulle esimenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1331 s.

135. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 237.

136. *Op. ult. cit.*, p. 207 s.

137. V., se non altro, l'utilizzazione che ne fa la già citata sent. 26 febbraio 1972 delle Sezioni unite della Cassazione.

138. Sull'interrogatorio dell'imputato come mezzo di prova v. *oltre*, cap. V, § 11.

139. Così SIRACUSANO, *Oscillazioni*, cit., p. 1333.

e con formula dubitativa quando sia presente almeno un principio di prova positiva¹⁴³. Si tratta indubbiamente di un argomento suggestivo, ma basato su presupposti logici inversi rispetto alla regola di giudizio qui accolta. Il quesito che ci si deve porre, infatti, non è in quale misura si sia raggiunta la prova positiva della scriminante, ma se la prova negativa sia o no sufficiente. Quando quest'*ultima* manchi del tutto l'imputato viene prosciolto, indipendentemente dal fatto che ci sia o non ci sia una qualche prova positiva. Quando una prova negativa esiste, ma non riesce a prevalere su quella positiva (si consideri che al riguardo dovranno essere valutate, se non altro, le eventuali dichiarazioni dell'imputato), allora è il caso del proscioglimento dubitativo. Se poi si giunge a provare pienamente la sussistenza della causa di giustificazione, il problema, come naturale, è subito risolto: non diversamente dal caso che sia accertata l'insussistenza del fatto o la non commissione da parte dell'imputato¹⁴⁴.

13. La prova degli elementi costitutivi del reato. I reati di sospetto.

L'analisi condotta con riferimento alle cause di giustificazione è quasi un passaggio obbligato nella ricostruzione del momento funzionale della regola

143. CONDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 147 s.; *Il procedimento probatorio*, cit., p. 48, nota 110; *Procedura penale*, cit., p. 704.

144. Non si direbbe che il ragionamento possa essere messo in crisi dagli esempi addotti da CONDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 147, nota 207. L'imputato, scrive CONDERO, potrebbe allegare una remissione extraprocessuale tacita della querela, quando il querelante sia successivamente decesso, e ciò gli basterebbe per essere sicuramente prosciolto con formula piena. Ma, a parte il fatto che anche in questa ipotesi — piuttosto accidentata — non sarebbe senz'altro impossibile una prova negativa da parte dell'accusa (se non altro in via presuntiva), non si vede perché dovrebbe essere l'imputato a subire il rischio della mancata prova della causa estintiva — magari realmente esistente — se l'unica maniera per poterla provare sia appunto la propria dichiarazione. A conclusioni analoghe a quelle di CONDERO giunge LOZZI, « *Favor rei* », cit., p. 47, « mentre l'incertezza su una causa estintiva si risolve a vantaggio dell'imputato, imponendo una sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove, la mancanza totale di prove di detta causa non può non risolversi a vantaggio dell'imputato stesso ». Anche CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema*, cit., p. 380 s., tende ad assimilare la « totale non scienza » circa gli elementi *lato sensu* « negativi » alla « certezza » della loro insistenza: ma la sua posizione è più articolata, e fa riferimento ad « una regola d'esperienza, che, salvo l'emergere di dati significativi, porta il giudice ad estimarsi da specifici accertamenti ».

L'art. 502 del progetto preliminare del nuovo c.p.p. risolve esplicitamente la questione, imponendo il proscioglimento (non esiste più, si riterà, la formula dubitativa) quando vi è dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione; oltretutto, naturalmente, quando l'esistenza ne sia positivamente accertata (cfr. la *Relazione*, cit., p. 427). La norma — che metterà fine al discorso indizio giurisprudenziale sopra riferito — è chiaramente nel senso che la mancanza totale di prova della causa di giustificazione consente la condanna. E questo un ulteriore indizio dell'applicabilità, nel nuovo processo, di una ripartizione del rischio tra accusa e difesa, sulla base della distinzione tra fatti costitutivi, impeditivi ed estintivi: sempre con l'esistenza, però, di una regola di giudizio per la quale il dubbio va comunque a vantaggio dell'imputato (cfr. *retro*, SS 7-8).

di giudizio. Le conclusioni sono riferibili, non c'è bisogno di sottolinearlo, alla prova di tutti gli elementi convenzionalmente definiti come impeditivi o estintivi: ad esempio, le cause di estinzione del reato¹⁴⁵.

