

I LABIRINTI DELLA DECISIONE

I. AMNISTIA E POTERE DI PUNIRE - 2. AMNISTIA E REGOLARITÀ DEL PROCESSO - 3. DECISIONE *IN JURE* - 4. VALORE DELLA DECISIONE - 5. OGGETTO DELLA DECISIONE - 6. FORMULA DELLA DECISIONE - 7. L'ESTINZIONE DEL REATO E IL PROCESSO - 8. IL REATO ESTINTO NELL'ISTRUZIONE - 9. IL REATO ESTINTO NEL PREDIBATTIMENTO - 10. LA DECISIONE NEL DIBATTIMENTO - 11. L'ESTINZIONE DEL REATO IN APPELLO - 12. ASSOLUZIONE *ULTRA PETITA* IN APPELLO - 13. REATO ESTINTO E COMPETENZA - 14. IL REATO ESTINTO IN CASSAZIONE - 15. IL REATO ESTINTO E LE PROVE SUCCESSIVE - 16. *NOMEN JURIS* E PROCEDIBILITÀ - 17. DIVIETO DI PROCEDERE E NULLITÀ - 18. DIVIETO PROBATORIO?

V - LA DECISIONE SUL REATO ESTINTO

I. AMNISTIA E POTERE DI PUNIRE.

L'art. 592 esordisce con un'iperbole: «L'amnistia toglie al giudice il potere di esaminare e decidere ogni altra questione relativa all'azione penale». È fuori dubbio che il giudice debba decidere in base a una regola, la quale impone di dichiarare l'estinzione del reato, ma altra cosa è il potere di giudicare, che si esercita con pari titolo d'efficacia nella sentenza giusta e in quella ingiusta. L'equivoco nasce da un'insufficienza del nostro lessico, nel quale una sola parola denomina situazioni eterogenee quali l'opposto del dovere e il potere (a differenza di quanto accade in altre lingue: *dürfen - können, may - can*): così la proposizione «il giudice non può esaminare e decidere» nel linguaggio dell'art. 592 sta per «il giudice deve astenersi dall'esaminare e dal decidere». Del resto, la sovrapposizione dei due concetti non trae in inganno, giacché a nessuno verrebbe in mente d'affermare che la condanna inflitta per un reato amnistiato sia una parvenza illusoria di atto giurisdizionale. Si sa che l'immutabilità della decisione non è esclusa dall'errore in cui il giudice sia incorso, negando l'amnistia: anche qui la sentenza *facit de albo nigrum*. Un limite del giudicato affiora invece nell'art. 594, secondo il quale «la declaratoria del giudice che applica il decreto di amnistia o d'indulto è emessa con ordinanza, in camera di consiglio, tutte le volte che non si sia già provveduto con la sentenza». Dunque, il condannato può usufruire *in executivis* di un'amnistia anteriore alla condanna, a patto che la sentenza non abbia pronunciato al riguardo e non contenga statuizioni incompatibili con il beneficio: un caso singolare di accertamento che copre il dedotto ma non il deducibile.

Una seconda improprietà meno innocua è questa: nella dizione enfatica dell'art. 592 sembra sottinteso che, di fronte a un reato estinto, non sia nemmeno consentito vedere se l'azione è stata esercitata validamente. Tale la conclusione a cui pervengono recenti sentenze, secondo le quali l'amnistia prevale sulla mancanza di querela¹. La confutazione è contenuta nell'art. 152². Se le cose stessero a quel modo, il giudice di un processo instaurato invalidamente, di fronte a una causa d'estinzione del reato e alla prova acquisita dell'innocenza, dovrebbe pronunciare in merito e assolvere³: assunto insostenibile, giacché la deficienza di una condizione del procedere impedisce l'accertamento sia positivo che negativo del reato.

È in gioco la distinzione, in sé ovvia, tra i fatti la cui deficienza impedisce di procedere, e quelli dai quali sorge il dovere di condannare, per apprezzare la quale è sufficiente considerare come il mezzo dell'accertamento sia qualcosa di naturalmente diverso dalle situazioni accertate. È vero che «in penale (...) un diritto soggettivo da far valere mediante l'azione non si trova»; ma non persuade il corollario secondo cui «il cosiddetto diritto di punire non è che azione e, quando l'azione non c'è, vuol dire che non c'è reato»³. Contro simili formule, che affermano l'unità mistica fra processo e pena, conviene esercitare il talento della distinzione, la quale in questa materia riesce piuttosto semplice. Si pensi alla irriducibile differenza fra le valutazioni di regolarità degli atti e di giustizia della decisione. La trasgressione di una regola del procedere invalida *quod actum est*; ma che la sentenza sia «valida» non è premessa sufficiente per concludere che sia «giusto» il comando in essa contenuto: se si debba punire è un interrogativo la cui soluzione dipende dal confronto che

¹ Cass. 10 ottobre 1961, in *Cass. pen.*, 1962, 250, m. 423; nel senso invece che la questione sulla validità del processo (e cioè sulla ricorrenza delle eventuali condizioni del procedere) preceda quella sull'estinzione del reato, v. la più recente decisione a sezioni unite 9 maggio 1964, *ivi*, 1965, 80, m. 96.

² In ossequio alla proprietà transitiva: se in certi casi l'assoluzione prevale sul proscioglimento per estinzione del reato e quest'ultimo prevale sul proscioglimento per mancanza d'una condizione di procedibilità, in quei casi l'assoluzione prevale sul proscioglimento per mancanza di una condizione di procedibilità.

³ CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 209.

il giudice istituisce tra il fatto (della cui cognizione è investito) e la fattispecie prevista da una norma di diritto sostanziale. Vi sono casi nei quali il processo consegue il fine a cui è istituzionalmente ordinato, e altri nei quali la mancanza di certi presupposti frappone un ostacolo al giudizio; in entrambe le situazioni bisogna decidere ma, pur essendo identica la struttura della decisione, variano il contenuto e gli effetti. Insomma, supporre che la questione sull'estinzione del reato sia logicamente anteriore a quella sulla regolarità del processo significa entrare nel novero delle ipotesi che cadono al primo vaglio: si dovrebbe postulare che la mancanza di un presupposto di procedibilità non impedisca l'accertamento di un fatto giuridico sostanziale o che l'estinzione del reato dissimuli un fenomeno esclusivamente processuale o ancora che querela, istanza e simili configurino altrettante condizioni di punibilità. Poiché la prima congettura è contraddittoria e le altre due sono smentite dal diritto positivo, non rimane altra via fuor che un'interpretazione restrittiva dell'ambiguo testo: il proscioglimento per amnistia postula, al pari dell'assoluzione, un processo validamente instaurato.

Supponiamo che il giudice rilevi una nullità assoluta. Se la valutazione di regolarità del processo precede la decisione, in primo luogo occorre rinnovare gli atti viziati. Il principio ha profonde radici e tuttavia non è detto che sia esente da deroghe, sicché non nuoce cercare una conferma sperimentale. Ad esempio, si scopre in sede di cassazione che la sentenza di rinvio a giudizio è nulla, ma nasce il dubbio che, ad amnistia sopravvenuta, non vi sia ragione di disfare quanto si è fatto: perché trasmettere gli atti all'organo istruttorio, quando ricorrono le premesse per una soluzione più economica? Riaffiora il problema accennato poco fa: se l'amnistia condizionasse risolutivamente quel potere di procedere, del quale querela, istanza e richiesta rappresentano altrettante condizioni costitutive, verificatosi il fatto a efficacia risolutiva, diverrebbe impossibile la rinnovazione del processo o di una sua fase. Senonché il proscioglimento per estinzione del reato contiene l'accertamento negativo del dovere di punire, che appartiene al diritto sostanziale; e si sa che valutazioni del genere non trovano ingresso in un procedimento nullo. Non si può nemmeno invocare l'unica eccezione implicita nel sistema a proposito di quegli esemplari di nullità assoluta (appartenenti alla figura dell'art. 185 n. 3), che non impediscono l'assoluzione con formula

piena: una pronuncia del genere, infatti, è «valida» non meno che «giusta», a quanto si arguisce dalla inammissibilità per mancanza d'interesse di un eventuale gravame (proposto da una qualsivoglia delle parti), con cui fosse dedotta la nullità sfuggita al giudice *a quo*⁴; ma se l'imputato è prosciolto per estinzione del reato, l'interesse a impugnare è *in re ipsa*, non essendo tale la formula che non se ne possa immaginare una più favorevole.

A questo punto ci si chiede se fosse necessario dettare, a proposito dell'amnistia, una disposizione che non aggiunge nulla al risaputo principio (art. 152²) secondo cui il giudice è tenuto a dichiarare immediatamente l'estinzione della punibilità, sempre che non risulti l'innocenza dell'imputato: in parole semplici, non occorre essere certi che un reato esista per dichiararlo estinto. Ecco quanto resta dell'art. 592, sfrondato delle esuberanze verbali: un enunciato superfluo che agli interpreti meno attenti suggerisce illazioni inesatte. Inoltre, la formula della legge sembra avallare l'ipotesi, assolutamente inattendibile, che l'amnistia non soggiaccia al trattamento previsto per le altre cause d'estinzione del reato ma spieghi effetti più intensi quanto al dovere di pronunciare immediatamente.

3. DECISIONI *IN JURE*.

I fatti estintivi della punibilità spiegano nel processo un effetto singolare, in quanto provocano una contrazione dell'accertamento. La logica vorrebbe che non si dichiarasse l'estinzione di ciò che si ignora se sia mai esistito: come affermare che qualcosa è mutato, se non si conosce lo *status quo ante*? Ma la tecnica del processo dispone del mezzo per eludere la difficoltà: è sufficiente imporre al giudice di ragionare in ipotesi sull'imputazione; il risultato è una decisione *in jure* con cui si dichiara che, se anche il reato esistesse, il reo non potrebbe essere punito.

Il miglior avvio alla discussione è offerto da un caso nel quale emergano i profili più interessanti del problema⁵. Si voleva sapere se

⁴ *Supra*, II, § 26.

