

Editorial: Libertà e tutela dell'innocenza. Una riflessione su dinamiche e valori dell'accertamento penale a fronte di fenomeni estintivi nell'esperienza processuale

Editorial: *Freedom and the Protection of Innocence. Rethinking the Dynamics and Values of the Criminal Trial in Cases of Crime Extinction in the Experience of Adjudication Procedures*

Stefano Ruggeri¹

Università degli Studi di Messina, Messina, Italy

stefano.ruggeri@unime.it

 <https://orcid.org/0000-0003-2684-3340>

RIASSUNTO: Il presente contributo introduce un *dossier* dedicato alla relazione tra estinzione del reato, assoluzione e funzioni dell'accertamento penale. Lo scritto sottolinea l'utilità del metodo comparatistico per affrontare un tema di tale complessità, che analizza nella prospettiva delle implicazioni di fenomeni estintivi sui valori apicali su cui si erge il giudizio penale. Muovendo da una disamina del diverso modo in cui il tempo incide sulla configurazione dei fattori estintivi, a seconda dell'impostazione seguita da ciascun ordinamento, questo studio si concentra sulle problematiche probatorie e sulle dinamiche decisorie che l'intervento di tali fattori produce e in cui si evidenzia la tensione tra esigenze efficientistiche e tutela della libertà e dell'innocenza dell'imputato.

PAROLE CHIAVE: libertà; innocenza; accertamento; fenomeni estintivi.

¹ Professore ordinario di diritto processuale penale, *Professor of European and Transnational Criminal Justice*, Dipartimento di Giurisprudenza 'Salvatore Pugliatti', Università degli Studi di Messina, Italia. *Doctor iuris* in Diritto e procedura penale presso la Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Italia. Borsista in qualità di *Experienced Researcher* della Fondazione *Alexander von Humboldt*.

ABSTRACT: *The present contribution introduces a dossier regarding the relationship between crime extinction, acquittal, and aims of the criminal trial. This paper points out the usefulness of comparative-law method to deal with such complex topic, which it analyses from the viewpoint of the implications of extinctive phenomena on the core values of adjudication procedures. Starting with examining the different ways in which the time factor conditions the qualification of extinctive phenomena according to the approach of each legal system, this study focuses on the evidentiary problems and the dynamics of decision-making, produced by the intervention of such phenomena, which highlight the tension field between procedural efficiency and the protection of freedom and the defendant's innocence.*

KEYWORDS: *freedom; innocence; fact-finding; crime extinction.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Fenomeni estintivi, funzioni di accertamento del giudizio penale e tutela dell'innocenza: il contributo del metodo comparatistico; 2. Tempo, reato, processo: la poliedrica portata della prescrizione; 3. L'efficacia della decisione estintiva nel prisma del processo penale; 4. Accertamenti estintivi, dinamiche probatorie e tutela dell'innocenza: le ricadute della postulazione di oneri dimostrativi a carico della difesa e le implicazioni sui doveri decisori del giudice; 5. Fatti estintivi e diritto dell'imputato a una conclusione assolutoria del giudizio.

1. INTRODUZIONE. FENOMENI ESTINTIVI, FUNZIONI DI ACCERTAMENTO DEL GIUDIZIO PENALE E TUTELA DELL'INNOCENZA: IL CONTRIBUTO DEL METODO COMPARATISTICO

La tematica oggetto del presente *dossier* è probabilmente tra le più affascinanti e, a un tempo, tra le più complesse e insidiose della giustizia penale contemporanea, in grado tanto d'intercettarne le sfide attuali quanto di toccare i fondamenti della teoria generale del processo e, in buona misura, della teoria generale del diritto e del ruolo che ad essa può essere oggi riconosciuto per un'adeguata ricostruzione della tutela penale. Appunto in ragione di ciò tale problematica richiede un approccio eclettico nel quale un ruolo primario occupa la comparazione giuridica. L'utilità del metodo comparatistico nella fattispecie si rivela in particolare

da due grandi prospettive. L'una, interordinamentale, mira a individuare divergenze e convergenze tra diverse esperienze processuali nei sistemi giuridici nazionali, viste da un'ottica per così dire sincronica. L'altra, endordinamentale e diacronica, guarda invece all'evoluzione di un dato sistema di giustizia penale all'interno dell'ordinamento nel quale s'iscrive, e così al suo trasformarsi mantenendo inalterata l'impostazione di fondo, o piuttosto assumendo un diverso modo di configurare e riplasmare nel tempo i fenomeni estintivi che, inserendosi nel corso dell'accertamento processuale, ne alterano le dinamiche incidendo, a seconda delle scelte adottate da questo o quell'ordine giuridico, ora sull'azione, ora sul processo, ora sulla punibilità e ora perfino sul reato.

