

Marco Nicola Miletta

Ombre sull'innocenza.

La formula dubitativa nel processo penale dell'Italia liberale

### 1. *Il fantasma del non consta*

Il dubbio, scandiva Francesco Carnelutti, è «il germe del processo penale»<sup>1</sup>. Esiste, però, anche un dubbio che sopravvive, coriaceo, al procedimento e che l'antica sapienza legale condensava in icastiche ammissioni (*non liquet*, *non consta* e simili) dei limiti dell'umana giustizia<sup>2</sup>. Ancora ai primi dell'Ottocento, il Consiglio Legislativo del Regno Italico spiegava al viceré Eugenio Beauharnais che la scelta di adottare, nel Terzo Progetto Romagnosi di codice di procedura penale, una formula intermedia per i giudizi di alto criminale (*Non consta abbastanza che sia colpevole*, art. 492) intendeva sollevare dall'imbarazzo l'«uomo giudice», spesso inchiodato da indizi contrastanti dinanzi al dubbio tra il condannare un innocente e il rischio di «rivomitare nella società un ribaldo»: il *non liquet* non precludeva il prosieguo delle indagini e consentiva di condizionare la libertà dell'accusato<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, pp. 87 e 89.

<sup>2</sup> Girolamo Bellavista, *Il processo come dubbio*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n.s., X, 3, 1967, p. 764: la formula dubitativa, tanto «presuntuosamente criticata», non era che l'ammissione di umana incertezza del giudice. Ivi, p. 770: «Il trionfo [...] del dubbio nel processo, *id est*, del processo come dubbio, si verifica nella fase terminale di esso quando questo si concluda con la formula assolutoria per insufficienza di prove».

<sup>3</sup> Ettore Dezza, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam, 1983, p. 304; *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico*, a cura di Ettore Dezza, Milano, Giuffrè, 1985, p. 365; *Codice di procedura penale del Regno d'Italia*, Milano, Dalla Reale Stamperia [1807], pp. 153-157 per alcuni esempi (art. 492, 493, 496<sup>2</sup>, 500) di impiego dell'espressione *non consta* nelle sentenze di *alto criminale*. Nelle Due Sicilie il *Codice per lo Regno (Leggi della procedura ne' giudizi penali)* contemplava (art. 277), tra le formule terminative a disposizione della Gran Corte Criminale alla fine del dibattimento, la dicitura *Non consta che abbia commesso*. Essa (ricordava Niccola Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie esposta [...] con le formole corrispondenti [...]. Parte terza Vol. II*, Napoli, Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1831, § 1072, p. 431) non era «approvata dalle leggi francesi»: e tuttavia i

Nel corso del secolo XIX, però, la rimodulazione della dialettica autorità / libertà che investì frontalmente il rito penale rese sempre più claustrofobico quel limbo in cui per secoli il potere giudiziario aveva recintato le innocenze dimidiate. Ai perenni appelli alle esigenze securitarie e repressive si contrapponeva con crescente dignità costituzionale la pretesa dell'assolto col beneficio del dubbio di evadere dall'aura di inaffidabilità etica e civica, di dileguare le ombre, di veder rispettati i valori supremi del galantomismo, della reputazione, dell'onore. Per la speciale intensità di questa polarizzazione le pagine seguenti si concentrano sulla giustizia dell'Italia liberale nell'arco cronologico compreso tra i primi due codici di rito unitari (1865-1913).

## 2. *Sgradite assimilazioni: la disciplina del 1865*

In quella stagione-laboratorio, a dispetto dei vantati progressi del *giure penale*, i fantasmi dei congegni d'antico regime (*non liquet*, *non consta*, *absolutio ab instantia*) ancora turbavano la memoria dei penalisti<sup>4</sup>, forse perché la retorica, peraltro nient'affatto corale<sup>5</sup>, sulla presunzione d'innocenza stentava a dispiegare i suoi effetti non solo *durante* ma anche *al termine* del processo<sup>6</sup>. Su «Nuova Antologia» del 1901 Luigi Lucchini se ne doleva: egli temeva che l'«empirismo atavico» mirasse a «ripristinare il *non consta* nelle sentenze definitive, a esprimere una decisione di *dubbio*» inammissibile in un «paese libero e civile»<sup>7</sup>.

codificatori napoletani l'avevano tratta dal *non liquet* del diritto romano, il quale non permetteva che «si confondesse con la stessa formola il reo fortunato con l'innocente perseguitato ingiustamente o per errore».

<sup>4</sup> Cfr., ad es., Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Volume IV*, Torino, Fratelli Bocca, 1878<sup>2</sup>, § 1198, p. 66; Enrico Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881, pp. 134-135 e ivi, p. 135, nt. 1 (criticato da Arturo Rocco: v. *infra*, § 4). Il riferimento alla storia del processo moderno si affacciava, puntuale, nelle varie edizioni del *Trattato di diritto processuale penale italiano* di Vincenzo Manzini: v. ad es. l'ed. con prefazione di Alfredo Rocco Ministro della Giustizia. *Volume primo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, n. 7, p. 46.

<sup>5</sup> Com'è noto, Enrico Ferri, *Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Fratelli Bocca, 1892, pp. 596-597 considerava la presunzione d'innocenza il più tipico effetto delle «esagerazioni individualistiche» della scuola classica. Vincenzo Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1912, n. 40, p. 54 definiva il criterio «paradossale e contraddittorio», un'«assurdità teorica, escogitata dall'empirismo francese» ma smentita dall'«esperienza storica collettiva», la quale non mostrava affatto che la maggioranza degli'imputati fosse innocente.

<sup>6</sup> Cfr. sul punto Francesco Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2014, *Introduzione*, p. XIII; ivi, pp. 13-14, nt. 24.

<sup>7</sup> Luigi Lucchini, *Giustizia per tutti. A proposito di un nuovo Codice di procedura penale*, «Nuova Antologia», 36, vol. XCVI (della raccolta CLXXX), fsc. 718 (16 novembre 1901), pp. 249-250.

D'altronde la disciplina delle pronunce dubitative tratteggiata dal primo codice 'italiano' di procedura penale, quello – mai gradito ai carrariani<sup>8</sup> – del 1865, non brillava per garantismo. Essa prevedeva che il giudice dell'istruzione (camera di consiglio, giudice istruttore o sezione d'accusa) emettesse *ordinanza* di non farsi luogo a procedimento (*sentenza* nel caso della sezione d'accusa) per insufficienza d'indizi: era questa, accanto al fatto non costituente reato e alla prescrizione o estinzione dell'azione penale, una delle tre formule *terminative* del non luogo (artt. 250, 257, 434 c.p.p. 1865). Il giudice di merito, invece, pronunciava *sentenza* di assoluzione dell'imputato quando non ne fosse stata provata la reità (artt. 343 [pretore] e 393<sup>2</sup> [tribunale]); per la corte d'assise una disposizione equivalente fu introdotta dalla legge sui giurati 8 giugno 1874, n. 1938, la quale modificò l'art. 512 stabilendo che il presidente, sempre mediante *sentenza*, dichiarasse *assolto* l'accusato non solo quando i giurati lo avessero dichiarato «non colpevole» ma anche «non convinto».