⁵ Cass., Sez. un., 24 novembre 1956, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 188.

l'estinzione del reato prevalga sul dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della norma incriminatrice: la Corte di cassazione ha risposto negativamente, sul presupposto che non si possa parlare di un reato estinto o meno «con riferimento a un'ipotesi criminosa prevista da una norma che fosse costituzionalmente illegittima». Conclusione ineccepibile, alla quale si è obiettato che il presupposto dell'estinzione sia, «al massimo, la possibilità che il reato esista, possibilità che solo l'evidenza della situazione contraria vale ad escludere»⁶. Indubbiamente, ai fini della pronuncia in questione, non è richiesto un giudizio storico sull'oggetto dell'accusa: è sufficiente che l'esistenza del fatto appartenga all'ordine dei possibili, sicché (sotto tale profilo) la questione relativa all'estinzione della punibilità è preliminare a quella sull'esistenza del reato. Ma c'è un altro aspetto che colpisce l'attenzione. Presupposta l'esistenza di un avvenimento, il giudice verifica l'assunto *in jure* e cioè pone a confronto l'ipotetico fatto e la fattispecie: in tanto egli può dichiarare estinta la punibilità, in quanto il tema della decisione corrisponda alla figura di un reato. Ora, è sufficiente a tal proposito un giudizio di mera possibilità? L'insostenibile risposta affermativa è stata formulata in questi termini: «se l'art. 152² vuole la declaratoria d'estinzione persino quando, in presenza d'una causa estintiva, vi siano dubbi che il fatto non sia preveduto dalla legge come reato, come si potrebbe eludere tale precedenza in un caso in cui la previsione del reato, apparendo al giudice costituzionalmente viziata, gli risulti per ciò stesso certa ed operante?».

È un discorso debole oltre che tortuoso. Dubitare che il fatto sia preveduto come reato vuol dire essere incerti sul significato della legge. Ma la questione di diritto non ammette mezze risposte o soluzioni tautologiche (sul tipo del proscioglimento dubitativo che, essendo previsto per il caso d'insufficienza di prove, vale solo nella sfera del giudizio di fatto). Un atteggiamento di dubbio è psicologicamente possibile, ma l'arte dell'interpretazione fornisce il modo di liberarsene; una perdurante irresolutezza sarebbe imputabile a chi giudica e non all'effettiva impossibilità di una scelta (ciò che invece avviene sul terreno della questione di fatto di fronte a prove insufficienti o

⁶ CONSO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 193, al quale appartiene anche l'altra frase citata *infra* nel testo.

contraddittorie). Il *dabo tibi jus* è una promessa solenne a cui il giudice verrebbe meno se, di fronte a una formula d'interpretazione difficile, ripiegasse su una protesta d'incertezza. Ovvio la conclusione: prima di dichiarare l'estinzione del reato, bisogna verificare la coincidenza tra l'assunto dell'accusa e la figura di una condotta criminosa. Il limite dell'«evidenza» della prova, che l'art. 152² con palese improprietà riferisce alle tre cause di proscioglimento ivi contemplate («il fatto non sussiste», «l'imputato non lo ha commesso», «il fatto non è preveduto dalla legge come reato»), concerne le prime due ma non la terza; e la ragione è molto semplice: per predicare il valore giuridico di un avvenimento (ricostruito secondo le indicazioni istruttorie ovvero presupposto ipoteticamente), il giudice non ha bisogno di alcuna prova.

Torniamo al caso giudiziario che ha fornito lo spunto a queste riflessioni. L'estinzione della punibilità non implica l'accertamento del reato; ma occorre sapere se il fatto che si postula corrisponda a quello descritto da una norma incriminatrice, perché altrimenti il responso sarebbe cieco anche per la parte in cui la certezza era a portata di mano: per ottenerla, sarebbe bastato che il giudice mettesse a frutto la sua esperienza di conoscitore delle leggi. Una simile valutazione, peraltro, diventa impossibile quando nasce il sospetto che la norma sia incostituzionale. Il giudice non può sciogliere il dubbio per conto proprio e nemmeno procedere oltre⁷: se l'asserito fatto integri un illecito penale, si potrà dire soltanto dopo che la Corte costituzionale abbia risolto la *quaestio de legitimitate*. In breve, la questione sull'astratta rilevanza penalistica dell'ipotesi proposta nell'accusa è preliminare a quella intorno all'estinzione del reato; e per venirne a capo, bisogna anzitutto essere certi che la norma incriminatrice non sia contraria alla Costituzione e quindi invalida: di qui la necessità di sospendere il processo in attesa che il dubbio sia tolto di mezzo da una decisione imperativa per il giudice *a quo*.

Si dirà che a questo modo finisce sacrificata l'esigenza che l'estinzione del reato sia dichiarata immediatamente, ma l'argomento contiene una petizione di principio: ciò che bisognerebbe dimostrare (e la cui dimostrazione non è possibile nel nostro diritto positivo) è che i fatti estintivi del reato non soltanto precludano l'acquisizione di

⁷ *Infra*, VI, §§ 9 e 10.

nuove prove ma addirittura impediscano quel giudizio in diritto, ai fini del quale è sufficiente la conoscenza degli *jura* da parte della *curia*. Immaginiamo un ordinamento (sul tipo di quello che da noi vigeva prima dell'avvento della Corte costituzionale), nel quale la questione di costituzionalità sia risolta *incidenter tantum* nel processo ordinario; è fuori discussione che qui il giudice debba non già dichiarare l'estinzione del reato ma assolvere, quando l'accusa riguarda un fatto incriminato da una legge costituzionalmente invalida. Non vi è alcuna ragione per supporre che la soluzione sia diversa nell'assetto vigente, nel quale l'accertamento di legittimità delle norme appartiene alla giurisdizione esclusiva di un organo speciale.

Si è ancora osservato che il differimento della decisione nuoce all'imputato sottoposto a custodia preventiva, al quale non si possa concedere la libertà provvisoria, ma anche questo è un argomento che si confuta in due parole con la semplice citazione di un articolo del codice: il rimedio, infatti, è fornito dall'art. 277-bis, nel quale è prevista la revoca dell'ordine o del mandato di cattura in ogni stato e grado del processo, solo che ricorra una causa d'estinzione della pena nei cui limiti il pubblico ministero o il giudice ritengano che possa essere contenuta la condanna. La regola vale a maggior ragione di fronte a un fatto estintivo del reato.

4. VALORE DELLA DECISIONE.

L'efficacia della pronuncia che dichiara l'estinzione del reato (sotto il profilo del *ne bis in idem*) non è inferiore a quella d'una condanna o di un'assoluzione; ma poiché il reato è stato soltanto presupposto e non accertato, non ricorrono le condizioni richieste dagli artt. 27 e 28: se il fatto sussista, se l'imputato lo abbia commesso, se quel fatto sia illecito, sono questioni alle quali non è stata data una risposta con effetto di giudicato. Non siamo di fronte a una sentenza *sub condicione*, perché il comando è incondizionato. Si dica piuttosto che, acquisito un dato accertamento in diritto, il legislatore reputa superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa: il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il dovere di punire, e per venire a capo della questione basta un giudizio ipotetico, quando l'asserito fatto è tale che la possibilità d'infliggere una pena dovrebbe comunque ritenersi esclusa.

A ben guardare, il congegno non è perfetto e anzi rivela una grave inadeguatezza, alla cui origine sta la non equivalenza tra la decisione che assolve e quella che dichiara estinto il reato. Già quest'ultima formula appare piuttosto imprecisa: è in gioco un fatto giuridico, la cui efficacia si risolve in una pluralità di conseguenze; e se alcune di esse (tra le quali, segnatamente, l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale; si pensi inoltre alle situazioni previste dall'art. 170 c.p.) sopravvivono al fatto estintivo, è chiaro che l'azione rimane penalmente illecita. Il non luogo a procedere perché è stata decretata l'amnistia non rientra, quindi, «nella dichiarazione dell'inesistenza del reato»⁸. Diverso l'oggetto dei rispettivi accertamenti, diversi gli effetti. La sentenza che proscioglie, sul presupposto dell'estinzione di un ipotetico reato, giova all'imputato colpevole ma nuoce all'innocente. Malgrado la soluzione di compromesso dell'art. 152², l'ordo decidendi finisce sconvolto. Si vuol dire che la questione sull'esistenza del reato è preliminare a quella se il reo sia punibile, ma in realtà bisogna distinguere secondo che il divieto di punire dipenda dalla mancanza di un requisito costitutivo o dall'intervento di un fatto estintivo, giacché la regola non trova eguale applicazione nei due casi. Il furto a danno di un prossimo congiunto sfugge alla sanzione, ma il giudice, prima d'usare questa formula, deve essersi convinto dell'esistenza e dell'illiceità del fatto. Il proscioglimento per estinzione del reato ubbidisce a un altro canone, in quanto per sentenziare in tali termini non occorre la certezza che sia stato commesso un illecito penale. La legge pone questa sola condizione negativa: che manchi la prova dell'innocenza.

5. OGGETTO DELLA DECISIONE.

La natura degli effetti d'una sentenza risulta da ciò che il giudice dichiara. Non ha grande importanza che sia stato seguito questo o quell'itinerario. Può darsi che sia stata verificata l'esistenza di tutti gli elementi nei quali risiede il *prius* della situazione giuridica accertata, o che, invece, la conclusione discenda da

⁸ Così invece CARNELUTTI, *loc. cit.*

un costrutto in cui figurano premesse ipotetiche. La differenza è sensibile, dal punto di vista della logica interna del processo, ma perde ogni rilievo quando si vuol identificare il *decisum*. Se si tiene presente questo concetto, il sèguito del discorso appare semplice: il proscioglimento per estinzione del reato è una decisione a contenuto sostanziale. L'assunto opposto non resiste a un'analisi elementare, sebbene sembri confermato dall'art. 152². Qui il legislatore denomina «pronuncia di merito» l'assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso o il fatto non è preveduto dalla legge come reato, contrapponendo tali formule alla sentenza che dichiara estinto il reato; ma la più o meno rigorosa nomenclatura legislativa *non est argumentum*, quando si classificano le sentenze dal punto di vista del contenuto e degli effetti. Si è già visto come dichiarare l'estinzione del reato equivalga a decidere la più appariscente fra le questioni per risolvere le quali si fa il processo: non si sa se un reato esista ma è certo che, se esistesse, il reo non sarebbe punibile. Altro è fermarsi alla constatazione che, essendo vietato l'uso degli strumenti processuali, è preclusa tanto la possibilità di punire quanto quella di dichiarare l'innocenza: giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. Una figura corrispondente al proscioglimento per estinzione del reato è, nel processo civile, la decisione con cui, senza verificare se il venditore abbia consegnato una cosa affetta da vizi redibitori, si dichiara la decadenza del compratore dalla garanzia, a causa della mancata osservanza del termine di denuncia: non si è mai inteso che un simile responso, costruito sull'ipotesi di una situazione in cui ricorra la garanzia, contenga un accertamento a contenuto puramente processuale. Tirate le somme, l'espressione «merito» assume nel testo dell'art. 152² un significato convenzionale e cioè designa il contenuto di una delle possibili pronunce sul tema sostanziale del processo. A questo riguardo i tedeschi contrappongono la *Hauptsache* alla *Sache*. Sebbene i vocaboli corrispondenti non figurino nel nostro lessico, la distinzione riesce facile e persino ovvia, in quanto sottolinea il diverso grado di complessità dell'itinerario secondo cui il giudice decide. Se l'accertamento positivo di un effetto giuridico presuppone l'esistenza del fatto costitutivo e quindi esige un duplice giudizio, storico e critico, la via che

conduce alla conclusione opposta è talvolta più spedita: quando la sentenza dichiara che l'asserito fatto è irrilevante per il diritto o che l'ipotetico effetto, se anche si fosse verificato, sarebbe stato travolto da una vicenda estintiva o risolutiva, manca un giudizio storico sull'oggetto dell'accusa e ciò semplifica gli schemi dialettici della decisione. L'importante è non lasciarsi ingannare dalle parole: tutto sta nel convenire che «merito» significhi il fatto addotto a fondamento della domanda ovvero la situazione giuridica sostanziale, il cui accertamento negativo non implica necessariamente che sia risolta la *quaestio facti*.