D'altra parte, la prospettiva comparatistica, nell'orientarsi verso diversi ordinamenti nazionali, non ha mai ad oggetto realtà statiche e immobili, sempre identiche a se stesse, ma svela piuttosto realtà appartenenti a sistemi (nel nostro caso, sistemi di giustizia penale) in costante trasformazione, non foss'altro perché essi riflettono esperienze giuridiche e culturali di società a loro volta soggette a continui mutamenti: e trattando quindi, in definitiva, la parallela evoluzione di sistemi e le loro mutue interrelazioni, finisce pur essa per caricarsi sempre di una prospettiva intrinsecamente diacronica. Altrettanto evidente è poi che ogni ordinamento che si guardi allo specchio, per così dire, e cioè si raffronti con se stesso e col proprio passato, nel ricercare le radici e l'origine delle soluzioni presenti, può anche riscontrare una netta rottura rispetto a previe impostazioni, come dimostra emblematicamente la scelta intrapresa dai redattori del codice penale del 1930 in materia di cause di estinzione del reato, finendo così per ritrovare un sistema in misura anche consistente diverso e altro da sé.

A far da collante tra le due prospettive, e ad evidenziare l'intrinseco dinamismo di ogni disamina comparatistica, si staglia il rilievo che sempre più assumono altre e ancor più complesse esperienze giuridiche, quale il diritto internazionale e, in particolare, il diritto internazionale in materia di diritti umani, nonché, per quel che riguarda lo scenario europeo, il diritto eurounitario: esperienze per loro natura esposte (e aperte) a un costante confronto con una pluralità di ordinamenti nazionali e, nella loro essenza, soggette a una continua evoluzione grazie all'operato di tribunali e corti internazionali, come le Corti europea e interamericana di tutela dei diritti umani e, in Europa, la Corte di giustizia dell'Unione.

Enormi, del resto, sono le implicazioni che attraversano quelle due prospettive, e che ravvicinano sistemi pur con diversa storia e cultura processuale alla luce di una comune visione della giustizia penale saldamente ancorata alla centralità sulla persona. In effetti, sono in gioco le funzioni della tutela penale, e con essi il significato e gli obiettivi che la tutela criminale oggi riveste in uno scenario internazionale nel quale figurano forme e manifestazioni (non di amministrazione, secondo una frequente ma assai ambigua e persino fuorviante espressione, bensì) di realizzazione e inveroimento della giustizia penale orientate sempre più a logiche diverse dalla tradizionale prospettiva persecutorio-punitivistica. Ma vengono soprattutto in rilievo – nella problematica affrontata, da punti di vista diversi, dai contributi raccolti in questo *dossier* – i valori sottesi all'accertamento penale e, in particolare, la tenuta di diritti e garanzie apicali del processo penale, quali soprattutto il diritto di difesa e la presunzione d'innocenza: in nome dei quali, come è da escludere che si possa caricare chi subisce il giudizio di qualsivoglia onere dimostrativo volto a far valere cause dirette a escludere o estinguere la responsabilità penale o la punibilità, così deve essere favorita ogni soluzione volta a far uscire l'imputato dal processo assicurando la più ampia protezione della sua condizione di persona innocente. Qui si stagliano, chiarissime, le ricadute che, a fronte di fatti estintivi che paiono contrarre il corso e imporre l'immediata conclusione del giudizio penale senza ulteriori accertamenti, si proiettano ben al di là della sfera di quest'ultimo, concernendo la protezione della stessa dignità della persona che abbia patito l'esperienza del giudizio criminale, il vero *ius terribile*.

2. TEMPO, REATO, PROCESSO: LA POLIEDRICA PORTATA DELLA PRESCRIZIONE

Il problema stesso della prescrizione, quale fenomeno estintivo per eccellenza, fornisce una prospettiva privilegiata per osservare questo complesso intreccio di piani, e il ruolo che l'interazione e il dialogo fra corti e giurisprudenze appartenenti a diversi quadranti ordinamentali, quelli che già oltre trent'anni fa Anne-Marie Slaughter definiva forme di "*transjudicial*

communication"², hanno svolto nella ricerca di soluzioni sempre più adeguate, anzitutto nell'ottica di una sempre maggiore valorizzazione delle istanze di tutela della persona, all'interno di un ventaglio di inquadramenti teorici plausibili e storicamente datati.