Già questi riferimenti normativi lasciano intravedere in filigrana una trama lessicale sottile e sofferta<sup>9</sup>. In linea di massima, la dottrina riteneva che, mentre il lemma *assoluzione* indicasse lo scioglimento del nesso tra fatto (certo) e soggetto, il *non luogo a procedere* rimandasse all'oggettività del fatto materiale, alla sua indole giuridica o alla perseguibilità del reato<sup>10</sup>. Perciò l'etichetta di *assoluzione* (anziché *non luogo*) apposta dal legislatore del 1865 sulle sentenze dubitative dibattimentali non era casuale. Come si è acutamente osservato, lo «slittamento» semantico serviva ad attrarre impropriamente la

<sup>8</sup> Francesco Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale*. Prolusione al corso di Diritto criminale dell'a.a. 1873-74 [12 novembre 1873], nella R. Università di Pisa, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, V, Lucca, Tipografia Giusti, 1874, p. 36 proponeva provocatoriamente, com'è noto, di «gettare alle fiamme» il c.p.p. 1865.

<sup>9</sup> Silvio Longhi, *Delle formole di proscioglimento delle ordinanze e delle sentenze penali*, «Rivista Penale», XXVI, 1900, vol. 51, fsc. 2, p. 129 giudicava, al contempo, «prolisce» e carenti le formule di proscioglimento adoperate dal c.p.p. 1865.

<sup>10</sup> Giuseppe Borsani, Luigi Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato [...] Libro secondo [...] Volume sesto*, Milano, Coi Tipi Luigi di Giacomo Pirola, s.d. [1884], § 1978, p. 50; Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1895, n. 321, pp. 339-340; Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), p. 131. Giudicava l'impostazione lucchiniana troppo semplicistica Arturo Rocco, *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, «Rivista Penale», XXXI, 61, 1905, p. 29, nt. 2. Questi, limitando l'analisi alle sentenze dibattimentali, sosteneva che le sentenze della corte d'assise che dichiaravano l'accusato *non abbastanza convinto* appartenessero al genere *assoluzione* (ivi, p. 26); le sentenze dei cd. giudizi minori (quelli, cioè, celebrati dinanzi a tribunali e pretori) che dichiaravano non provata l'esistenza del fatto rientrassero nella tipologia del *non luogo a procedere* (ivi, p. 23). A proposito di queste ultime, Rocco precisava che costituiva dichiarazione di *non luogo*, e non *assoluzione*, anche la sentenza definitiva la quale non potesse escludere l'esistenza del fatto ma non lo ritenesse abbastanza provato (ivi, p. 23, nt. 3); e ciò all'opposto di quanto aveva sostenuto Saluto, *Commenti* (1878), IV, cit. (nt. 4), § 1339, p. 278. Per una spiegazione del termine *assoluzione* adoperato dall'art. 512 (come novellato dalla riforma della giuria) per contrassegnare le sentenze di non provata reità emesse dalla corte d'assise v. Longhi, *Delle formole*, cit. (nt. 9), p. 133.

non provata reità nell'area 'sogettiva' dell'*assoluzione*, in modo che, liberato – con formula dubbia – l'imputato, il procedimento potesse eventualmente riavviarsi nei confronti di altri soggetti: possibilità che sarebbe stata, invece, inibita dal *non luogo a procedere*. Al contempo, l'opzione terminologica dissimulava sottilmente la permanenza d'un dubbio a carico dell'assolto: un dubbio che lo lambiva, per l'appunto, quale soggetto in carne e ossa, e non come sfortunato partecipante d'un processo 'fallito' per ragioni oggettive<sup>11</sup>.

Il primo, vero *punctum dolens* riguardava però i proscioglimenti istruttori. L'art. 250 c.p.p. 1865, che accomunava cause di *non luogo a procedimento* piuttosto eterogenee: fatto non costituente reato, insufficienza d'indizi, azione prescritta o estinta. Secondo il Saluto, autore di uno dei testi-guida dell'esordiente processual-penalistica italiana, quella norma assimilava ordinanze definitive, quale la declaratoria che il fatto non costituisse reato; e ordinanze provvisorie, come quella che, pur prosciogliendo, restava «in attesa di ulteriori indizi di reità». Ad avviso dello studioso siciliano, meglio avrebbe fatto il codice ad adottare, per le seconde, «la formola di conservarsi gli atti in archivio sino all'acquisto di nuove prove, onde a colpo d'occhio si ve[desse] l'indole del provvedimento»<sup>12</sup>.

Alle critiche del Saluto aderiva appieno l'altra opera di riferimento per i cultori della procedura penale, il Borsani-Casorati. «Ben diversi – confermano i due Autori – [era]no i caratteri e gli effetti» delle ordinanze di non luogo per inesistenza del reato e per insufficienza d'indizi. Le prime, fondate su «motivi di diritto», assumevano un «valore [...] assoluto»; le seconde soltanto relativo, essendo suscettibili di svanire al «sopraggiungere di nuove prove». Quanto agli effetti, solo l'assolto con formula piena poteva chiedere, *ex art. 604 c.p.p.*, la cancellazione dell'imputazione dai registri penali (v. *infra*, § 5). Per distinguere le due situazioni, proseguivano gli Autori, non restava che sobbarcarsi – come capitava spesso proprio in occasione d'una richiesta di cancellazione – una faticosa e spesso non risolutiva lettura della motivazione dell'ordinanza proscioglitrice. A tale disagio 'amministrativo' si sommava il comprensibile fastidio del cittadino prosciolto con formula piena: a costui, già «colpito dalla sciagura di una ingiusta imputazione», risultava forse indifferente – si domandavano retoricamente Borsani e Casorati – vedersi congedato con formula identica (*non luogo a procedimento*) a quella rilasciata a un «malfattore» che se l'era cavata soltanto grazie all'insufficienza d'indizi, magari carpita in virtù di «maneggi», «astuzia» o «accidentali circostanze»? Se, per dirla con Romagnosi, il procedimento preliminare rap-

<sup>11</sup> Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), pp. 33-36. Nel mancato accertamento del fatto, che dava origine al *non luogo*, l'A. (ivi, p. 32) ipotizza un retaggio dell'antica *inquisitio generalis*.

<sup>12</sup> Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Volume II*, Torino, Fratelli Bocca, 1882<sup>3</sup>, § 826, pp. 631-632.

presentava una forma di «cortesia» verso l'imputato, un tentativo, cioè, di risparmiargli l'angoscia del pubblico dibattimento, quale «cortesia» avrebbe mai procurato scoprirsi accostati a un «malfattore fortunato»? Sarebbe stato, dunque, opportuno – questa la larvata proposta dei due studiosi – che intervenisse la legge per differenziare la «formola dispositiva» tra le diverse ipotesi di proscioglimento istruttorio<sup>13</sup>.

Per uscire dall'*impasse*, Silvio Longhi suggeriva di adottare una soluzione opposta e di adoperare in tutti gli stadi e gradi del procedimento un'unica pronuncia liberatoria, del *genus* dell'assoluzione, corredata da una «enunciazione sintetica della causa» del proscioglimento: non provata reità, legittima difesa, susseguito matrimonio, remissione, prescrizione, infermità di mente etc. Il giudice avrebbe potuto dichiarare che, «*allo stato degli atti*, il prevenuto *non risulta[va] autore del fatto addebitatogli*»: affermazione conciliabile con «la riserva di ritornare sul fatto» in caso di sopravvenienza di nuove prove<sup>14</sup>.