6. FORMULA DELLA DECISIONE,

Il proscioglimento per estinzione del reato incide dunque sul tema sostanziale del processo. Ma la formula della decisione? Che il reato sia estinto è la premessa o, se si vuole, la «causa» in base a cui si dichiara il non doversi procedere. Inoltre, nell'art. 479⁴ l'ipotesi è accostata a quelle nelle quali «l'azione penale non avrebbe potuto essere iniziata» o «non può essere proseguita», come se stessero di fronte fenomeni analoghi. Lasciamo queste considerazioni di nomenclatura a un certo genere di filologia interpretativa. A dimostrare la natura sostanziale del proscioglimento per estinzione del reato basta un argomento: le situazioni di improcedibilità sono incondizionate ovvero non ammettono altra via d'uscita fuorché una decisione a contenuto processuale che, come si diceva una volta, liberi l'imputato dall'osservanza del giudizio. Non è pensabile un «non doversi procedere» *secundum eventum litis*, in rapporto alla conclusione positiva o negativa a cui il giudice sia pervenuto in ordine all'oggetto dell'accusa: non sarebbe cioè una condizione di procedibilità quella la cui mancanza non impedisse di assolvere, quando l'accusa appare infondata. Ma l'art. 152² prescrive di assolvere con la formula appropriata, malgrado l'estinzione dell'asserito reato, quando «esistono prove le quali rendono evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso ...». Dunque, se l'estinzione del reato non impedisce un giudizio di merito, è contraddittorio affermare che i fatti estintivi

siano semplici cause di improcedibilità⁹. Quando mancano la querela o l'istanza o la richiesta o è stata negata l'autorizzazione, non ci si chiede se i risultati dell'indagine già esperita offrano la prova negativa della responsabilità, poiché bisogna comunque dichiarare il non luogo a procedere. Dove la legge impedisce di giudicare, l'assoluzione non è meno preclusa della condanna: per assolvere occorre verificare l'infondatezza dell'accusa e, quindi, scendere sul terreno di una valutazione il cui presupposto è che il procedimento sia stato legittimamente inscenato. Non che il fenomeno processuale sia assente. Diciamo che bisogna guardare a fondo e distinguere i profili sostanziali da quanto appartiene al processo: soltanto a questo modo si può trovare una definizione che soddisfi il gusto speculativo della ricerca e offra una risposta convincente a qualche problema pratico.

7. L'ESTINZIONE DEL REATO E IL PROCESSO.

Ifatti estintivi della punibilità spiegano un'efficacia processuale oltre che sostanziale. Si è visto come la vicenda estintiva del reato sia dichiarata in base a una premessa ipotetica e cioè senza un accertamento di quel dovere di punire che, se mai fosse sorto, sarebbe stato estinto da un evento successivo. Ora, vi è un solo mezzo per imporre un simile giudizio e consiste nel vietare che la ricerca sia approfondita oltre certi limiti. La cosa non è scevra di rischi e anzi importa un sacrificio, in più di un caso eccessivo, dell'esigenza di giustizia. La materia del processo consiste in una somma di conoscenze indefinitamente perfettibili, ma l'inadeguatezza degli strumenti e gli stessi bisogni pratici per i quali si giudica fissano un limite, segnato dalla ragionevole convinzione che non si possa progredire oltre sulla via dell'approssimazione alla verità. Ai fini del proscioglimento per estinzione del reato, occorre qualcosa di meno: è sufficiente che la conclusione non sia smentita dai risultati raggiunti nel

⁹ In altre parole, i fautori dell'assunto che il proscioglimento per estinzione del reato sia una decisione a contenuto processuale, se fossero coerenti, concluderebbero (sulle tracce di una giurisprudenza ormai superata: *supra*, nota 1) che l'amnistia prevalga sulla mancanza di querela.

momento in cui è emerso il fatto estintivo. L'immediatezza della pronuncia si paga perciò con un rischio d'ingiustizia: da un lato, può darsi che il fatto sia diverso da quello apparso nello specchio di un'istruzione probatoria incompleta ed esca dai limiti nei quali è consentito dichiarare l'estinzione della punibilità; dall'altro, se si esaurisse la raccolta delle prove, verrebbe forse fuori l'innocenza dell'imputato.

L'amnistia, soprattutto, rivela un difetto di fondo: si dice che il motivo ispiratore sia l'*indulgentia principis*, in situazioni che suggeriscono di moderare il rigore della repressione; ma al legislatore preme non tanto che la sanzione non sia inflitta quanto che il processo si chiuda, lasciando insoluta la questione sull'esistenza del reato. La formula retorica dell'art. 592 ribadisce il dovere di pronunciare *illico*, così da ridurre al minimo il dispendio di attività giudiziaria. Una soluzione ragionevole potrebbe consistere nell'accordare all'imputato la scelta tra il proscioglimento, a titolo di grazia, dall'ipotetico reato e un giudizio fondato sulla cognizione piena del caso controverso: chi ha patito un processo che non si sarebbe dovuto fare, merita almeno di vedersi riconosciuta l'innocenza. Senonché la nostra legge, quasi volesse imporre il primo corno del dilemma, commina un duro contrappasso: richiedere l'accertamento negativo della responsabilità significa rinunciare irrevocabilmente al beneficio e, quindi, accettare l'alea della punizione¹⁰. Come sottrarsi all'impressione che si punisca in ragione non tanto del fatto addebitato (che una norma speciale ritiene immeritevole di pena) quanto dell'incauto comportamento processuale della parte? La rinuncia all'amnistia si risolve perciò nell'esercizio di un potere sostanziale. Ecco uno dei casi (l'altro è *l'exceptio veritatis* o meglio l'istanza con cui il querelante «domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito»: art. 596 n. 3 c.p.) nei quali il giudice penale è vincolato dalla scelta, compiuta dalla parte, tra più figure normative alternativamente applicabili nel caso singolo. Si è sostenuto in dottrina che la rinuncia all'amnistia valga esclusivamente sul terreno processuale (in quanto toglie l'ostacolo a ulteriori indagini istruttorie), ferma restando la possibilità di prosciogliere per

¹⁰ L'osservazione vale, ovviamente, per i soli casi nei quali la possibilità di una rinuncia sia ammessa dal provvedimento che concede l'amnistia.

estinzione del reato qualora i risultati delle acquisizioni successive dimostrino fondata l'accusa. Assunto altamente apprezzabile sul piano equitativo ma poco convincente in linea d'interpretazione: basti pensare che il problema della revocabilità della rinuncia non si porrebbe nemmeno, se in ogni caso dovesse essere dichiarata, in ipotesi o in tesi, l'estinzione della punibilità, mentre il *clou* della questione è tutto qui: se la parte, dopo aver prescritto un canone decisorio, possa rinnegare la propria scelta. Secondo la nostra legge non sembra che si possa rispondere affermativamente¹¹.

8. IL REATO ESTINTO NELL'ISTRUZIONE.

Rilevato un fatto estintivo della punibilità, sorge il dovere di fermare l'indagine istruttoria sulle posizioni raggiunte: in ciò consiste l'effetto processuale del quale si è parlato. Si noti, peraltro, che vi è un momento nel quale il divieto sussiste soltanto a sfavore dell'imputato. Il giudice istruttore (o il pubblico ministero nell'istruzione sommaria) il quale, malgrado l'estinzione del reato, cerchi le prove dell'innocenza, trasgredisce l'art. 152² che impone di pronunciare senza indugi; ma quando vi è ragione di sospettare che il fatto sia più grave di quello enunciato nell'imputazione (e quindi non rientri nei limiti di efficacia della causa di estinzione della punibilità), la provvista di ulteriori prove diventa non tanto possibile quanto doverosa. A un primo sguardo i due casi sembrano analoghi e pertanto soggetti a una medesima *ratio decidendi*: l'estinzione del reato segna il limite oltre il quale è vietato cercare la prova dell'innocenza; perché allora ammettere un'indagine ulteriore allo scopo di raccogliere la materia di un'accusa più grave, che si sottragga alla causa d'estinzione della punibilità? Se basta una premessa ipotetica nel primo caso, non sembra ragionevole pretendere di più nel secondo.

Svolto in questi termini, il discorso non fa una grinza ma ha il difetto di essere formulato in astratto, senza tenere conto della funzione del procedimento istruttorio. «Proscioglimento» è parola

¹¹ Nel senso dell'irrevocabilità, Cass. 2 dicembre 1960, in *Cass. pen.*, 1961, 303, m. 678.

che evoca l'idea di un'accusa, rispetto alla quale è pronunciata l'*absolutio*; e l'accusa nel nostro sistema nasce dentro il processo attraverso la valutazione delle prove alla cui raccolta è inteso il procedimento istruttorio. Si possono distinguere un'imputazione provvisoria e una definitiva, alla quale conviene riservare il nome «accusa». La prima segna l'inizio della fase denominata «istruzione» e la seconda ne costituisce l'epilogo: una vale come una semplice ipotesi ed è passibile di mutamenti; l'altra, che è il prodotto di un'esperienza ottenuta dalle prove, circoscrive rigorosamente il tema della decisione (a parte le eccezioni previste dall'articolo 445). In breve, finché il tema dell'addebito non sia precisato definitivamente, la materia del giudizio è passibile di sviluppi indefiniti, mentre il proscioglimento suppone un'imputazione perfettamente definita. Perciò, quando l'ipotesi enunciata *in limine* rientra in una causa di estinzione del reato, la cui applicabilità non vi è ragione di sospettare che possa essere esclusa dai risultati di un'ulteriore istruzione, vi sono tutte le premesse per dichiarare il non luogo a procedere; ma se un sospetto del genere si insinua nella mente del giudice o del pubblico ministero, come esimersi dall'istruire oltre? Anzitutto bisogna formare l'imputazione e poi si affronterà la questione, logicamente successiva, se l'asserito reato sia estinto¹².