Così, anche nel quadro di un approccio sostanzialistico al problema della prescrizione, un'indagine comparatistica non solo rivela una significativa varietà di impostazioni ma mostra anche, se rivolta all'evoluzione storico-giuridica dell'istituto e alle criticità che esso presenta oggi nell'ordinamento italiano, le ragioni che, in discontinuità rispetto al passato, portarono i redattori del codice penale del 1930 (il c.d. 'codice Rocco') a ricondurre gli effetti della prescrizione come di altri fenomeni estintivi, alla luce di una considerazione del rapporto giuridico punitivo originato appunto dal reato, nel quale il venir meno della pretesa punitiva avrebbe giustificato l'estinzione del reato medesimo³. Una impostazione, questa, che rifletteva una concezione autoritaria del rapporto tra Stato e individuo, e dell'ordinamento nel suo complesso, ampiamente superata, come è noto, col tempo e non più sostenibile in quei Paesi in cui la tutela penale rinviene la propria giustificazione nel disvalore delle condotte incriminate alla luce del riconoscimento anzitutto costituzionale di interessi sociali e individuali apicali e, in quanto tali, bisognosi dell'estrema protezione mediante lo strumento del diritto penale. Dal canto suo il codice penale brasiliano, di poco successivo alla codificazione italiana, mantenendosi sul solco di una concezione penalsostanzialistica dell'istituto, ricondusse (sulla falsariga dell'impostazione seguite dalle codificazioni di altri Paesi anche europei, come l'Austria) alla punibilità, e non al reato, la prescrizione, secondo una configurazione che il legislatore brasiliano avrebbe poi esteso ad altri fenomeni estintivi e, in tempi recenti, persino a istituti

² SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review* 1994, v. 29, n. 1, p. 99 ss. (disponibile ora in <https://core.ac.uk/download/pdf/232781656.pdf>).

³ STEA, Gaetano. *Il tempo della tipicità. La misura della attualità dell'offesa*, in questo dossier, par. 1.

dalla chiara rilevanza processuale, quali la transazione processuale e la sospensione condizionale del processo⁴.

È peraltro degno di nota il fatto che in Italia la stessa Corte costituzionale, intervento sul regime concernente la sospensione della prescrizione durante il periodo pandemico, abbia contribuito se non altro a smussare la propria linea giurisprudenziale fino ad allora pressoché graniticamente orientata ad affermare la natura della prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale⁵. Ed è ragionevole ipotizzare che tale evoluzione giurisprudenziale, se non ha certo condotto a un radicale mutamento nella configurazione dell'istituto, abbia però spianato la strada per un cambio di prospettiva nel quale si è iscritto il nuovo assetto introdotto dalla riforma legislativa promossa dalla allora Ministra della Giustizia prof.ssa Marta Cartabia, nel quale assetto la conclusione del tempo della prescrizione sostanziale, con la fine del giudizio di primo grado, dà avvio a un diverso tempo, volto a cadenzare cronologicamente i procedimenti impugnatori e sul quale si fonda l'inedito istituto dell'improcedibilità temporale, che fin da subito si attirò una vera e propria pioggia di critiche e perplessità⁶.

Non si può disconoscere che la sua stessa configurazione sia non poco ambigua e problematica: se è certo arduo poter ricondurre all'azione penale, a dispetto della formulazione normativa, un fenomeno estintivo che dipende dal fatto, in sé amorfo, costituito dall'inutile decorso di un certo lasso temporale predeterminato dalla legge senza che sia stata emanata la decisione conclusiva del relativo procedimento impugnatorio⁷, quale che sia la parte che ne abbia determinato l'instaurazione, d'altro canto desta non poca preoccupazione che il processo in sé, e con esso il giudizio penale, possa estinguersi.

⁴ SOUTO, Marcos Virginio, PEREIRA MONTEIRO, Leonardo Max. *A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento: estigmatização na era digital*, in questo dossier.

⁵ FALCONE, Antonella. *Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale*, in questo dossier, par. 4.