### 3. Dall'istruzione al giudizio: la spada di Damocle

Prima ancora della premura per la dignità personale del proscioltto 'pieno', un motivo processuale consigliava di tener separata la posizione di chi avesse ottenuto una formula istruttorie dubitativa: il fatto che costui potesse contare su una pronuncia (l'ordinanza di non luogo *per mancanza di sufficienti indizi di reità*, art. 266 c.p.p. 1865) dal valore meramente *relativo*, la quale avrebbe perso «autorità decisoria» al sopraggiungere di nuove prove<sup>15</sup>. Tale sopravve-

<sup>13</sup> Giuseppe Borsani, Luigi Casorati, *Codice di procedura italiano commentato [...]. Libro primo e secondo [...]. Volume terzo*, Milano, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1878, § 949, pp. 137-139; ivi, p. 138 l'espressione «malfattore fortunato» e la citazione da Gian Domenico Romagnosi, *Progetto del codice di procedura penale pel cessato Regno d'Italia con aggiunte e riforme al medesimo [...]*, Prato, Nella Tipografia Guasto, 1838<sup>4</sup>, p. 251: «Il giudizio di accusa», non essenziale, rispondeva all'interesse del processato e costituiva «una *cortesia*» nei suoi confronti; affinché questi non si trovasse «tutt'ad un tratto» sottoposto a un pubblico giudizio, «per un riguardo [...] alla sua riputazione o alla sua libertà» lo si assoggettava a un «giudizio preliminare» che avrebbe valutato se «risparmiargli l'apparecchio angoscioso d'un pubblico dibattimento». I vocaboli «maneggi», «astuzia» etc. si leggono invece in Borsani-Casorati, *Codice*, VI (1884), cit. (nt. 10), § 1978, p. 51. L'eventualità che l'assolto per non provata reità fosse un «fortunato» era ventilata anche da Saluto, *Commenti* (1878), IV, cit. (nt. 4), § 1345, p. 292.

<sup>14</sup> Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), pp. 144-147. L'A. (ivi, pp. 142-143) riteneva che la proposta di differenziare i proscioglimenti istruttori mediante diciture diverse (come avveniva per le pronunce liberatorie dibattimentali) non potesse funzionare: il codice di rito, infatti, utilizzava con significati equivoci le locuzioni *non farsi luogo* e *assolvere*. Sulla proposta del Longhi era, a sua volta, perplesso Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), p. 29, nt. 2. Cfr. Morelli, *Le formole*, cit. (nt. 6), p. 116 e ivi, nt. 66.

<sup>15</sup> A rigor di termini, l'art. 266 c.p.p. 1865 (secondo cui il proscioltto in istruttoria per insufficienti indizi di reità «non potrà più essere molestato per lo stesso fatto, salvo che sopravvengano nuove prove a suo carico») si riferiva esclusivamente al proscioltto con formula dubitativa. Come osserva Morelli, *Le formole*, cit. (nt. 6), p. 11, la scelta di precludere una ripresa del processo in tutti i casi diversi

nienza, secondo Borsani e Casorati, agiva come condizione risolutiva: prima dell'eventuale verificarsi della stessa, il giudicato conservava un valore «pieno ed assoluto», tanto che più volte la Cassazione di Napoli aveva consentito al prosciolti per insufficienza d'indizi di testimoniare al dibattimento d'un processo nel quale era stato, inizialmente, imputato<sup>16</sup>.

La giurisprudenza, però, tendeva a forzare la lettera del codice (art. 266) e a disporre la riapertura dell'istruzione anche al di fuori dell'ipotesi di proscioglimento per insufficienza d'indizi. Lo strappo veniva motivato con la necessità di badare alla sostanza delle situazioni processuali e di non lasciarsi irretire dall'«incantesimo di una formula». Come avrebbe limpidamente spiegato Finocchiaro-Aprile nella relazione al codice del 1913, il giudice dell'istruzione, «quasi movendo dal presupposto» che le formule di proscioglimento contemplate dal c.p.p. 1865 non fossero «tassative», ne escogitò altre «suggerite dal sentimento della realtà»: non luogo a procedere per *inesistenza* del fatto, per supposta *esenzione* dell'imputato da pena, per *inesistenza* o *difetto* (anziché *insufficienza*) d'indizi. Quest'ultima, in particolare, si era rivelata un'«ingegnosa soluzione», in grado di resistere a critiche e a richiami: grazie alla crasi tra *inesistenza del reato* e *insufficienza d'indizi*, il giudice si svincolava dall'imbarazzo tra la necessità di apporre una «pietra» tombale sul procedimento e il rischio d'imprimere «una macchia sul passato dell'imputato»; restava a metà del guado senza esprimere «né l'onta del dubbio, né una sicura risoluzione»; salvava i «legittimi interessi dell'imputato», ma anche quello della società a un'eventuale riapertura dell'istruzione<sup>17</sup>.

dall'insufficienza di prove era *politica*, non *logica*, nulla impedendo l'emersione di fatti nuovi anche in presenza delle altre formule di proscioglimento. E difatti la regola mutò nel c.p.p. 1913, il quale ammise, per l'appunto, la riapertura a carico di *tutti* i prosciolti. Quanto al significato da attribuire al concetto di *nuove prove*, nel c.p.p. 1865 il parametro era offerto dall'art. 445<sup>2</sup> (concernente, per la verità, la sezione d'accusa): esso precisava che tali dovevano intendersi le testimonianze, i documenti e i verbali non sottoposti, in precedenza, allo stesso ufficio e atti sia ad avvalorare le prove ritenute dapprima insufficienti sia a «sommministrare nuovi mezzi utili alla scoperta della verità». Manzini, *Manuale* (1912), cit. (nt. 5), p. 586 insisteva sulla necessità di interpretare in senso non formalistico la locuzione *nuove prove*.

<sup>16</sup> Borsani-Casorati, *Codice*, III (1878), cit. (nt. 13), § 942, pp. 129-128. Cfr. anche Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), n. 267, p. 296; Longhi, *Delle formole* (1900), cit. (nt. 9), p. 130.

<sup>17</sup> Rispettiv. Camillo Finocchiaro-Aprile, *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905 [...]*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Lodovico Mortara, Alessandro Stoppato, Guglielmo Vacca, Augusto Setti, Raffaele Denotaristefani, Silvio Longhi. *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume secondo [...]*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913 [d'ora in avanti: Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*], pp. 230-231 (desiderio di non schierarsi nella diatriba); ivi, p. 230 (comprensione per «gli sforzi dell'ermeneutica»); ivi, p. 231 («incantesimo»); Camillo Finocchiaro-Aprile, *Relazione a S.M. il Re [...] presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913*, in *Commento al Codice di procedura penale* cit. *supra* (in questa nt.), *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume terzo [...]*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1915 [d'ora in avanti: Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913)], p. 577 (le rimanenti considerazioni). Ai tentativi dei giudici, sotto la vigenza del c.p.p. 1865, di *sostituire* «con altre locuzioni» la formula del proscioglimento per insufficienza d'indizi accennava Pasquale



Attraverso percorsi teorici, parte della dottrina avallava indirettamente le strategie della giurisprudenza. Matteo Pescatore insegnava (1864) che l'irrevocabilità delle pronunce istruttorie di non luogo andava valutata distinguendo tra questioni di fatto e questioni di diritto: sulle prime (egli portava proprio il caso dell'insufficienza d'indizi) il «giudicato» si formava, ma «solo nei limiti della questione decisa», tanto da venir travolto se fossero emerse nuove prove; sulle seconde (ad esempio: prescrizione, estinzione) la decisione andava considerata assunta, almeno di norma, *in termini assoluti*<sup>18</sup>.