9. IL REATO ESTINTO NEL PREDIBATTIMENTO.

L'analisi dell'art. 421 svela un nodo di questioni esegetiche, nel dipanare le quali conviene avere presente il principio regolatore della materia: la legge vieta al giudice di procurarsi altre prove ma non di valutare quelle che ha sottomano e tanto meno di apprezzare i profili giuridici dell'accusa. Ad esempio, risulta che la figura giuridica del fatto contestato è più grave di quella ritenuta nella sentenza del giudice istruttore o nella richiesta del pubblico ministero e non rientra nella sfera della causa di estinzione del reato: pronunciare in base a una premessa falsa o procedere al dibattimento? Sembra ovvio che il giudice debba scegliere il secondo termine. Ma, si

¹² Cass. 11 gennaio 1961, in *Cass. pen.*, 1961, 925, m. 1912.

è osservato, in questa fase non è consentito modificare l'accusa, come se la cosa non fosse visibilmente irrilevante. Infatti, non si sostiene che il giudice possa modificare l'accusa, bensì che egli debba astenersi dall'emettere una decisione di proscioglimento fondata su premesse giuridiche scientemente false: non riformulare l'accusa ma semplicemente procedere al dibattimento, giacché una sentenza che dichiarasse l'estinzione del reato in base al *nomen juris* errato sarebbe ingiusta, e il giudice non deve pronunciare ingiustamente. La soggezione alla legge (ossia il dovere di giudicare il fatto alla stregua delle norme di diritto sostanziale) sussiste nel predibattimento non meno che nelle altre fasi del processo, eccettuato il procedimento di rinvio nel quale, *dum vera sint exposita*, vale l'imperativo della Cassazione.

A favore di questa soluzione sta un principio fondamentale del nostro ordinamento¹³. L'opinione contraria, in quanto assume che il giudice debba mutuare ciecamente l'ipotesi giuridica dall'atto conclusivo dell'istruzione (ai fini del proscioglimento secondo l'art. 421), presuppone una deroga di cui la legge non contiene traccia. Si suppone che l'affermazione di una parte (perché tale è l'accusa formulata nella richiesta di citazione) spieghi rispetto al giudice l'efficacia imperativa di un accertamento, sovrapponendosi addirittura al comando della legge¹⁴, e questo non è un assunto molto ortodosso: il valore del fatto si deduce pur sempre dalle norme, nelle quali risiede il criterio della decisione¹⁵. Si noti, infine, che l'ammissibilità di un mutamento della contestazione, in quanto concerne il *nomen juris*, a ben guardare è un falso problema, poiché un'iniziativa del genere, se nella fase degli atti preliminari non è consentita, nel dibattimento

¹³ Art. 477¹: «Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella sentenza di rinvio a giudizio, nella richiesta o nel decreto di citazione...».

¹⁴ Si è formulata questa sorprendente affermazione: «qualora l'imputato sia stato erroneamente rinviato a giudizio dal giudice istruttore per un reato per il quale doveva applicarsi l'amnistia, il giudice del dibattimento deve pronunciare declaratoria di non luogo a procedere per amnistia e non può, dopo aver proceduto al giudizio, dare al fatto una diversa qualificazione tale da escludere il beneficio» (Cass. 27 giugno 1951, in *Giust. pen.*, 1952, III, 37; Id. 7 novembre 1952, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 851).

¹⁵ Cass. 18 giugno 1963, in *Cass. pen.*, 1964, 243, m. 374.

appare superflua (art. 477¹). La medesima conclusione vale nel caso inverso. Di fronte a un fatto che non corrisponde ad alcuna figura criminosa, il divieto di dichiarare estinto il reato è facilmente deducibile dal nostro codice: l'art. 421, infatti, lascia impregiudicata la possibilità di un'applicazione dell'art. 152² («salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'art. 152 ...»); e anche qui il rimedio non consiste nel pronunciare un'assoluzione, che in tale stadio non è consentita, ma nel procedere al dibattimento affinché l'imputato possa essere assolto con la formula appropriata. Così si risolve anche il caso in cui dal materiale probatorio risultino le condizioni per assolvere *in facto*. L'art. 421 non consente di pronunciare in tal senso, ma si è già visto come, nel prescrivere il proscioglimento anticipato, eccettui espressamente le ipotesi dell'art. 152²: la soluzione corretta consiste ancora una volta nel celebrare il dibattimento.

In dottrina si è discusso, ma in termini non troppo nitidi, sul punto se sia consentito celebrare il dibattimento (anziché prosciogliere seduta stante), al fine di contestare una circostanza aggravante che renda inapplicabile la causa di estinzione della punibilità. Enunciato a questo modo, l'interrogativo è ambiguo e quindi plurisolubile, mentre un criterio sicuro è offerto dal principio ripetutamente enunciato: intervenuta una causa di estinzione del reato, è vietato acquisire nuove prove; di qui la risposta, affermativa o negativa, secondo che la circostanza risulti o meno dal materiale istruttorio già appartenente al processo. Nel primo caso il giudice procede al dibattimento, perché un eventuale proscioglimento anticipato si risolverebbe in una sentenza ingiusta, alla luce di quanto emerge dai dati istruttori; nel secondo proscioglie senza indugi, non essendo consentite ulteriori indagini istruttorie, indipendentemente dal fine a cui sono rivolte: è indifferente, cioè, che si cerchi la prova dell'innocenza o di un fatto che, modificando il tema dell'accusa, renda inapplicabile la causa d'estinzione del reato.

È un'idea legata al concetto superstizioso e negromantico del processo penale che l'imputato debba essere prosciolto per amnistia o condannato, secondo che la relativa questione sorga negli atti preliminari al dibattimento o in quest'ultimo. La verità, come spesso accade, è più semplice e ragionevole: non si può prosciogliere quando una simile pronuncia appare ingiusta in base alle norme e

alle prove che si hanno sott'occhio. L'equivoco probabilmente è nato dal supporre che il *visus* del giudice nel predibattimento sia limitato a quanto enunciano gli atti conclusivi dell'istruzione. Senonché il giudizio di fatto non è terreno precluso in questo momento del processo; si dica piuttosto che alla libertà di giudicare non corrisponde il potere di accrescere il tema dell'accusa e di decidere. Bisogna cioè intendersi: non sono ammesse decisioni di assoluzione o di condanna, ma ciò non esclude che, al fine di prosciogliere immediatamente ovvero di procedere al dibattimento, occorra talvolta una valutazione di merito. La conferma è fornita dallo stesso art. 421, che prescrive di omettere il proscioglimento per estinzione del reato, quando emerge uno dei casi previsti dall'art. 152²: e non si può negare che sia un giudizio di merito quello inteso a stabilire se il fatto sussiste o se l'imputato lo ha commesso.

Altro problema è se nel corso degli atti preliminari al dibattimento sia ammissibile una degradazione dell'accusa. La conclusione negativa sembra la più logica: l'imputazione non vincola il giudice a pronunciare in conformità a quanto vi si afferma, ma pone un limite insuperabile all'eventuale proscioglimento anticipato. Il giudice che dissenta dall'ipotesi formulata nell'accusa (e quindi ritenga applicabile una causa d'estinzione del reato incompatibile con la figura criminosa contestata e viceversa) non dispone di altra via fuorché il dibattimento: prosciogliere in questo momento prodromico, sul presupposto di un fatto o di un *nomen juris* diversi da quelli contestati, significa incorrere in una sorta d'eccesso di potere. La ragione giuridica del divieto è stata individuata poco fa: la valutazione di merito non è proscritta dagli atti preliminari al dibattimento, ma alla libertà di valutare non corrisponde il potere di disporre dell'accusa e di decidere.

Si consideri infine quest'interessante caso¹⁶: il giudice istruttore ha emesso una sentenza di rinvio a giudizio, nella quale, fra l'altro, si nega l'efficacia preclusiva di un precedente giudicato; ma il giudice del dibattimento, nella fase degli atti preliminari, reputa che il processo sia stato instaurato contro il divieto del *bis in idem* e dichiara il non doversi procedere; la Corte di cassazione

¹⁶ Cass. 28 aprile 1961, in *Giur. it.*, 1962, II, 97.

dà per pacifico che «dopo la sentenza del giudice istruttore sul punto preciso in questione» (sul punto, cioè, se il fatto per il quale è disposto il rinvio a giudizio sia o meno coperto da un precedente giudicato) non sia più consentito prosciogliere secondo l'art. 421. Affermazione eccessiva: in linea di opportunità la soluzione del dibattimento merita la preferenza, ma non si riesce a trovare una ragione giuridica per imporla incondizionatamente. Con il rinvio a giudizio l'organo istruttorio ha assolto il proprio compito. Ciò che conta, poi, è il tema dell'accusa e se il giudice del dibattimento ritiene, dissentendo dagli argomenti della sentenza istruttoria, che il fatto (qual è stato contestato) rientri nei limiti di efficacia preclusiva di un precedente giudicato, non si vede perché non debba essere dichiarato il non luogo a procedere secondo gli artt. 90 e 421. L'impossibilità di mutare, ai fini del proscioglimento, il fatto o il *nomen juris* enunciati nella contestazione dell'accusa, non implica un analogo vincolo quanto ai motivi di diritto adottati dal giudice istruttore.

10. LA DECISIONE NEL DIBATTIMENTO.

Le cause di estinzione del reato rilevate nel dibattimento compongono una casistica di cui si viene facilmente a capo, purché si rammenti la premessa ormai nota: l'effetto processuale al quale allude la formula del «non doversi procedere», non consiste in una limitazione dei poteri del giudice in ordine ai giudizi storici e giuridici dai quali discende la decisione, ma nel semplice divieto di ulteriori attività probatorie. La legge chiude il varco a nuovi apporti ma, nel possibile scarto che a questo modo si apre tra il risultato del processo e la situazione giuridica sostanziale, non si spinge al punto d'imporre una decisione contraddetta dalle prove ormai raccolte.