L'impostazione fin qui sostenuta — verificata, com'è doveroso, sugli aspetti più problematici — è valida a maggior ragione per quanto concerne, più in generale, la prova di ogni altro elemento della fattispecie, che spetta sempre all'accusa: almeno fino al punto in cui l'imputato non avrà interesse ad attivarsi per evitare che si raggiunga una prova sufficiente a suo carico. Questa eventualità non deve tuttavia far pensare, come s'è già osservato, a forme di attribuzione dell'onere della prova; anche se, di fatto, l'imputato che non si difende rischia di essere condannato: ma non perché l'inattività comporti alcuna semplificazione nell'accertamento della fattispecie¹⁴⁶.

È il caso di precisare, a questo punto, che la regola di giudizio individuata nella presunzione d'innocenza interviene — per la sua stessa struttura — esclusivamente nelle decisioni concernenti la sussistenza del dovere di punire. Vale a dire, tutte le volte che è in questione la riferibilità all'imputato di un fatto costituente reato e l'applicabilità della sanzione¹⁴⁷. Non im-

145. In tema di estinzione del reato, la giurisprudenza applica il principio in *dubio pro reo*: cfr., da ultimo, Cass., 12 dicembre 1977, Vedana ed a., in *Giur. it.*, 1978, II, c. 339.

146. Il discorso si applica, in particolare, alla prova dell'elemento psicologico. V. in proposito, la chiara analisi di BARCOLOA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, spec. p. 4 s., 36 s., 74 s., il quale sostiene che la coscienza e volontà dell'azione deve essere provata dall'accusa, respingendo la possibilità di configurare presunzioni legali o inversioni dell'onere della prova. Ciò non esclude, naturalmente, che la prova integrale del dolo sia il più delle volte raggiunta in via induttiva, e il pubblico ministero possa limitarsi ad introdurre i dati dai quali sia legittimo argomentarne la sussistenza. La particolare formulazione di alcune fattispecie legali potrà tuttal più rendere più facile l'infertilità, ma non perché spetti all'imputato provare il contrario (p. 45, nota 72). In argomento cfr. anche M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 801 s.; ma vedi già MITTENMAYER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. It., Milano, 1858, p. 178 s. Per un caso particolare cfr. SIRACUSANO, *Appunti sulla prova dell'error actus*, in *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 640 s., con ulteriore bibliografia.

Le stesse considerazioni sono valide, nonostante la diffusa opinione contraria, per la prova del dolo o della colpa nelle contravvenzioni. Esigenze pratiche, si oppone, sarebbero di ostacolo ad una rigorosa applicazione dei principi generali in materia, specie in ragione di « una prassi di specificità nelle motivazioni » (CONTI, voce *Contravvenzione*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 232). In favore di una vera e propria presunzione relativa di colpa, che determinerebbe l'inversione dell'onere della prova, ANTONIUSI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6a ed., a cura di CONTI, Milano, 1969, p. 315; nello stesso senso cfr. anche COCCARDI, *Elemento soggettivo nelle contravvenzioni e presunzione relativa di colpa*, in *Giur. it.*, 1954, II, c. 363. Questa interpretazione, già assai discutibile in relazione alla normativa ordinaria, diventa decisamente inaccettabile nel confronto della presunzione costituzionale d'innocenza (cfr. CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema*, cit., p. 364).

147. *Conti*, CHIAVARO, *op. cit.*, p. 378, che limita la portata della presunzione agli elementi sui quali si impernia un giudizio sostanziale di innocenza, anche alla luce del significato che ciò assume secondo la coscienza sociale. Rientrano fra questi elementi il fatto, l'elemento psicologico, le cause di giustificazione. Le condizioni obiettive di punibilità; non vi rientrano le cause estintive del reato, l'imputabilità e la pericolosità, oltre alle condizioni di procedibilità. Come ogni altra classificazione, anche questa è discutibile, perché fa riferimento ad un concetto sociologico di innocenza, inevitabilmente elastico e indeterminato: allora è forse preferibile portare il medesimo concetto alla massima estensione, fino a ricomprendervi, come abbiamo proposto nel testo, tutte le