⁶ *Ibid.*

⁷ NEGRI, Daniele. *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. Sistema penale n. 2, 2022* (disponibile in https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf).

A rigore il processo – a differenza del reato la cui giuridica esistenza può affermarsi solo con la condanna definitiva – costituisce una realtà innegabile sul piano sia storico sia giuridico con l'esercizio dell'azione penale: e, come tale, è pertanto suscettibile di una vicenda estintiva. Ma è su un diverso piano e a un livello ben più profondo che tale fenomeno si rivela problematico, suscitando inquietudine e sconvolgendo persino le basi del tessuto sociale l'idea stessa che un'esperienza così essenziale per la tenuta del consorzio civile, qual è il processo penale, possa estinguersi senza approdare ad alcun giudizio: che insomma quell'esperienza cui affidiamo la risoluzione e la composizione dei conflitti individuali e sociali più complessi, e dalla quale ci attendiamo una risposta a fronte delle ipotesi di condotte che offendono o mettono in pericolo i beni essenziali e di maggior valore per l'ordinamento, non assolva alla propria funzione cognitiva e finisca così per sfumare senza accertare alcunché nel senso più rigoroso del termine, ossia senza fornire quella certezza giuridica che, pur con le sue inevitabili e infinite imperfezioni, costituisce il fondamento dell'affidamento che tutti riponiamo nel diritto e nella giustizia.

3. L'EFFICACIA DELLA DECISIONE ESTINTIVA NEL PRISMA DEL PROCESSO PENALE

Un'attenta riflessione attorno a questa complessa tematica, se condotta attraverso il prisma della comparazione giuridica, sospinge a riconsiderare il fenomeno estintivo nella prospettiva inevitabilmente dinamica dell'accertamento processuale. Ciò impone un riesame del problema dell'efficacia giuridica della decisione che tale accertamento esprime, un problema che, come sempre, assume una rilevanza primaria e ineludibile per una compiuta comprensione di ogni fenomeno giuridico⁸.

In effetti, la stessa postulazione di una vicenda estintiva, quale che sia la configurazione ordinamentale degli istituti coinvolti, induce a ricondurre proprio a quella classe di effetti caratterizzati dalla modificazione, nella specie appunto dell'eliminazione mediante estinzione, di situazioni giuridiche anteriori e preesistenti. Tuttavia,

⁸ FALZEA, Angelo. Accertamento. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970, p. 12.

se è evidente, come abbiamo visto, che in materia penale non ha senso predicare a giudizio in corso la punibilità che, come e più del reato, non ha giuridica consistenza se non come mero potenziale fino alla conclusione condannatoria del processo, ne consegue che ancor meno può darsi alcuna situazione giuridica preesistente al processo, suscettibile di estinzione, sia essa configurata quale pretesa punitiva, *ius puniendi* o come dovere punitivo. Sulla scorta di simili ragioni si può così ragionevolmente dubitare, come già fece decenni or sono Antonio Pagliaro⁹, che si possa attribuire al giudicato che copre la decisione estintiva un'efficacia preclusiva operante sul piano sostanziale, almeno nei termini in cui Angelo Falzea sapientemente costruì tale forma di efficacia dalla natura anfibologica¹⁰, in grado di coprire l'alternativa tra la conservazione e la modificazione delle situazioni soggettive anteriori, e caratterizzandosi dunque per la sua intrinseca discontinuità rispetto a queste ultime.

A ben riflettere, ciò tuttavia non esclude che si possa continuare a parlare di preclusione, benché in una differente accezione e soprattutto da una diversa prospettiva, la quale – lungi dal riguardare situazioni soggettive relative a un fatto del passato che, in quanto sottoposto a un accertamento ancora in corso, non può essere predicato in alcun modo come esistente – guarda piuttosto al futuro e cioè al dovere di ogni altro giudice, adito con un'azione *de eadem re*, di tornare a giudicare su quel che è stato giudicato. Un'efficacia preclusiva che potremmo continuare a definire sostanziale alla luce della ancor oggi diffusa configurazione sostanzialistica dei fenomeni estintivi, ma che in realtà, quale che sia l'impostazione prescelta dall'ordinamento di riferimento, è sostanziale e processuale a un tempo: poiché se per un verso riguardano inevitabilmente i *merita causae* finanche le concezioni che riferiscono all'azione o al processo in sé l'estinzione, per altro verso la preclusione si produce sempre in materia penale attraverso la via del processo e precipuamente del giudicato che di ogni processo penale rappresenta, a un tempo, conclusione ultima e indefettibile elemento costitutivo.