Allarmato forse dal rischio che la volatilità dei proscioglimenti istruttori divenisse la 'regola', Lucchini invitava ad attenersi al dettato codicistico. Quest'ultimo, a suo parere, prescriveva inequivocamente che, dei tre possibili motivi del non luogo a procedere istruttorio (fatto non costituente reato; azione prescritta o estinta; mancanza di «sufficienti indizi di reità»), i primi due davano luogo a ordinanze definitive, mentre il terzo procurava una dimissione non definitiva ma *condizionata* «dalla persecuzione giudiziale»: *condizionata*, s'intende, al sopraggiungere di nuove prove a carico (art. 266). Peraltro il penalista veneto considerava ingiustamente punitiva anche quest'unica ipotesi di proscioglimento condizionato: «Non sembra ragionevole lasciare indefinitamente esposto il cittadino alla mercé di un procedimento, che l'autorità giudiziaria ritiene esaurito»; inoltre, se si ammetteva l'eventualità della riapertura «in pregiudizio dell'imputato», sarebbe apparso opportuno, per simmetria, concedergliela anche a favore, perché potesse «dimostrare oggettivamente o soggettivamente la propria innocenza»<sup>19</sup>. Si noti, per inciso, che qualche anno

Tuozi, *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, Milano, Vallardi, 1914, p. 310, nt. 2.

<sup>18</sup> Matteo Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale [...]. Vol. I – Parte II. Procedura criminale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1864, pp. 119-120. È probabile che il Pescatore, per spiegare in che senso una pronuncia istruttoria generasse un giudicato irrevocabile soltanto «nei limiti della questione decisa», scegliesse di citare le sole dichiarazioni d'insufficienza d'indizi perché l'esempio risultava più efficace. Più espliciti (ma la loro esposizione somigliava, invero, a una semplice riflessione di teoria generale), Borsani-Casorati, *Codice*, III (1878), cit. (nt. 13), § 942, p. 128 riconoscevano un valore *relativo* a tutte le ordinanze istruttorie di proscioglimento basate su motivi *di fatto*: non solo, dunque, all'insufficienza d'indizi ma anche alla dichiarazione che l'esistenza del fatto non fosse sufficientemente stabilita. Dal suo canto Giuseppe Rebaudi, *I provvedimenti istruttori e la cosa giudicata*, «La Giustizia penale», II, 1896, coll. 1165-1169, col supporto di ampia dottrina (*École de l'exégèse*) e giurisprudenza francesi e italiane, riproponeva la dicotomia tra questioni di fatto e di diritto e riassumeva: le ordinanze di non luogo per insufficienza d'indizi erano provvisorie; le ordinanze fondate sulla mancanza d'un elemento costitutivo del reato o sull'improcedibilità erano definitive e irrevocabili, salvo l'insorgere di nuove prove che modificassero i fatti alla base della questione di diritto; non erano mai definitive, né produttive di cosa giudicata, le ordinanze escludenti il fatto materiale o la colpevolezza dell'inquisito.

<sup>19</sup> Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 267, p. 296. Anche in altra sezione dell'opera (ivi, § 98, p. 110) l'A. ricordava che le pronunce istruttorie di proscioglimento meritavano il rango di regiodicata, ad eccezione (per effetto del combinato disposto degli artt. 266 e 445 c.p.p. 1865) del *non luogo* per *insufficienza d'indizi*; e coglieva l'occasione per rimarcare un'«incoerenza» tra il divieto per il prosciolto *in istruttoria* con formula dubitativa di chiedere la riapertura dell'istruzione e la facoltà, accordata invece al condannato al termine del *giudizio*, di domandare la revisione della condanna.

prima un libero docente napoletano, Giuseppe Semmola, aveva addirittura perso un concorso a cattedra per essersi azzardato a proporre la riapertura dell'istruzione anche a favore del prosciolto per insufficienza d'indizi, in modo da affrancarlo dalla perenne «incertezza»<sup>20</sup>.

Confortato dalla tesi di Lucchini, su «Giustizia Penale» l'avvocato genovese Giuseppe Rebaudi richiamò al rigoroso rispetto della definitività e irrevocabilità delle ordinanze istruttorie di non luogo, ad eccezione, ovviamente, delle dichiarazioni di insufficienza d'indizi (*ex art. 266 c.p.p.*). Su questi presupposti egli dissentiva da una sentenza della Cassazione di Roma (10 giugno 1879) che, travolgendo un precedente giudicato istruttorio (e precisamente l'assoluzione d'un presunto omicida emessa da una sezione d'accusa sulla base d'un erroneo presupposto di fatto), aveva rinviato l'imputato alla corte d'assise: ad avviso dello studioso, la sezione d'accusa, nel dubbio sulle cause del decesso, aveva sbagliato a non dichiarare il non luogo per insufficienza d'indizi; però, una volta qualificata accidentale la morte, il proscioglimento doveva ormai ritenersi passato in giudicato e non più tangibile dalla Suprema Corte neppure se il fatto si fosse poi rivelato reato<sup>21</sup>.

Nella medesima logica di ossequio verso la regiudicata, da lui elevata a presidio della «pubblica fiducia dei cittadini», Arturo Rocco diffidava dall'applicare la riapertura del procedimento, ammessa soltanto per le ordinanze istruttorie d'insufficienza d'indizi, alle corrispondenti sentenze *di merito* di non provata reità. A una così indebita estensione gli pareva ostassero sia una «sostanziale diversità di natura» (le sentenze di merito, a differenza delle altre, erano «illuminate dalla luce» dell'oralità e del contraddittorio pubblico); sia il divieto di interpretare in via analogica norme restrittive del «libero esercizio dei diritti dei cittadini» e i «*principi generali* del diritto processuale penale» (artt. 4 e 3 delle pre-leggi c.c. 1865). Canoni che, per Rocco, convergevano verso una generale irretrattabilità della cosa giudicata<sup>22</sup>.

Del resto, per restare alle pronunce assolutorie dibattimentali, la presunzione d'innocenza – come ammetteva con qualche remora il Saluto – rendeva

Per completare la descrizione della *deminutio* processuale in cui versava il prosciolto (in istruttoria) per insufficienza d'indizi Lucchini rilevava (ivi, § 419, p. 427) come questi, non potendo contare sul passaggio in giudicato del provvedimento, restasse esposto all'ammonizione di pubblica sicurezza, alla vigilanza speciale e al domicilio coatto.

<sup>20</sup> Giuseppe Semmola, *Il diritto della difesa di fronte a un'assoluzione per insufficienza d'indizi*, «Il Filangieri», IX, 1884, pt. I, pp. 49-71 e spec. p. 50. Ho ricostruito la vicenda in *La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 1, 2019, *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, pp. 224-225.

<sup>21</sup> Rebaudi, *I provvedimenti istruttori* (1896), cit. (nt. 18), coll. 1185-1188.