Ora riesce facile sgombrare il campo da alcuni equivoci favoriti dalla ridondanza dell'art. 152². La perifrasi «quando già esistono prove le quali rendono evidente ...» ha indotto a supporre che l'assoluzione implichi una convinzione d'innocenza conseguita a un primo sguardo e che invece si debba accordare la preferenza a un sommario verdetto di estinzione del reato, quando il caso richiede un maggiore

impegno di analisi critica¹⁷. In realtà, nella sfera del convincimento cosiddetto libero non esistono prove che risparmino la fatica di ragionare; nè si può distinguere secondo che il ragionamento consista in una più o meno lunga catena deduttiva. Il legislatore non vieta di giudicare ma di muovere alla ricerca di altri strumenti di giudizio oltre quelli dei quali il processo dispone già; e l'alternativa «non luogo a procedere-assoluzione» si risolve in base al risultato della valutazione delle prove, quale che sia stato il suo grado di complessità¹⁸. Si capisce del resto come il fenomeno sia psicologico più che giuridico, senza contare che, data l'incommensurabilità degli individui, non si saprebbe neppure dove trovare una misura media di «evidenza»: vi è chi esegue in un attimo deduzioni assai difficili e chi trascina il più elementare passaggio deduttivo come una fatica di Sisifo. Altrettanto inattendibile è la supposizione che l'art. 152², parlando di «evidenza», alluda a una sorta di certezza privilegiata; se due prove sono tali che ciascuna è idonea a convincere il giudice, entrambe rappresentano un *optimum* ed è impossibile soppesare il rispettivo grado di efficacia persuasiva.

Altro discorso è se, agli effetti della scelta tra proscioglimento per estinzione del reato e assoluzione, viga la regola, stabilita dall'art. 479² dell'equivalenza tra prova negativa della responsabilità e assoluta mancanza della prova positiva. Qui conviene esercitare l'attenzione perché una risposta categorica, in un senso o nell'altro¹⁹, tradirebbe lo spirito della legge. L'art. 152², quando pone la condizione che sia stata acquisita la prova dell'innocenza, non lascia dubbi: non è sufficiente che manchi soltanto la prova della responsabilità. Soluzione ragionevole: il proscioglimento immediato con formula di merito si giustifica quando è ormai certa l'innocenza; la mancanza di prove a carico, invece, non rappresenta in sé un risultato definitivo: quello che non si è ottenuto sino all'istante in cui è entrato in gioco il

¹⁷ Di evidenza accessibile «*ictu oculi*» si parla, ad esempio, nella massima di Cass. 22 giugno 1961, in *Cass. pen.*, 1961, 753, m. 1601; nel medesimo ordine d'idee, Id. 15 marzo 1957, in *Riv. pen.*, 1957, II, 656.

¹⁸ Cass. 25 giugno 1963, in *Cass. pen.*, 1963, 993, m. 1821; Id. 25 gennaio 1958, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 1081.

¹⁹ In senso affermativo, Cass. 22 giugno 1961, citata *supra* (nota 17), la cui voce, a quanto consta, è isolata. *Contra*, l'indirizzo prevalente a esempio del quale v. Cass. 29 novembre 1964, in *Cass. pen.*, 1965, 513, m. 919.

fatto estintivo, potrebbe diventare accessibile in un momento successivo. Ma di fronte a un ipotetico reato estinto non sono consentite altre iniziative istruttorie: si capisce, quindi, come il non luogo a procedere sia una conclusione obbligata. Se si assolvesse, si formulerebbe un giudizio prematuro, del quale non è stata sperimentata l'esattezza: il canone dell'equivalenza tra prova negativa e mancanza della prova positiva non è applicabile in un momento intermedio del processo, prima che sia stata esaurita la ricostruzione del fatto.

Individuato il fondamento del principio, se ne scoprono le eccezioni: non vi è alcun motivo per ritenere che i fatti estintivi della punibilità conducano a un risultato peggiore (nei confronti dell'imputato) di quello a cui si sarebbe pervenuti nell'identica situazione processuale, in base alle regole generali (art. 479) che determinano il contenuto della decisione. Così, decretata l'amnistia o compiutasi la prescrizione nell'ultimo istante di un procedimento istruttorio o di un dibattimento nei quali non sia stata acquisita alcuna prova a carico dell'imputato, non si capisce perché la sentenza debba essere diversa da quella che il giudice avrebbe pronunciato, se non si fosse verificata la cosiddetta estinzione del reato: in tal caso vale il solito criterio che presiede alla gerarchia delle formule di proscioglimento. Il caso limite è quello dell'amnistia concessa quando la sentenza istruttoria di proscioglimento è già redatta ma non ancora sottoscritta: il giudice istruttore, data l'assoluta mancanza di prove a carico, ha dichiarato (secondo l'art. 378¹) di non doversi procedere perché il fatto non sussiste. È, evidentemente illogica la supposizione che, ad amnistia intervenuta, occorra mutare il dispositivo della decisione: l'accertamento già acquisito d'inesistenza del reato prevale sulla causa di estinzione della punibilità. In breve, l'art. 152² è applicabile ai soli casi nei quali il giudice pronunci in base ai risultati di un'istruzione probatoria incompiuta.

11. L'ESTINZIONE DEL REATO IN APPELLO.

Le conseguenze più importanti di quest'ordine di idee riguardano le impugnazioni. Supponiamo che il pubblico ministero abbia proposto appello contro una sentenza di assoluzione, o che in primo grado sia stata pronunciata una condanna ovvero un'assoluzione per

insufficienza di prove e che l'imputato chieda, in sede di gravame, d'essere assolto con formula piena; e che nelle more del procedimento sopravvenga un'amnistia. È un errore pensare che il giudice *ad quem* debba disfarsi del caso con un salomonico verdetto di non luogo a procedere, giacché i fatti in questione, se precludono la ricerca di nuove prove, non impediscono di valutare quelle già acquisite; e inoltre la regola di decisione non è la stessa in ogni fase del processo. La prospettiva del giudizio varia nella sequenza del dibattimento all'istruzione e del procedimento d'appello a quello di primo grado, e nella medesima proporzione varia la misura in cui l'estinzione della punibilità eclissa la questione di fondo sull'esistenza del reato. Il problema, cioè, richiede soluzioni diverse secondo che il fatto estintivo venga in gioco nel procedimento di primo o di secondo grado. In un caso, a istruzione incompleta, il giudice può assolvere a patto che le prove raccolte forniscano la certezza dell'innocenza. Nell'altro, la parte invoca una critica della decisione che l'organo di prima istanza ha emesso sul presupposto di una cognizione piena della *res judicanda*. Qui ricorrono tutte le condizioni per un eventuale accertamento negativo del reato estinto: nulla giustifica il ricorso a un giudizio in ipotesi, quando è possibile verificare la premessa in base alle conoscenze di cui il giudice ormai dispone. Di fronte a una sentenza di condanna che l'appellante definisce ingiusta, perché dichiarare estinto il reato prima d'aver indagato sugli asseriti errori? Sarebbe poi un'iniquità gratuita privare l'imputato di un riconoscimento d'innocenza già acquisito, soltanto perché il pubblico ministero ha proposto appello²⁰: la questione da risolvere è se il gravame sia fondato²¹.

Eppure, il tono apodittico con cui si è invocato anche a questo proposito il concetto di «prova evidente dell'innocenza», dimostra come il problema sia passato inosservato: non si è capito che situazioni del genere esulano dalla previsione dell'art. 152². Immaginiamo che l'imputato sia stato assolto in primo grado con la formula «per non aver commesso il fatto», non essendo stata acquisita alcuna prova

²⁰ I termini della questione sono colti esattamente da Cass. 25 giugno 1963, citata *supra* (nota 18).

²¹ Cass. 10 dicembre 1963, in *Cass. pen.*, 1964, 982, m. 1774.

a suo carico (si sa che l'art. 479² considera equivalenti la prova negativa e la mancanza della prova positiva); che il pubblico ministero abbia proposto appello e che successivamente sia stata concessa, un'amnistia: malgrado la sopravvenuta estinzione del reato, il giudice deve vagliare la fondatezza del gravame e, se la conclusione è negativa, confermare la decisione che ha assolto sul presupposto della mancanza di prove a carico. Pretendere la dimostrazione negativa del reato, sotto pena di un proscioglimento per amnistia²², significa non aver inteso l'art. 152, la cui funzione non consiste nel rendere la condizione dell'imputato peggiore di quella che sarebbe secondo le regole generali. E ancora, non vi è la minima ragione per supporre che il giudice d'appello debba affrettarsi a dichiarare estinto il reato quando il pubblico ministero ha impugnato la sentenza di condanna, sostenendo che il fatto debba essere definito secondo un *nomen juris* che non consentirebbe di applicare la causa di estinzione della punibilità. Insomma, l'indagine di merito è un passaggio obbligato ogniqualvolta l'accoglimento dell'appello condurrebbe a un risultato incompatibile con il proscioglimento per estinzione del reato; quest'ultima pronuncia rappresenta l'*extrema ratio*: prima si deve valutare la fondatezza dei motivi. I possibili risultati sono: conferma della sentenza d'assoluzione, riforma della decisione di condanna e assoluzione, riforma della sentenza d'assoluzione e condanna per un reato rispetto al quale non vale la causa d'estinzione della punibilità, non luogo a procedere per estinzione del reato.