⁹ PAGLIARO, Antonio. Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1967, pp. 474 ss.

¹⁰ FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 346 ss.

4. ACCERTAMENTI ESTINTIVI, DINAMICHE PROBATORIE E TUTELA DELL'INNOCENZA: LE RICADUTE DELLA POSTULAZIONE DI ONERI DIMOSTRATIVI A CARICO DELLA DIFESA E LE IMPLICAZIONI SUI DOVERI DECISORI DEL GIUDICE

La messa a fuoco della natura dell'efficacia della declaratoria estintiva e dei termini in cui si produce la preclusione che al giudicato penale, è da attribuire ci consente di porre le basi per affrontare un'ulteriore e non meno delicata questione che si staglia lungo il percorso di questa complessa problematica e la cui risoluzione pure trae considerevoli benefici da un approccio comparatistico: il quale mostra la sua utilità svelando le insidie di un'impostazione ancora sfortunatamente radicata nelle prassi giurisprudenziali e, ancor più, nelle culture processuali di diversi Paesi. Si tratta infatti di verificare quale incidenza dispieghino i fenomeni estintivi sulle dinamiche della cognizione penale all'interno del processo nel quale vengano rilevati. Ed è questa una verifica che nella prospettiva del presente *dossier* dev'essere condotta attraverso il prisma della presunzione d'innocenza: la quale non solo scandisce il punto di partenza dell'accertamento penale, che a differenza di altre esperienze processuali non muove dall'ignoto per pervenire al noto bensì da una base cognitiva che proprio in forza di tale presunzione deve darsi per assodata, ma costituisce soprattutto la stella polare alla quale dev'essere orientato, a un tempo, il trattamento e il giudizio che il processo postula sull'ipotesi accusatoria formulata nei riguardi dell'imputato, cui va riconosciuto il diritto di uscire dalla drammatica scena del processo con una conclusione che tuteli e valorizzi al massimo la sua condizione di persona libera e innocente, e con essa, come abbiamo visto, la sua stessa dignità.

Tali semplici eppur essenziali considerazioni, benché risultino ampiamente condivise, si trovano tuttavia oggi svilite nella quotidiana esperienza giudiziaria, anzitutto per un erroneo approccio alle dinamiche probatorie nel processo penale, che alla presunzione d'innocenza sono strettamente connesse e ad essa dovrebbero essere costantemente orientate. Significativamente, un simile approccio, per quanto paradossale possa apparire, non è stato minimamente frenato, anzi forse è stato perfino favorito, dalla progressiva sedimentazione di prassi giudiziarie con chiara ispirazione accusatoria in una molteplicità di Paesi pur con

diverse tradizioni di giustizia penale. In effetti, come opportunamente ha segnalato Bernd Schünemann, la diffusione non tanto del modello o sistema accusatorio (del quale si può dubitare che esista un'unica e coerente manifestazione) quanto, più propriamente, dello stile e della cultura accusatoria ha avuto come riflesso la conversione di cause di esclusione o estinzione della punibilità, per non dire anche di cause di giustificazione e della stessa imputabilità, in *defences*¹¹. È tuttavia evidente che non possa in alcun modo ritenersi compatibile con gli *standard* di *fairness*, elaborati dalle giurisprudenze internazionali e costituzionali attorno a quel complesso di valori che ruotano attorno alla presunzione d'innocenza, far ricadere sull'imputato, quale persona appunto presuntivamente innocente, l'onere di provare l'esistenza di situazioni idonee a elidere la punibilità o addirittura a escludere la valutazione d'illiceità del fatto¹². Del resto é discutibile che un simile risultato costituisca una costante degli ordinamenti di *common law* e, in ogni caso, nei Paesi che, con maggiore o minore coerenza, hanno comunque abbracciato lo stile accusatorio, pur modellandolo alla propria cultura processuale in varie forme. Ad esempio, in Italia, sebbene finanche uno sguardo superficiale alle prassi giudiziarie riveli quanto siano ignorati e dati per presupposti nelle imputazioni processuali profili pur essenziali della teoria generale del reato, come l'antigiuridicità obiettiva o l'imputabilità, non si può però dire che essi siano trascurati dalla cognizione penale né che si traducano per ciò solo in temi di prova della difesa: la quale non ha alcun onere dimostrativo almeno con riguardo a scriminanti e cause personali di esclusione della responsabilità penale, bastando un dubbio concernente le stesse a imporre al giudice l'emanazione di una sentenza assolutoria, quale che sia la parte che l'abbia ingenerato e anzi quand'anche nessuna iniziativa probatoria di parte lo abbia prodotto (art. 530 co. 3 Cpp). E per quanto considerazioni parzialmente diverse valgano per le cause estintive del reato, la loro rilevazione non dipende da alcuna iniziativa che la difesa debba intraprendere, ricadendo piuttosto sul giudice il preciso dovere di accertarne l'esistenza e concludere il giudizio con un proscioglimento (art. 129 Cpp).