<sup>22</sup> Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 31-32. Basti un cenno alla monografia dello stesso Arturo Rocco, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, I-II, Modena, Soliani, 1900 [e 1904].



ormai non conforme allo Statuto il rischio che sul capo dell'assolto in giudizio pesasse «la spada della giustizia [...] ad onta di una discussione formale» della causa: a carico di costui, anzi, il legislatore italiano aveva evitato di addossare le misure precauzionali del passato<sup>23</sup>. Dal loro canto, Borsani e Casorati respingevano le critiche rivolte al codice per aver equiparato, con riferimento ai giudizi pretorili, l'assolto pieno e l'assolto per non provata reità. Essi osservavano come il passaggio in giudicato di *qualsiasi* sentenza assolutoria simboleggiasse, per l'assolto con formula dubitativa, la restaurazione *ministerio legis* della presunzione d'innocenza; e costituisse anzi, di questo principio, un riscontro concreto («una sanzione pratica»), che spazzava la «macchia indelebile» dal «presunto innocente». Se in passato – riflettevano i due Autori – si tollerava la «spada di Damocle» incombenente sull'assolto per non provata reità, ora «la legge, più equa e più umana», pretendeva che avessero «un termine le ambasce» e i danni dei cittadini processati e che questo termine scoccasse al passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione<sup>24</sup>.

La *Relazione* Finocchiaro-Aprile del 1905 non fece che constatare la tendenza da un lato a classificare come irrevocabili le sole sentenze successive al *giudizio*, dall'altro a non riconoscere alle pronunce istruttorie, «comunque [fosser]o definite, autorità di cosa giudicata». D'altra parte, aggiungeva il ministro da un'ottica di accusatorio 'puro', l'istruzione avrebbe dovuto sempre più ridursi a mera preparazione del dibattimento e approdare a sentenze [*sic*] «provvisorie». Inevitabile la conclusione: il futuro codice avrebbe consentito la riapertura dell'istruzione rispetto a *tutte* le sentenze di proscioglimento istruttorio, ragione in più per eliminare – come programmato nel Progetto 1905 – dal relativo dispositivo «l'enunciazione del motivo specifico»<sup>25</sup>.

#### 4. «*Infami ricordi*»: non liquet e scuola positiva

Nel dibattito sull'insufficienza di prove la scuola positiva s'inserì utilizzando il canale della critica alla giuria, notoriamente stigmatizzata dai pionieri

<sup>23</sup> Saluto, *Commenti*, IV (1878), cit. (nt. 4), § 1198, p. 66. Cfr. anche ivi, § 1345, p. 292: «Non si è creduto conveniente che l'imputato, esposto alla solennità di un pubblico dibattimento», una volta assolto in giudizio potesse esser nuovamente assoggettato «alla stessa pruova, agli stessi palpiti, alle stesse incertezze», ad angosce pregiudizievoli anche ai «rapporti sociali». Certo, ammetteva l'A., si correva così il rischio di equiparare «la condizione dell'uomo fortunato [...] a quella dell'innocente. Ma l'imperfezione delle leggi, o l'imperfezione umana» nella ricerca della verità, non dovevano «ridondare in pregiudizio de' cittadini».

<sup>24</sup> Borsani-Casorati, *Codice*, VI (1884), cit. (nt. 10), § 1978, § 1978, pp. 51-52 (l'argomento era affrontato nelle pagine dedicate al giudizio pretorile: l'art. 344 c.p.p. 1865, infatti, stabiliva che l'imputato era *assolto* dal pretore sia se non avesse commesso il fatto, sia se la sua «reità» non fosse «provata»).

<sup>25</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 231.

di questo indirizzo come vacuo simulacro della giustizia liberale. La dissertazione presentata da un giovanissimo Enrico Ferri all'Università di Torino per la libera docenza (17 dicembre 1879) proponeva di riformare il giurì consentendogli, come negli ordinamenti anglosassoni, la dichiarazione di *non consta* in caso di dubbio sulla colpevolezza: la pronuncia avrebbe lasciato impregiudicata la riapertura del processo qualora si fossero ripresentati «nuovi e gravi indizi»<sup>26</sup>. Nella monografia del 1881 il penalista mantovano rilanciava l'idea, negando che essa contrastasse con qualche «precetto fondamentale di diritto»: «Non saprei vedere, come un individuo, che dopo la lunga trafila del processo scritto e dopo il dibattimento rimane *gravemente sospetto* [...], possa tuttavia esigere dalla società una dichiarazione di completa innocenza»; il suo solo diritto era quello di chiedere «che non lo si condanni prima di avere completate le prove della sua colpevolezza»<sup>27</sup>. A partire dall'edizione del 1892 la ferriana *Sociologia criminale* puntellò la proposta aggiungendo che la dicitura *non consta* avrebbe, di riflesso, allontanato dagli assolti con formula piena quell'«ombra di diffidenza e di dubbio» percepita dalla «pubblica opinione»<sup>28</sup>.

Sin dal 1881 Ferri aveva trovato una sponda nella raccolta di saggi compilata da Erio Sala in occasione della legge di riforma della giuria. In quella silloge il giurista modenese abbozzava una possibile rimodulazione dei quesiti: anziché accontentarsi della scarna alternativa tra «formola negativa o positiva», figlia del pregiudizio per cui dai giurati non si potessero pretendere «motivi e ragionamenti», sarebbe stato più proficuo domandar loro, in prima battuta, se il processato fosse colpevole; quindi, in caso di risposta negativa, se lo considerassero incolpevole perché lo *credevano innocente* ovvero *perché mancavano le prove* della colpevolezza. Per Sala la riforma, auspicabilmente da estendere a tutte le magistrature penali, avrebbe appagato l'«interesse della società» a veder mandati assolti «uomini che crede[va] indubbiamente colpevoli»; avrebbe reso i giurati più cauti nel dichiarare l'innocenza e tenuto i delinquenti «in continuo sospetto»<sup>29</sup>.

L'iniziativa di Sala echeggiava i malumori anti-garantistici esplosi nel dibattito parlamentare sulla riforma della giuria (1874). In quel contesto l'ono-

<sup>26</sup> Enrico Ferri, *Cenno critico sulla giuria in Italia* [17 dicembre 1879], «Diritto Penale XXI secolo», XII, 1, 2013, p. 150.

<sup>27</sup> Ferri, *I nuovi orizzonti* (1881), cit. (nt. 4), p. 135. L'A. chiariva (ivi, nt. 1) che la proposta non intendeva ripristinare l'istituto dell'assoluzione *ab instantia*, per il quale rimandava a Leopoldo Armadori, *Dissertazione storico-critico-legale sulla questione se il cittadino inquisito o accusato di un delitto abbia dritto, di essere dichiarato innocente, quando dagli atti non risultino né prove né indizj, che lo abbia commesso*. Seconda edizione, Senigallia, pel Lazzarini, 1821.

<sup>28</sup> Ferri, *Sociologia* (1892), cit. (nt. 5), p. 603.