12. ASSOLUZIONE ULTRA PETITA IN APPELLO.

La decisione d'appello talvolta esorbita dai motivi. Si sa che l'art. 152 costituisce un'eccezione al potere dispotico che le parti, in materia di impugnazioni, esercitano sul processo. Qui conviene distinguere tre ipotesi. (a) Qualora il fatto estintivo della punibilità sia sopravvenuto alla sentenza di merito pronunciata in primo grado, il giudice non può esimersi da un riesame dell'intero materiale probatorio, al fine di verificare le eventuali premesse di

²² Così Cass. 21 novembre 1959, c. *Sciandra*, in *Giust. pen.*, 1960, III, 175; Id. 21 novembre 1959, c. *Castelnuovo, iwi*, 1960, III, 175.

un'assoluzione con la formula «il fatto non sussiste» ovvero «l'imputato non lo ha commesso» o ancora «il fatto non costituisce reato». A tali effetti la prova positiva dell'innocenza e la mancata prova della responsabilità si equivalgono, giacché l'art. 152¹ non distingue le due figure ma prevede semplicemente l'eventualità che il fatto non sussista o che l'imputato non lo abbia commesso (la qual formula si impone in entrambi i casi: art. 479²). Del resto, si è visto come la regola dettata nell'art. 152², a proposito della scelta tra non luogo a procedere e assoluzione, supponga un'indagine istruttoria interrotta *in itinere*²³. (b) Se il giudice di primo grado ha dichiarato in ipotesi l'estinzione del reato, astenendosi da ulteriori iniziative probatorie, occorre vedere se non vi sia materia per un'assoluzione: il che avviene nel caso non impossibile della sentenza a cui sia sfuggita la prova dell'innocenza esistente in atti. (c) Potrebbe anche darsi che il giudice di primo grado, dopo aver svolto per ogni verso l'istruzione, di fronte alla mancanza di prove a carico, anziché assolvere con la formula prescritta dall'art. 479², avesse dichiarato il non luogo a procedere; e allora avremmo a che fare con un errore, al quale il giudice d'appello deve rimediare *ex officio*. A istruzione esperita, infatti, l'assoluta

²³ Se la causa d'estinzione del reato è sopravvenuta al procedimento di primo grado, è ovvio che la sentenza d'appello approdi al medesimo risultato a cui sarebbe dovuto giungere il giudice di prima istanza (per il quale l'alternativa si poneva fra l'assolvere e il condannare, esclusa la soluzione di compromesso del non doversi procedere per estinzione del reato). Insomma, a *parità di situazione processuale e di risultati probatori*, è contrario al sistema delle norme e anche alla ragionevolezza supporre che la sorte dell'imputato debba essere peggiore nel caso di estinzione del reato di quanto sarebbe se non fosse intervenuto il fatto estintivo. Cass. 12 marzo 1965, in *Cass. pen.*, 1965, 718, m. 1282, enuncia questa triade di proposizioni: (a) l'art. 152² subordina l'assoluzione alla prova dell'innocenza; (b) tale norma è applicabile in ogni immaginabile situazione processuale; (c) perciò, se il pubblico ministero appella contro la sentenza di assoluzione e nelle more del giudizio interviene un'amnistia, in tanto il giudice d'appello può confermare la sentenza impugnata, in quanto risulti la prova dell'innocenza. Ecco un sillogismo formalmente perfetto ma apportatore d'una conclusione assurda; e poiché la prima premessa è esatta, l'errore deve annidarsi nella seconda. Infatti, è arbitrario supporre che l'art. 152² valga in ogni immaginabile situazione processuale: per convincersi del contrario, basta collocare tale norma nel sistema e cioè coordinarla con le altre che regolano l'oggetto del giudizio d'impugnazione.

mancanza di prove a carico avrebbe dovuto condurre all'assoluzione; ma la sentenza di primo grado ha dichiarato estinto il reato e con ciò è incorsa in un errore, la cui riparazione è possibile in sede di gravame indipendentemente dai motivi addotti dalla parte, grazie alla norma dell'art. 152¹.

La conclusione è dunque questa: il proscioglimento per estinzione del reato da parte del giudice d'appello implica se non la certezza almeno il dubbio sulla responsabilità dell'imputato. Si pensi a un'impugnazione limitata al *quantum* della pena; il fatto estintivo sopravvenuto non esime il giudice dal verificare se il reato esista; e se emergesse l'innocenza ovvero mancasse assolutamente la prova della responsabilità, si dovrebbe assolvere con formula piena. Il non luogo a procedere per estinzione del reato è contenuto nei casi in cui il giudice, dopo aver vagliato le prove, si convinca che la responsabilità è certa o almeno dubbia, poiché l'articolo 152¹ non consente un'assoluzione dubitativa *ultra petita*.

Un problema diverso è se l'estinzione del reato prevalga sull'insufficienza delle prove a carico, allorché la prima rientrerebbe nel tema dei motivi. In dottrina si è risposto affermativamente, in quanto la formula d'insufficienza di prove supporrebbe «la persistenza dell'interesse anzi del potere di continuare un'indagine, alla quale mancano, invece, nella ipotesi i mezzi idonei»; il qual potere verrebbe a mancare, quando si sia avverata una condizione che «esclude la punibilità del fatto e con essa l'esistenza del reato»²⁴. Senonché, l'argomento sta e cade con la premessa, non sostenibile, che le cause di estinzione della punibilità equivalgano a condizioni risolutive del reato. Quanto al proscioglimento a istruzione probatoria incompiuta, la questione è risolta testualmente dall'art. 152². Ma resta il caso in cui, esaurita l'acquisizione delle prove, il risultato appare insufficiente a giustificare una condanna. In linea logica non si vede perché la sentenza debba essere diversa da quella che il giudice avrebbe pronunciato, nella medesima situazione processuale, se non si fosse verificata l'estinzione del reato. Quando si decide sui risultati di un'istruzione probatoria condotta sino in fondo, è ragionevole pensare che le questioni di fatto siano preliminari a quella, di diritto, relativa

²⁴ CARNELUTTI, *op. cit.*, 211.

alla punibilità. In secondo luogo, l'assoluzione *in facto*, sia pure sul presupposto del dubbio, riesce più favorevole all'imputato. Ora possiamo orientarci nel labirinto delle ipotesi: il condannato appella chiedendo d'essere assolto; il giudice che rilevi una causa sopravvenuta d'estinzione del reato e l'insufficienza delle prove in base alle quali è stata pronunciata la condanna, deve assolvere secondo quest'ultima formula. I termini s'invertono nel caso in cui la questione relativa all'*an* della responsabilità non sia stata dedotta nei motivi d'appello: non essendo prevista l'eventualità d'un proscioglimento dubitativo *ex officio*, il giudizio non può parare a conclusioni diverse dal non luogo a procedere per estinzione del reato.

13. REATO ESTINTO E COMPETENZA.

Per quanto sorprendente la cosa possa apparire a un primo sguardo, rientra fra le eventualità possibili che la decisione d'appello esorbiti dai motivi e annulli il proscioglimento per estinzione del reato sul presupposto di una diversa definizione giuridica del fatto: ciò accade quando il reato eccede la competenza del giudice di primo grado. La rilevazione d'un simile vizio è certamente possibile d'ufficio e inoltre sfugge al divieto della *reformatio in pejus*. Si disputa, invece, sull'itinerario procedurale. Qualcuno ha distinto due casi, secondo che l'incompetenza dipenda dalla diversità del fatto o del profilo giuridico: nel primo, il giudice dovrebbe annullare la sentenza appellata e, nel secondo, trasmettere gli atti alla Corte di cassazione secondo l'art. 35.

Distinzione arbitraria come spesso sono le distinzioni dei proceduristi (i quali sono giuristi di un tipo particolare e anzi stanno ai giuristi propriamente detti come il flebotomo stava al chirurgo): perché sorga un conflitto, nel significato stretto della parola, non è sufficiente che la questione di competenza riceva soluzioni difformi ma è richiesto che il contrasto sussista tra termini equivalenti sul piano dell'efficacia. L'esempio classico è offerto dalle pronunce emesse in processi diversi: poiché nessuno dei giudici investiti della *eadem res* ha il potere di sconfessare la scelta dell'altro, imponendo la propria, il mezzo per uscire dal punto morto consiste nel provocare una terza decisione che vincoli entrambi. È vero che l'art. 35 equipara questa

situazione alla disparità di opinioni (sul profilo giuridico del fatto) tra i giudici dell'istruzione e del dibattimento, ma non c'è alcuna analogia tra un'ipotesi del genere e quella in cui la decisione di primo grado risulti, in appello, viziata da incompetenza. Si è fuori della logica del conflitto quando, dati due organi, uno è istituzionalmente investito del potere di criticare le decisioni dell'altro: qui non è necessario comporre autoritariamente una divergenza altrimenti insolubile, giacché si ricorre al secondo giudice per sapere se il primo ha deciso correttamente, ed è ovvio che tra i due responsi prevalga quello *altior*, tale essendo il principio in materia di impugnazioni.

Sul piano interpretativo, poi, la conclusione riesce ancora più facile. Il rimedio del conflitto è esperibile nel dibattimento di primo grado, «quando si procede in sèguito a sentenza di rinvio a giudizio» (art. 35), mentre in appello è previsto che il giudice, «quando riconosce l'incompetenza per materia di quello di primo grado per qualsiasi causa», annulli la decisione impugnata (art. 36). Ogni perplessità cade di fronte all'inciso «per qualsiasi causa» che, nel lessico legislativo, sta ad indicare (art. 35²) le due ragioni dalle quali può dipendere il giudizio d'incompetenza: mutamento del fatto contestato ovvero diverso *nomen juris*. È quanto basta per negare fondamento alla supposizione di una lacuna legislativa che l'interprete debba colmare secondo approssimative analogie.

Sarebbe meno irragionevole chiedersi se non sia consentito ricorrere al rito del conflitto almeno nella situazione corrispondente a quella prevista dall'art. 35¹: quando cioè si rilevi in appello che il giudice di primo grado, investito del processo con sentenza di rinvio a giudizio, avrebbe dovuto definire il fatto in tal guisa da negare la propria competenza e perciò trasmettere gli atti alla Corte di cassazione²⁵. L'ipotesi esercita una certa suggestione e dopo tutto non è illogico supporre che l'appello conduca al medesimo risultato al quale sarebbe dovuta pervenire la decisione impugnata. Senonché l'argomento, attentamente considerato, non riesce persuasivo: se la sentenza di primo grado rivela un *error in procedendo*, che importa la nullità degli atti compiuti (art. 34¹), la sola soluzione consiste

²⁵ In tal senso due precedenti di Cassazione: 7 febbraio, 1962, in *Cass. pen.*, 1962, 657, m. 1187, e 18 giugno 1963, *ivi*, 1964, 243, m. 374.

nell'annullarla. Elevare un conflitto significherebbe abdicare alla funzione critica a cui è inteso l'appello. Anche qui, in ogni modo, il testo della legge (art. 36²) risolve il dubbio: eccettuati alcuni casi che ora non interessano, l'incompetenza per materia del giudice di primo grado conduce all'annullamento *ex officio* della decisione impugnata e alla conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero.