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *In Dret* n. 1, 2008 (disponibile in <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf>).

¹² STEA, Gaetano. *Il tempo della tipicità*, in questo *dossier*, par. 1.

Se dunque non può esserci alcuno spazio per la configurazione di simili oneri probatori a carico della difesa che non comprometta la stessa essenza del diritto di difesa, quale fondamento di una giustizia penale europea autenticamente equa, è però chiaro che la stessa formulazione di ipotesi relative a fatti idonei a incidere, elidendo o estinguendo, la punibilità finisce per allargare e rendere maggiormente complesso il perimetro della cognizione penale. È inoltre interessante notare che ciò vale non solo per il dibattimento ma pure per le fasi predibattimentali e soprattutto per alcuni giudizi incidentali che si collocano specie nella fase investigativa preprocessuale: giudizi estremamente delicati in quanto capaci di condurre all'adozione di misure in grado d'incidere in maniera pesantissima e con effetti immediati sui diritti e le libertà primarie della persona, qual è anzitutto il procedimento cautelare e, al suo interno, quel particolare giudizio che i tedeschi chiamano *Tatverdachtsurteil*¹³.

Altrettanto evidente è però che a una simile estensione dello spettro dell'accertamento penale non può conseguire una scenario decisionale tale per cui, a fronte di non prova deficitaria o di una dimostrazione non pienamente raggiunta di fatti volti a escludere l'illiceità della condotta

¹³ In proposito v. PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*. Carl Heymanns: Mainz, 1986, p. 192. Al di fuori della dottrina tedesca rimane di fondamentale importanza la monografia di NEGRI, Daniele. *Fumus commissi delicti*. La prova per le fattispecie cautelari. Giappichelli: Torino, 2004, p. 54 ss. Chiarissima la rilevanza che non solo cause di esclusione della pena e dell'illiceità del fatto, ma anche cause di estinzione del reato e della pena rivestono nel giudizio cautelare in Italia, elidendo ogni possibilità di postulare un *fumus delicti* in grado di sorreggere qualsivoglia intervento cautelare (art. 273 co. 2 Cpp). Non si può tuttavia trascurare che la particolare struttura del procedimento cautelare, ad oggi (e nonostante le recenti modifiche operate dalla legge 114/2024, benché applicabili a decorrere dal 25 agosto 2024) fortemente carente di struttura dialettica prima dell'emanazione della decisione cautelare, fa sì che tale rilevanza si traduca nella prassi in un fattore di esclusione successiva di una gravità indiziaria basata, di regola, sulle sole risultanze del pubblico ministero, il che finisce per riversare la relativa prova sulla difesa in fase di contestazione, originaria o appunto successiva, della valutazione di gravità indiziaria. Sui problemi connessi alle dinamiche del contraddittorio nell'ambito della tutela cautelare in Italia cfr., anche alla luce della recente riforma legislativa, il recente contributo di GIANGRECO, Mattia. Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2024.

imputata o a estinguerne la carica punitiva, il giudizio dovrebbe arenarsi in un *non liquet* ovvero il giudice potrebbe orientare la propria decisione in un senso o nell'altro indifferentemente o, peggio ancora, a detrimento dell'imputato. Ognuno di tali scenari, in misura più o meno accentuata, comporta infatti una patente violazione della presunzione d'innocenza e, ciò che più importa, non solo e non tanto come fondamentale garanzia soggettiva per chi patisca il processo quanto per la non meno essenziale funzione di garanzia che essa occupa in relazione al ruolo che il giudizio penale, tra tutti i possibili giudizi che sull'ipotesi concernente il fatto criminoso possono immaginarsi e concretamente si svolgono, occupa nell'ordinamento giuridico.