<sup>29</sup> Erio Sala, *Sullo istituto della giuria nei giudizi penali e sulla legge relativa 8 giugno 1874 [...]*. Volume primo, Modena, Tipografia di Vincenzo Moneti, 1875, pp. 225-226.

revoles Gaetano Spina, per esempio, non si capacitava del perché l'art. 509, mentre consentiva alla corte d'assise di rinviare la causa ad altro giurì quando ritenesse che la maggioranza dei giurati si era ingannata sul fatto principale in danno dell'accusato, non approntasse alcun correttivo per l'ipotesi speculare dell'«ingiusta assoluzione». Il deputato si accalorava: «Signori, quando un cittadino è tradotto sullo scanno dei giudicabili, non è a caso che è colpito dalla giustizia»; contro di lui erano già state «vagliate delle prove», si erano già espresse le magistrature istruttorie e la sezione d'accusa; «ogni verdetto ingiustamente assolutorio è un pugnale di piú che si affila per fare altre vittime». In appoggio a Spina, e tra i consensi della sua parte politica, il deputato della Destra Paolo Lioy paventava che l'assoluzione del reo non suscitasse altrettanta indignazione quanto la condanna dell'innocente: atteggiamento tanto piú inquietante in un'epoca che ambiva a «bruciare i Codici» e che configurava il delitto come «un gioco morboso, e non imputabile a colpa, di cellule patologiche o di viscere palpitanti»<sup>30</sup>.

Sorvolando sulle stilette all'organicismo positivistico, Ferri apprezzò la battaglia di Spina e Lioy per la riformabilità *in pejus* del verdetto assolutorio. Egli non riusciva ad accettare che la società, per effetto di un'ennesima «esagerazione dell'*in dubio pro reo*», fosse obbligata a rispettare un giudizio «assurdo» sol perché favorevole all'accusato. Come l'individuo – concludeva Ferri, agganciandosi ai discorsi dei due deputati – aveva diritto a non esser condannato senza prove, così la società aveva diritto ad assolvere l'accusato solo se l'innocenza fosse provata, «e non proclamata, per isbaglio o per sorpresa, da qualche giurato distratto, ignaro o pusillanime»<sup>31</sup>.

Una simile metamorfosi del verdetto suonava, alle orecchie dei penalisti liberali, come un cupo rigurgito di inquisitorio, perché avrebbe reso *provvisoria* qualsiasi decisione dibattimentale. E invece, ammoniva Emilio Brusa, «i giudizi, e i penali specialmente, non sono giochi». L'accusatorio impediva la condanna non solo dell'innocente ma anche dell'imputato della cui innocenza non si fosse «del tutto certi. Volendo dissipare questo dubbio, bisognava adoperarsi con ogni miglior cura a maturare l'accusa *prima* di portarla al dibattimento *finale*»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> *Rendiconti del Parlamento italiano. Sessione del 1873-74 (Terza della legislatura XI)*. Seconda edizione ufficiale riveduta. *Discussioni della Camera dei deputati. Volume III dall'11 marzo al 5 maggio 1874*, Roma, Per gli Eredi Botta, 1874, Tornata del 21 marzo 1874, *Seguito della discussione del progetto di legge sulle modificazioni all'ordinamento dei giurati [...]*, pp. 2548-2550 (Spina; ivi, pp. 2551-2553 la replica di Mancini, componente della commissione parlamentare); ivi, p. 2554 (Lioy).

<sup>31</sup> Ferri, *I nuovi orizzonti* (1881), cit. (nt. 4), p. 137.

<sup>32</sup> Emilio Brusa, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferirebbe il vecchio*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1887, pp. 15-17.

Con altrettanta veemenza la «quasi sacrilega» proposta ferriana di recuperare il *non consta* per i verdetti del giurì<sup>33</sup> fu contestata dal fronte del nascente indirizzo tecnico giuridico. Ferri – gli rimproverava Arturo Rocco, allora giovane libero docente – non solo aveva inquadrato in termini storiograficamente non corretti i tratti distintivi del *non consta*, della *absolutio ab instantia* e del *non liquet* romano, ma aveva anche inesattamente negato, sul piano dogmatico, che il *non consta* entrasse in collisione con alcun «precetto fondamentale di diritto». Per smentire l'assunto, Rocco ricordava che, come insegnavano i 'classici' (Lucchini, Brusa, Stoppato: ma quest'ultimo, come si vedrà *infra*, § 7, avrebbe platealmente cambiato opinione), non esiste alternativa alle coppie concettuali colpevolezza / non colpevolezza, condanna / assoluzione. «L'innocenza, in materia penale, come il torto, in materia civile, non è uno *stato positivo*, ma *negativo*», è assenza di colpevolezza; pertanto è indimostrabile. Ciò che va provato è, invece, la colpevolezza: ma se l'accusatore, che ne ha l'onere, non vi riesce, ne discende, ineluttabile, l'assoluzione. Insomma, riepilogava il giovane studioso, non faceva differenza tra provare che l'imputato non aveva commesso il reato o non provare che lo aveva commesso: non *poter* condannare comportava *dover* prosciogliere, senza stadi intermedi<sup>34</sup>.

Rocco calava quindi queste linee logiche sulle concrete dinamiche giudiziarie. Il giudice, che era obbligato a risolvere in via definitiva la controversia, in caso di dubbio avrebbe dovuto scegliere tra condannare «non ostante il dubbio» o prosciogliere «non ostante la mancata certezza» dell'innocenza: «Fra le due vie chi oserà affermare che gli si debba far seguire la prima?». Restava, certo, la possibilità di accordargli il *non liquet*, di consentirgli cioè una pronuncia interlocutoria allo stato degli atti: ma quella via di fuga avrebbe travisato la funzione giudicante, trasformandola da attuativa del diritto in consultiva; avrebbe danneggiato l'interesse sociale all'autorità della cosa giudicata; avrebbe posto i cittadini imputati «in una continua e inquieta incertezza» e tramutato «ai loro occhi» la giustizia penale in strumento d'insidia anziché di protezione degli interessi di tutti. «La nostra legge», concludeva Rocco, «abolendo questo istituto pieno d'infami ricordi, ha dunque obbedito non solo alla logica dei principî giuridici, ma altresì [...] di necessità sociale e di politica opportunità. Restaurarlo sarebbe oggi un assurdo teorico e pratico, diametralmente contrario al progresso delle istituzioni giuridiche»<sup>35</sup>.

In settori non marginali della magistratura, invece, la sirena reazionaria del ritorno al *non liquet* trovava ascolto. Bandire quel meccanismo dalla fase del

<sup>33</sup> Enrico Ferri, *Sociologia criminale*. Quarta edizione. Con due tavole grafiche, Torino, Fratelli Bocca, 1900, pp. 734-735.

<sup>34</sup> Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 19, nt. 2 (obiezione 'storica'); ivi, pp. 20-21, nt. 2 (obiezione 'dogmatica').

<sup>35</sup> Ar. Rocco, *Concetto* (1905), cit. (nt. 10), pp. 21-22, nt. 2.

giudizio – si rammaricava Vincenzo Cosenza, procuratore del re di Santa Maria Capua Vetere, nel discorso vigorosamente conservatore d'inaugurazione dell'anno giudiziario 1884 – aveva portato a «equiparare all'innocente» colui del quale non si fosse dimostrata la piena colpevolezza: si era, così, disattesa la lezione di Francesco Mario Pagano, che aveva proposto l'esilio perpetuo per il reo «indiziato e non convinto». Una simile soluzione, ammetteva il procuratore sammaritano, appariva adesso impraticabile: eppure, se il «buon senso» insegnava che «chi è nel dubbio non delibera né *pro* né *contra*, perché nei tribunali deve prevalere il principio, che il dubbio sulla reità importi pronunzia di assoluzione? [...] Chi dubita può dire solo *non liquet*»<sup>36</sup>.