14. IL REATO ESTINTO IN CASSAZIONE.

L' accertamento negativo del reato estinto soggiace in cassazione ai limiti propri di questo tipo di giudizio. L'orizzonte è limitato alla pronuncia impugnata: una considerazione del materiale istruttorio (escluso ogni apprezzamento in ordine al valore delle prove) è ammessa soltanto ai fini di un controllo degli schemi logici secondo i quali è costruita la decisione (è il caso in cui una o più prove siano state letteralmente ignorate), la cui motivazione è il tema esclusivo dell'analisi diretta a scoprire eventuali *errores in iudicando*²⁶. Entro tali confini la Corte giudica sull'estinzione del reato dichiarata nei gradi precedenti.

Una questione che val la pena accennare riguarda il caso in cui il giudice *a quo* abbia dichiarato estinto il reato senza motivare l'asserita inesistenza dei presupposti di un'assoluzione piena (art. 152²): l'omissione si risolve in nullità della sentenza sotto il profilo dell'art. 475 n. 3; ma la giurisprudenza non si è ancora districata dalla sorprendente massima secondo cui, «dichiarando la causa estintiva, con ciò stesso il giudice necessariamente esclude che ricorra la prova evidente della insussistenza del fatto o della sua incriminabilità o della completa innocenza dell'imputato»²⁷. La mancanza della prova dell'innocenza è il presupposto del non doversi

²⁶ Cass. 10 giugno 1963, in *Cass. pen.*, 1964, 240, m. 369.

²⁷ Così Cass. 5 febbraio 1965, in *Cass. pen.*, 1965, 605, m. 1077. In altri casi si è ritenuto che la motivazione sia necessaria, in quanto l'imputato abbia esplicitamente chiesto d'essere assolto con formula ampia: Cass. 30 ottobre 1963, *ivi*, 1964, 435, m. 725. *Contra*, nel senso che debba essere motivata anche l'asserita mancanza dei presupposti di un'assoluzione con formula ampia (sebbene non sia possibile predeterminare la misura minima dell'argomentazione), Id. 5 febbraio 1965, *ivi*, 1965, 716, m. 1279.

procedere per estinzione del reato, sicché l'una non può essere inferita dall'altro. Dedurre la legittimità di un provvedimento dalla sua esistenza è discorso che, in linea di rigore logico, vale quello di Agnello ravennate, quando scriveva le vite di quei vescovi di Ravenna sui quali non possedeva notizie, «*et credo, (diceva) non mentitum esse, perché, se tennero quell'alto grado, dovettero di necessità essere buoni, caritatevoli, zelanti, e via*»²⁸.

Altri problemi sorgono nel caso in cui la vicenda estintiva sia sopravvenuta alla decisione contro la quale è diretto il ricorso, oppure sia sfuggita al giudice di merito. Ecco profilarsi due ipotesi nelle quali l'*iter iudicandi* appare piuttosto complesso. La prima è che la Corte possa senz'altro dichiarare estinto il reato sulla base di quanto si legge nel dispositivo della sentenza impugnata. Senonché, il pubblico ministero afferma nei motivi del ricorso che il giudice *a quo* ha errato, in quanto avrebbe dovuto condannare per un titolo più grave rispetto al quale non vale la causa di estinzione. Qui occorre verificare l'esistenza degli asseriti errori; e se la critica conduce a un risultato positivo, è inevitabile l'annullamento con rinvio, sempre che non sia necessario colmare eventuali lacune con il ricorso a ulteriori iniziative probatorie, nel qual caso non si potrebbe fare a meno di dichiarare estinto il reato secondo la regola che ormai conosciamo. Analoghe ragioni inducono a escludere che la Corte debba dichiarare il non luogo a procedere, malgrado l'infondatezza dei motivi addotti dal pubblico ministero, soltanto perché la sentenza di assoluzione è basata sulla mancanza di prove a carico anziché sulla prova dell'innocenza: la questione da risolvere, manifestamente, riguarda il punto se sussistano nella decisione i vizi dedotti dall'impugnante²⁹. La medesima, conclusione vale allorché l'imputato ricorre contro una sentenza di condanna, affermando che una corretta applicazione della regola di giudizio avrebbe condotto all'assoluzione: anche qui l'indagine sulla fondatezza dei motivi è preliminare alla questione sull'esistenza del reato³⁰.

²⁸ CROCE, *Teoria e storia della storiografia*², 1963, 202.

²⁹ Il caso è perfettamente simmetrico a quello esaminato *supra* (§ 12, nota 23) in tema d'appello.

³⁰ Indipendentemente dalla circostanza che l'accoglimento del ricorso conduca all'annullamento puro e semplice o con rinvio; per quanto riguarda in particolare la seconda ipotesi, *infra* nel testo.

La seconda ipotesi prescinde dal contenuto dei motivi: siamo sul terreno dell'art. 152, il cui canone non è affatto escluso dal procedimento di cassazione. In primo luogo, non vi è alcun dubbio che la Corte debba annullare puramente e semplicemente quando rileva che il fatto, quale risulta dalle enunciazioni della sentenza impugnata, «non è preveduto dalla legge come reato»: la risposta affermativa è offerta testualmente dall'art. 539 n. 1. Il discorso si complica a proposito delle situazioni alle quali corrisponde il proscioglimento in fatto, e la conclusione preferibile è questa: che la Corte, pur essendo estinto il reato, annulli senza rinvio la sentenza di condanna, secondo la formula adeguata al caso singolo, ogniqualvolta dalla motivazione non si arguiscono i presupposti di fatto della responsabilità³¹ o addirittura emerge il contrario. Una pronuncia del genere rientra certamente nei suoi poteri, sebbene si usi ripetere che in questo grado non sono ammesse decisioni di merito. Basti pensare che l'art. 539 n. 1 contempla il caso in cui il fatto non sia preveduto dalla legge come reato, nel quale (quantunque si parli di annullamento senza rinvio) la sentenza spiega una efficacia rescissoria e quindi sostituisce quella impugnata; se non fosse così, l'intero processo cadrebbe nel vuoto e mancherebbe un accertamento idoneo a produrre gli effetti previsti dall'art. 90. Ecco un annullamento senza rinvio che, in relazione ai motivi per i quali è pronunciato, vale come un'assoluzione con la formula «il fatto non è preveduto come reato»³².

Si potrebbe obiettare che sin qui si rimane nei limiti di un'ipotesi specificamente regolata dalla legge, senza contare che la valutazione in diritto rappresenta il compito precipuo della Corte; ma che altra cosa sia prosciogliere in base a un giudizio d'inesistenza del fatto:

³¹ Non si dimentichi che l'ipotesi di cui stiamo ragionando è quella del fatto estintivo sopravvenuto alla sentenza impugnata: stando le cose in tali termini, il proscioglimento per estinzione del reato è condizionato al fatto che la Corte non ritenga applicabile l'art. 152¹, ai fini del quale la prova dell'innocenza e la mancata prova della responsabilità si equivalgono (*supra*, nota 23). Soltanto se l'estinzione del reato fosse stata dichiarata dalla sentenza impugnata, varrebbe come criterio di giudizio l'art. 152² (Cass. 5 febbraio 1965, in *Cass. pen.*, 1965, 717, m. 1281), sempre che il giudice *a quo* non avesse pronunciato sui risultati di un'istruzione probatoria ormai compiuta.

³² Un caso del genere è stato deciso da Cass., Sez. un., 24 giugno 1950, in *Giust. pen.*, 1951, III, 36.

come formulare una conclusione del genere in un procedimento nel quale il giudice non fa opera di storiografo? A questo punto soccorre la previsione dell'art. 539 n. 9 («in ogni altro caso in cui la Corte ritiene superfluo il rinvio»), sulla cui traccia si è sviluppato un interessante indirizzo giurisprudenziale, nel senso che il rinvio sia superfluo quando la materia per l'assoluzione in fatto è contenuta nella motivazione della sentenza impugnata³³. Se invece gli argomenti addotti in quest'ultima fossero insufficienti o contraddittori, sarebbero necessari un riesame delle prove e, quindi, un annullamento con rinvio, a patto che il difetto di motivazione sia stato dedotto dal ricorrente. L'annullamento *ex officio*, in base all'art. 152¹, è infatti subordinato alla condizione che la prova dell'innocenza o l'assoluta mancanza di prove a carico risultino dalle ragioni addotte nella sentenza.

C'è un ultimo aspetto meritevole di riflessione: l'art. 592, preso alla lettera, sembrerebbe escludere un annullamento con rinvio inteso a stabilire se il materiale già acquisito consenta di assolvere in fatto anziché applicare l'amnistia. Si è superficialmente ritenuto che quella norma vieti di protrarre l'*iter* processuale; o si applica l'amnistia o si assolve con una delle formule più favorevoli previste dall'art. 152: *tertium non datur*³⁴. L'assunto riflette un'opinione alquanto diffusa, di cui è responsabile l'enfatico testo dell'art. 592: se l'amnistia togliesse effettivamente «il potere di esaminare e decidere ogni altra questione relativa all'azione penale», l'annullamento con rinvio, nell'ipotesi che si considera, sarebbe certamente precluso. Senonché, ragionando sull'argomento, si comincia a scoprire che l'amnistia non soggiace a regole diverse da quelle che valgono rispetto alla prescrizione, a proposito della quale il legislatore non dice iperbolicamente che il giudice sia privato del «potere di decidere ogni altra questione». Il problema, è ormai superfluo ribadirlo, sta in questi termini: ai fini del proscioglimento per estinzione del reato non occorre l'accertamento positivo di quest'ultimo, la cui accertata inesistenza peraltro conduce all'assoluzione con la formula appropriata. Il legislatore vieta che siano acquisite altre prove ma, in tali limiti, il giudice non

³³ Cass. 2 ottobre 1964, in *Cass. pen.*, 1965, 389, m. 694; Id. 11 novembre 1963, *ivi*, 1964, 434, m. 723; Id. 27 febbraio 1963, *ivi*, 1963, 622, m. 1068.

³⁴ Cass. 11 novembre 1963 citata *supra* (nota 33); 16 luglio 1963, in *Cass. pen.*, 1963, 992, m. 1819.

tanto può quanto deve verificare se sia esistito il reato estinto. Il principio vale per ogni grado del processo, incluso il procedimento di cassazione; e quando codesta indagine esige un apprezzamento delle prove, non si capisce perché la Corte non possa annullare con rinvio³⁵: nel qual caso, naturalmente, l'oggetto del successivo giudizio è limitato a un riesame del materiale istruttorio già acquisito. L'equivoco sta nel supporre che l'estinzione del reato non tanto precluda l'acquisizione di altre prove quanto impedisca di giudicare in base a quelle già raccolte. Rifiutata questa premessa, la risposta appare ovvia: non vi è alcun motivo per ritenere che la questione riceva soluzioni diverse, secondo che sia affrontata in sede d'appello o di cassazione.