5. FATTI ESTINTIVI E DIRITTO DELL'IMPUTATO A UNA CONCLUSIONE ASSOLUTORIA DEL GIUDIZIO

Il riconoscimento proprio di questa duplice valenza della presunzione d'innocenza, quale garanzia soggettiva e di sistema a un tempo, ci permette di esaminare, dopo avere messo a fuoco le questioni attinenti alle dinamiche probatorie, un ultimo problema che nella prospettiva che abbiamo adottato si dipana sul filo delle dinamiche della cognizione penale laddove sia rilevata la presenza di fatti estintivi. Se è infatti chiaro che in presenza di situazioni volti a elidere l'antigiuridicità del fatto, quali sono le cause di giustificazione, non ha alcun senso porsi un'alternativa decisoria che rimetta in gioco la tipicità dell'azione criminosa, la quale deve darsi per dimostrata, non essendoci altrimenti alcunché da scriminare, diverso è il caso che si presenta allorquando emergano fatti cui l'ordinamento assegna la capacità di estinguere la punibilità o addirittura il reato, poiché il loro accertamento non esclude affatto la considerazione di soluzioni decisorie alternative che riguardino la tipicità e l'illiceità del fatto. In questa direzione si muove da tempo l'ordinamento italiano e pure l'attuale codice di rito penale, il cui art. 129 cpv. è tuttavia costantemente oggetto di un'interpretazione riduttiva e addirittura minimalista: in base alla quale interpretazione i giudici, laddove rilevino la presenza di fatti estintivi, tendono a limitarsi a constatarne l'esistenza, dando spazio ad alternative assolutorie solo nei casi in cui apprezzino la mancanza totale di prove agli atti della colpevolezza, ovvero la prova piena dell'innocenza in termini di

difetto di tipicità del fatto, di estraneità dell'imputato all'*affaire* criminoso, ovvero di assenza dell'elemento psichico o, per converso, di presenza di un fattore scriminante, se non addirittura di mancata rilevanza penale del fatto per abrogazione o annullamento dovuto a incostituzionalità della previsione incriminatrice.

È tuttavia evidente che un simile *modus decidendi* non solo finisce per frustrare la presunzione d'innocenza, che postula la massima tutela del diritto dell'imputato alla piena affermazione della propria innocenza, ma rivela soprattutto un palese fraintendimento dell'oggetto dell'accertamento penale che non è né può mai essere l'innocenza, la quale, come abbiamo notato, non dev'essere dimostrata e, ancor meno, dall'imputato che già subisce la pena del processo. Una corretta ricostruzione della funzione del processo penale, secondo un modello costituzionalmente orientato del quale la presunzione innocenza e le libertà fondamentali costituiscono i pilastri portanti, conduce pianamente a riconoscere che esso mira alla formulazione del giudizio, dell'unico giudizio attraverso cui possa prodursi il diritto e cioè possa realizzarsi la tutela penale, quale che ne sia la manifestazione nell'esperienza concreta del singolo caso, sull'ipotesi accusatoria concernente la colpevolezza dell'imputato, giammai l'innocenza. E proprio tale riconoscimento sospinge così a preferire un differente approccio alle dinamiche decisorie che si innescano sul filo del rapporto fra declaratorie estintive e giudizi assolutori: in effetti, così come non è ipotizzabile un onere probatorio dell'esistenza di un fatto estintivo a carico della difesa, ancor meno tollerabile sarebbe addossare alla difesa l'improbabile compito di dimostrare appieno e tempestivamente l'innocenza dell'imputato prima che appunto tale fatto sia rilevato giudizialmente.

Lungi dal precludere qualsiasi decisione di merito diversa da una pronuncia estintiva, la comprovazione di un fatto estintivo del reato o della punibilità impone piuttosto sempre al giudice l'obbligo di estendere la cognizione a tutti i suddetti profili dai quali dipende l'emanazione di una alternativa decisoria, dovendo optare per l'assoluzione ogniqualvolta non consti, allo stato degli atti, la tipicità del fatto e la prova di ogni altro profilo necessario per potere formulare un giudizio di responsabilità penale. Il modo migliore, e cioè la spiegazione tecnicamente più solida sul piano teorico-generale, per supportare tale risultato appare considerare il giudizio estintivo in termini di giudizio ipotetico circa l'esistenza del reato