Cosenza faceva parte del *milieu* di positivisti 'togati' (al fianco di Garofalo, Carelli e Werber) dal quale nel 1892 sortì il primo progetto Bonacci di codice processuale penale. Questo testo, dalla circolazione semi-clandestina, dedicava due norme alle «ordinanze terminative» di proscioglimento istruttorio. La prima (art. 49) stabiliva che il giudice istruttore, qualora ritenesse gli elementi raccolti insufficienti al rinvio a giudizio, dichiarava «*allo stato degli atti non farsi luogo a giudizio*». La seconda (art. 50) gli ordinava di enunciare «espressamente nell'ordinanza» di non luogo che il fatto non costituiva reato o che l'azione penale si era prescritta o estinta o che non esistevano «indizi di reità contro l'imputato»<sup>37</sup>. Il secondo progetto Bonacci (1893), rispolverando un sintagma nelle corde degli allievi di Lombroso, obbligava il giudice, qualora avesse escluso l'esistenza del fatto o riconosciuto la completa innocenza dell'imputato, a dichiarare espressamente nella ordinanza *non essere luogo a procedimento per provata innocenza* (art. 477)<sup>38</sup>. Formula nella quale Luc-

<sup>36</sup> Vincenzo Cosenza, *Proposte di riforme penali*, «Archivio di Psichiatria», V, 1884, pp. 311-312. La citazione era tratta da Francesco Mario Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, a cura di Filippo Maria Paladini. Prefazione di Vincenzo Ferrone, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", 2009, cap. XXX, p. 112, il quale segnalava il «pericolo» che, lasciando liberi i rei non «convinti» da piena prova, il Regno fosse «inondato da un torrente di facinorosi». Il criminalista lucano suggeriva il rimedio dell'esilio perpetuo del «reo indiziato e non convinto», ferma restando la possibilità per lui di provare «ad evidenza la sua innocenza e di riprendere i dolci dritti di cittadino». È significativo che il lungo brano di Cosenza venisse letteralmente ripreso da Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca, 1885, pp. 372-373, nt. 1; Raffaele Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* [...]. Seconda edizione interamente riordinata e rifatta dall'Autore e con un'appendice di L. Carelli, Torino, Bocca, 1891, pp. 495-496, nt. 1; Ferri, *Sociologia* (1892), cit. (nt. 5), pp. 603-605.

<sup>37</sup> Progetto di modificazioni al codice di procedura penale preparato dalla Commissione istituita presso il Ministero di Grazia e Giustizia, «Il Foro penale», II, 1892, pt. III, p. 31. Sui progetti Bonacci v. Marco Nicola Miletti, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 130-137.

<sup>38</sup> Progetto del codice di procedura penale in corso di studio presso il Ministero di grazia e Giustizia, «Il Foro penale», III, 1893, vol. III, pt. III, p. 101. L'art. 477 *bis*, ricalcando l'art. 49 del Progetto 1892, precisava che se il giudice istruttore avesse ritenuto gli elementi di prova insufficienti a rinviare a giudizio avrebbe dichiarato «*allo stato degli atti non esser luogo a pubblico giudizio*». Restavano utilizzabili (art. 478), quali formule di proscioglimento, la dichiarazione che il fatto non fosse previsto

chini lesse, *a contrario*, la pervicace negazione positivista della presunzione d'innocenza<sup>39</sup>.

Non si distaccò dal modello Bonacci uno dei velleitari progetti di riforma 'settoriale' della giustizia penale presentati nell'estate del 1895 da Vincenzo Calenda, guardasigilli del quarto governo Crispi. Il ministro annunciava in Senato che in Italia si era «costantemente deplorat[a]» l'impossibilità, a causa della «mancanza di una formola esatta», di «dichiarare nell'ordinanza istruttoria di proscioglimento «la completa innocenza o la mancanza assoluta d'indizi di reità». Piuttosto che lasciare «un'ombra di sospetto» sul nome del prosciolto per *insufficienza d'indizi*, o accettare l'empirica locuzione *inesistenza d'indizi* escogitata dalle camere di consiglio, Calenda pensava convenisse introdurre una dicitura di proscioglimento (*non risultano indizi*, art. 1 del progetto) che indicasse, appunto, la completa assenza di indizi di reità. Inoltre, «sempre nell'intento di garantire meglio la riputazione dell'uomo onesto che fu vittima di una infondata denuncia», il progetto (art. 2) conferiva all'imputato che non volesse «rassegnarsi» al proscioglimento per insufficienza d'indizi la facoltà di opporsi all'ordinanza di non luogo a procedere e di richiedere una dichiarazione (così l'art. 2 del progetto) di completa inesistenza di indizi di reità a suo carico<sup>40</sup>.

Calenda toccava due nervi scoperti e tra loro interconnessi: la configurabilità d'un diritto a procurarsi una dichiarazione di *provata innocenza*, quasi una patente giudiziaria di ritrovata illibatezza; l'impugnabilità del proscioglimento dubitativo. A inizio Novecento uno scandalo giudiziario che lambì i vertici delle istituzioni diede a entrambe le questioni vasta risonanza.

Il 26 maggio 1901 la commissione istruttoria del Senato, costituitosi in Alta Corte di Giustizia, emise un'ordinanza di non luogo a procedere per insufficienza d'indizi nei confronti del senatore Antonino D'Antona, insigne chirurgo, imputato d'omicidio colposo per aver procurato con grave negli-

dalla legge come reato e l'estinzione dell'azione penale. Riguardo alla formula *provata innocenza*, ad es. Garofalo, *Criminologia* (1885), cit. (nt. 36), p. 483 proponeva di inserirla tra quelle a disposizione dei giurati (accanto a *reità provata* e *reità non provata*): l'A. non ne nascondeva l'equipollenza con l'*absolvo* romanistico (così come le altre due diciture gli parevano corrispondere a *condemno* e *non liquet*).

<sup>39</sup> Lucchini, *Giustizia per tutti* (1901), cit. (nt. 7), pp. 249-250. L'A. allineava con raccapriccio la *provata innocenza* del progetto Bonacci 1893 e la più recente contestazione mossa dal Garofalo al progetto Finocchiaro-Aprile.

<sup>40</sup> Vincenzo Calenda, [*Relazione ai*] *Progetti di legge presentati al Senato del Regno dal ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti* (Calenda V.) *nella tornata del 13 luglio 1895*. I: *Disposizioni relative alle ordinanze del giudice istruttore e della Camera di Consiglio, alle liste dei testimoni e dei periti, e alle norme del pubblico giudizio*, «Il Foro penale», IV, 1895, vol. IV, pt. III, pp. 14 (relazione) e 23-24 (schema del progetto). La misura studiata da Calenda era segnalata da Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228. Sui progetti Calenda cfr. Miletta, *Un processo*, cit. (nt. 37), pp. 137-151; ivi, p. 140 il nesso di continuità con il taglio 'positivista' dei progetti Bonacci; ivi, p. 142 notizie sul progetto qui in esame (estate 1895).



genza, nel corso d'un intervento di laparotomia, la morte del molisano Paolo Jammarino. Facendo leva su una recente modifica del regolamento del Senato, D'Antona presentò opposizione per ottenere una formula più favorevole. Ma la commissione d'accusa del Senato, sbrogliando il groviglio tra procedure regolamentari e codice di rito, gli negò il diritto di opporsi<sup>41</sup>.