15. IL REATO ESTINTO E LE PROVE SUCCESSIVE.

Questo è il sistema delle regole da cui dipende il contenuto della decisione sul reato estinto. Si è constatato, in particolare, come l'effetto processuale dei fatti in questione si riduca al divieto di acquisire altre prove. Ora nasce una questione. Il giudice, pur avendo rilevato una causa di estinzione del reato, muove alla ricerca di nuove prove e il risultato smentisce l'ipotesi sul cui presupposto avrebbe dovuto dichiarare il non luogo a procedere: ormai ha appreso quanto basta per assolvere ovvero per condannare. L'analogia dei due casi impedisce di escogitare soluzioni diverse, nè, per giustificare una disparità di trattamento, si potrebbe invocare il principio del *favor libertatis*: il dovere di punire il colpevole non è meno drastico di quello che esige l'assoluzione dell'innocente. La chiave del problema sta in questo semplice rilievo: il giudice è vincolato dalle norme di diritto sostanziale, le quali prescrivono di assolvere, di condannare o di dichiarare estinto il reato, secondo che la situazione risponda all'una o all'altra figura normativa. L'imbarazzante dilemma non sarebbe sorto, se fosse stato rispettato il divieto di istruire oltre. Ma l'osservanza di questa norma non è imposta sotto pena di nullità, sicché non può reputarsi viziata la

³⁵ In senso affermativo, Cass. 10 novembre 1964, in *Cass. pen.*, 1965, 717, m. 1280; Id. 4 aprile 1963, in *Giust. pen.*, 1963, III, 494.

sentenza che decida alla stregua delle prove ulteriori: sarebbe invece ingiusta la pronuncia che dichiarasse l'estinzione del reato, di cui si è scoperto che non ricorrono i presupposti. Non vi sarebbe nulla da aggiungere, se l'ovvia conclusione non fosse stata contraddetta con argomenti che riferirò a titolo di curiosità.

16. NOMEN JURIS E PROCEDIBILITÀ.

Si è detto che, se nella fase del predibattimento il giudice fosse vincolato (quanto all'applicazione dell'amnistia) dal *nomen juris* dell'accusa³⁶, dovrebbe reputarsi viziata la sentenza di condanna pronunciata sul presupposto di una diversa valutazione del fatto. La premessa ipotetica è evidentemente irrealistica. Ma qui interessa il nesso tra protasi e apodosi, così testualmente enunciato: «l'amnistia, nel quadro di tale tesi, va concepita come causa di non perseguibilità dell'azione penale; e la inosservanza di tale ostacolo va ricondotta alla nullità assoluta, che vige per tutte le circostanze concernenti le condizioni di procedibilità». Questo ragionamento si confuta osservando come, se anche fosse in gioco una vera e propria specie di improcedibilità, resterebbe ferma la conclusione formulata poco fa; che cioè il giudice debba tener conto di tutte le prove di cui dispone, comprese quelle che non sarebbero state acquisite, se l'estinzione del reato fosse stata dichiarata in un momento anteriore. Per convincersene, è sufficiente immaginare questo caso: l'imputato è citato a giudizio per appropriazione indebita, pur non essendo stata proposta la querela; l'art. 421 vorrebbe che si prosciogliesse e invece si procede al dibattimento, nel quale è acquisita la prova di una delle circostanze che rendono il reato perseguibile d'ufficio (art. 646³ c.p.). Nessun dubbio che, formulata la prescritta contestazione suppletiva, si debba pronunciare in merito: non importa che poco prima il fatto apparisse tale da imporre il non luogo a procedere,

³⁶ LEONE, che è l'autore dei rilievi ai quali si risponde nel testo, mi attribuisce quest'opinione (*Trattato, cit.*, II, 559); ma si dà il caso che nel mio *Contributo alla studio dell'amnistia nel processo, 1957*, 46, sia sostenuta a tutte lettere quella esattamente contraria.

giacché le valutazioni espresse nei momenti precedenti della sequela si sono dileguate; la sola che conti, ormai, è quella conclusiva³⁷. Per sostenere il contrario, bisognerebbe dimostrare che debba considerarsi giuridicamente *infectum* quanto è avvenuto nel processo a partire dal momento nel quale l'imputato è stato rinviato o citato a giudizio. Ma una simile dimostrazione non è stata offerta dalle decisioni nelle quali si afferma eccentricamente che persino nel dibattimento il giudice sia vincolato (ai fini dell'applicazione dell'amnistia) dal *nomen juris* dell'accusa³⁸. La verità è che il giudice (sempre che siano state rispettate le regole sulla correlazione tra accusa e sentenza) pronuncia in base alla situazione esistente nel momento in cui decide.

In altre parole, per sapere se si debba procedere occorre identificare il fatto, sia pure a titolo d'ipotesi, e misurarne il valore giuridico; nè il legislatore dice che i giudizi formulati nell'accusa vincolino a tal punto da non tollerare smentite: il nostro processo penale non conosce simili idoli. Sebbene la conclusione possa apparire paradossale, la valutazione di regolarità del processo dipende talvolta dal risultato dell'indagine di merito, e questo rilievo svela quanto sia relativa la proposizione, su cui si giura a occhi chiusi, secondo cui la mancanza di una condizione del procedere invalida l'intera serie degli atti processuali. L'improcedibilità deve essere accertata, ma l'accertamento è compiuto in base alle indicazioni, naturalmente variabili, offerte da quella materia in divenire che è l'oggetto del processo. È sufficiente acquisire una prova nel dibattimento perché siano rivoluzionate le prospettive. Un istante prima si poteva dare per certo il «non doversi procedere» e poi è sorto il dovere di trasmettere gli atti al pubblico ministero o di formulare una contestazione suppletiva, essendosi scoperto quanto basta per ravvisare nel fatto un reato perseguibile d'ufficio. Una vicenda risolutiva della situazione di improcedibilità? Non è necessario ricorrere a formule esoteriche: diciamo che il contenuto della decisione dipende dalle conoscenze di cui il giudice dispone nel momento finale. Dove si vede come la procedura, convenientemente ragionata, sia meno labirintica di quanto certe sue pitonesse diano a intendere.

³⁷ Cass. 12 ottobre 1951, in *Giust. pen.*, 1952, III, 45.

³⁸ *Supra*, § 14.

Non si può nemmeno dire che la trasgressione delle norme sulle condizioni del procedere si risolva in nullità assoluta. È vero che entrambi i vizi sono rilevabili d'ufficio sino al momento conclusivo del processo; ma che si tratti d'una coincidenza fortuita risulta dal fatto che la mancanza delle condizioni d'una pronuncia di merito era rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado, già nell'assetto anteriore al ripristino delle nullità assolute. Nullità e divieto di procedere sono figure eterogenee. La prima consiste nell'imperfezione di uno o più atti, alla quale si rimedia rinnovandoli. L'altro trae origine dal difetto di un presupposto della decisione di merito e impone al giudice di sentenziare in un dato modo. I singoli atti del processo viziato dalla mancanza di una condizione sono indubbiamente invalidi ma non nulli, nel significato tecnico della parola: la nullità, infatti, implica la possibilità che l'atto sia rinnovato, mentre qui tutto ciò che si chiede al giudice è di emettere una pronuncia che nega la decisione sul reato e spiega gli effetti preclusivi previsti dall'art. 90.

Insomma, non si riesce a trovare la premessa di diritto positivo da cui dedurre che siano nulli di nullità assoluta, tutti gli atti successivi al momento in cui si sarebbe potuto dichiarare il non luogo a procedere sul presupposto di un dato profilo storico e di un certo *nomen iuris* del fatto contestato. Se si debba procedere, è interrogativo che riceve varie risposte in rapporto ai mutevoli profili secondo i quali l'oggetto dell'accusa appare nel corso del processo; e il criterio della soluzione definitiva è offerto da quanto il giudice sa nel momento in cui decide. Ma non è il caso di sottilizzare troppo. L'argomento risolutivo discende dal principio di previsione tassativa delle nullità: nessuna delle figure previste dall'art. 185 si addice al caso della condanna in base a una valutazione diversa da quella che, in un momento anteriore del processo, avrebbe condotto al proscioglimento per estinzione del reato.

C'è un altro aspetto della questione, che rimane tra le quinte ma del quale conviene rendersi conto. Di fronte a un fatto estintivo della punibilità il giudice deve astenersi dall'acquisire altro

materiale probatorio. Il divieto implica che le prove raccolte o formate nel corso successivo del processo debbano reputarsi *tamquam non essent*? In caso affermativo, varrebbe quel medesimo criterio da cui discende la valutazione di irrilevanza processuale delle prove inammissibili, che ciononostante siano state acquisite. Ci si deve riferire al concetto di procedimento probatorio: invalido il primo atto, non può non ritenersi vietato l'uso delle esperienze che il giudice ha illegittimamente ottenuto. Senonché le due situazioni non svelano alcuna analogia. Altro è che il legislatore vieti di assumere questa o quella prova (il che non preclude il ricorso a ulteriori fonti rispetto alle quali non vale il divieto); altro che imponga di pronunciare seduta stante, in quanto reputa superfluo l'accertamento positivo del reato. Ovvie le differenze: la prova che non si doveva acquisire, in forza di una previsione esplicita o implicita d'inammissibilità, è trattata come un elemento spurio del quale non è consentito tenere conto. Le cose stanno altrimenti quando viene in considerazione una regola decisoria anziché probatoria: poiché la materia del processo si forma per approssimazioni successive sino allo stadio della sentenza, è questo il momento in cui si tirano le somme dei risultati grado grado raggiunti lungo gli itinerari dell'indagine. Può darsi che gli elementi dei quali si dispone in un dato momento bastino ai fini del giudicare, e la ritenuta superfluità di ulteriori prove spiega perché non si debba andare alla ricerca d'altro. Ma se lo sviluppo successivo (al quale si è pervenuti trasgredendo il divieto) smentisce la previsione e, d'altro lato, la legge non dice che debba considerarsi *infectum* quel che è stato fatto, l'unica conclusione conforme ai principi è che il giudice pronunci in base a quanto gli risulta.