e della punibilità¹⁴, la quale, come abbiamo osservato, sarebbe altrimenti impossibile affermare in termini assertivi *in itinere iudicii*. Ma anche così, è chiaro che non si può prescindere da un giudizio di responsabilità penale, se non si vuol concludere che l'estinzione finisca col riguardare un fantasma di reato, il che avrebbe pesantissime conseguenze sulla libertà e sulla dignità della persona¹⁵. Insomma, quand'anche si condivida l'inquadramento della decisione estintiva quale giudizio ipotetico, non c'è dubbio che il reato ipotizzato dev'essere dotato della massima consistenza, se non vogliamo rassegnarci all'idea che si estingua un simulacro fatuo, cosa che, per le ragioni anzidette, finirebbe per confliggere con ogni modello costituzionale di giustizia penale: ed è appunto tale considerazione a richiedere dunque la massima valorizzazione dell'accertamento dei *merita causae* ai fini dell'emanazione di una pronuncia che sottragga l'imputato alla morsa del processo con una decisione assolutoria.

¹⁴ A Franco Cordero si deve una tra le spiegazioni più elaborate e nitide delle differenze tra i giudizi in tesi e quelli in ipotesi: la principale delle quali sta in ciò, che le decisioni in tesi contengono statuizioni formulate in termini categorici, “presuppone[ndo] l'esistenza del fatto o dei fatti che la legge richiede come condizione di un effetto giuridico”, mentre i giudizi in ipotesi “statuiscono qualcosa per il caso che la situazione di fatto sia questa o quella”, col risultato che “l'effetto vincolante persiste finché sia smentito il presupposto storico addotto a titolo di ipotesi”. Così CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Giuffrè: Milano, 1966, p. 293. Per uno sviluppo della tesi corderiana in una prospettiva tuttavia parzialmente diversa, in quanto volta a rinvenire nel carattere ipotetico la cifra differenziale e tipica del giudizio giuridico al di là della sfera delle decisioni estintive, v. LO GIUDICE, Alessio. *Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto. La legislazione penale 2021* (disponibile in <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Lo-Giudice.pdf>).

¹⁵ In questa prospettiva appare condivisibile il rilievo secondo cui, a parte le cause estintive che “insistono sulle conseguenze proprie del reato effettivamente commesso (o più esattamente del reato che si accerti, a ragione o a torto, come effettivamente commesso)”, le altre cause estintive che invece non presuppongono l'accertamento del reato “operano come se questo fosse stato realmente commesso, impedendo comunque il prodursi degli effetti che dal reato avrebbero potuto derivare”. Così ROMANO, Mario. *Sub pre-art. 150*. In: ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni, PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*. vol. III. Giuffrè: Milano, 1994, p. 7.

BIBLIOGRAFIA

- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Giuffrè: Milano, 1966
- FALZEA, Angelo. *Accertamento*. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970
- FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica*. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970
- GIANGRECO, Mattia. *Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista*. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2024
- LO GIUDICE, Alessio. *Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto. La legislazione penale 2021* (disponibile in <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Lo-Giudice.pdf>)
- NEGRI, Daniele. *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. Sistema penale n. 2, 2022*, pp. 51-63 (https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf)
- NEGRI, Daniele. *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*. Giappichelli: Torino, 2004
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*. Carl Heymanns: Mainz, 1986
- ROMANO, Mario. *Sub pre-art. 150*. In: ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni, PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*. vol. III. Giuffrè: Milano, 1994
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito. InDret n. 1, 2008* (disponibile in <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf>)
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication. University of Richmond Law Review 1994, v. 29, n. 1, pp. 99-137* (disponibile ora in <https://core.ac.uk/download/pdf/232781656.pdf>)

Authorship information

Stefano Ruggeri. Professore ordinario di diritto processuale penale, Professor of European and Transnational Criminal Justice, Dipartimento di Giurisprudenza 'Salvatore Pugliatti', Università degli Studi di Messina, Italia. Doctor iuris in Diritto e procedura penale presso la Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Italia. Borsista in qualità di Experienced Researcher della Fondazione Alexander von Humboldt. stefano.ruggeri@unime.it

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/06/2025
- Editorial review and plagiarism check: 20/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

RUGGERI, Stefano. Editorial: Libertà e tutela dell'innocenza. Una riflessione su dinamiche e valori dell'accertamento penale a fronte di fenomeni estintivi nell'esperienza processuale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1258, mai./ago. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1258>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.