La contorta *querelle* fornì a Lucchini l'occasione per dissociarsi – com'era solito fare – da un articolo che egli stesso aveva fatto pubblicare sulla sua rivista. Lo aveva firmato un avvocato pisano, Donato Jaja, il quale, ad avviso del Direttore, era rimasto vittima del «pregiudizio molto comune e volgare» per cui «un proscioglimento istruttorio per *insufficienza d'indizi*» macchiava «la reputazione del cittadino» e lo legittimava a «pretendere una dichiarazione completa e assoluta di *provata innocenza*». Ma – eccepiva Lucchini – i procedimenti e i giudizi penali non servono a certificare l'innocenza, bensì ad accertare e, eventualmente, dichiarare la *colpabilità*<sup>42</sup>.

### 5. *Biografia morale o registro del disonore: il casellario giudiziale*

La storia della formula dubitativa nell'Italia liberale s'intreccia con quella del casellario giudiziale. Questo strumento, dal quale ci si attendeva che coniugasse l'*interesse legittimo* della società a «conservare il ricordo delle imputazioni e delle condanne» e il «diritto» del cittadino «di conservare integra la sua fama e la sua reputazione»<sup>43</sup>, fu istituito con r.d. 6 dicembre 1865, n. 2644<sup>44</sup>. Con fraseggio poco felice l'art. 1, n. 2 stabiliva che nel casellario andassero riportate, per estratto, le ordinanze e le sentenze di non luogo a pro-

<sup>41</sup> Alta Corte di Giustizia - Commissione istruttoria permanente, 26 maggio 1901, *imp. sen. prof.* Antonino D'Antona, «Rivista Penale», XXVII, 1901, vol. 54, fsc. II (ago.), p. 224; Donato Jaja, *Il caso del professore D'Antona davanti al Senato*, «Rivista Penale», XXVIII, 1902, vol. 55, fsc. I (gen.), pp. 95-96; Alta Corte di Giustizia - Commissione istruttoria permanente, 20 giugno 1901, *pres.* Santamaria Niccolini, *rel.* Cerruti, *p.m.* Ricciuti, «Rivista Penale», XXVII, 1901, vol. 54, fsc. III (set.), pp. 337-339. La commissione d'accusa si fondò sull'art. 260 c.p.p. 1865, che accordava soltanto al procuratore del re e alla parte civile (non al proscioltto) la facoltà di opporsi all'ordinanza di non luogo a procedere.

<sup>42</sup> [Luigi Lucchini], Nota a Jaja, *Il caso* (1902), cit. (nt. 41), pp. 101-102, nt. \*. Dalla posizione di Lucchini avrebbe dissentito Gennaro Escobedo, *La giustizia deve non solo essere, ma apparire, serena*, «La Giustizia penale», XVI, 1910, col. 233. Sul prosieguo del processo a D'Antona, conclusosi nel 1904 con assoluzione piena, v. *Corti e Tribunali*, «Rivista Penale», XXX, 1904, vol. 59, fsc. 3, *Effemeridi*, pp. 349-350; Cass., II sez., 15 maggio 1905, *ric.* De Luca Lorenzo, «Rivista Penale», XXXI, 1905, vol. 62, fsc. 3, pp. 321-322; Escobedo, *La giustizia* (1910), cit. (in questa nt.), coll. 233-236. La vicenda è stata di recente ricostruita da Yarin Mattoni, *Un celebre caso di responsabilità medica nel Regno d'Italia: il processo al senatore D'Antona*, «Iurisdiction», 1, 2020, *Vita giudiziaria* - 3, pp. 1-24.

<sup>43</sup> Giuseppe De Nava, *Casellario giudiziale (procedura penale e regolamento giudiziario)*, in *Il Digesto italiano [...]. Volume sesto, parte seconda*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1891, p. 247.

<sup>44</sup> L'ideazione, quanto meno iniziale, del progetto si deve alla tenacia di Filippo Ambrosoli, *Proposta di riforma del metodo attualmente in vigore nei Tribunali del Regno per constatare le recidive degli imputati*, «Monitore dei Tribunali», III, 34 (23 agosto 1862), pp. 785-792.

cedere, tranne quelle che avessero dichiarato che il fatto non era stato provato o non costituiva reato ovvero quelle per le quali fosse stato pronunciato il provvedimento di cui all'art. 604 c.p.p. 1865. In base a quest'ultimo, l'imputato poteva chiedere che si *avessero per cancellate* (dunque non che lo fossero materialmente) le sentenze o ordinanze di assoluzione *divenute irrevocabili*, le dichiarazioni di non luogo a procedimento perché il fatto non costituiva reato o perché risultava non avvenuto o perché era provato che l'imputato non lo avesse commesso.

La bizzarra costruzione 'ad incastro' della norma non ne agevolava la decifrazione. Mentre, infatti, il decreto (dicembre 1865) dettava, *in positivo*, quali sentenze andassero iscritte nei cosiddetti *cartellini* del casellario appena varato, l'articolo del codice, entrato in vigore solo dieci giorni prima ma in realtà redatto in una fase nella quale *tutte* le informazioni giudiziarie si annotavano ancora in *registri* sparsi sul territorio nazionale, si preoccupava *in negativo* di quali sentenze già iscritte andassero cancellate<sup>45</sup>.

Si accennava poc'anzi alle aspettative che accompagnavano il casellario. Nel discorso preparato per l'*Exposition Universelle* di Parigi del 1867 Enrico Pessina lo celebrava tra gli istituti che segnavano un progresso della scienza penale. Ma esortava a manovrarlo con misura: «La reputazione dell'uomo non può essere colpita da stigma quando non sia provata la sua reità [...]. La società dee sapere che un individuo è imputato, ma dee saperlo finché pende il processo [...] o quando il processo è ultimato con la condanna [...]. Quando per l'opposto il processo è troncato, ancora che possa essere ravvivato per il sopraggiungere di novelle prove», sarebbe stato opportuno cancellare l'imputazione. Questo principio – notava compiaciuto il giurista napoletano – era stato accolto dal c.p.p. italiano del 1865, che tuttavia non lo aveva sviluppato appieno: nel senso che l'art. 604, concedendo di chiedere la cancellazione delle sole decisioni assolutorie *irrevocabili*, sottraeva siffatta facoltà al prosciolto per insufficienza d'indizi. Restrizione che, con garbo, Pessina non condivideva: una volta terminato il procedimento, il prosciolto con formula dubitativa riacquistava appieno la presunzione d'innocenza, e questa non si conciliava certo «con il perdurare della imputazione scritta, la quale rimane[va] ad adombrare di sospetti la vita anteriore». Ad ogni modo, confidava l'autorevole penalista, «la buona via» era stata «dischiusa»: sarebbe bastato «qualche altro passo» per arrivare a certificati *netti* da qualsiasi formula d'assoluzione<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), pp. 247-249. Anche Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 419, p. 425 invitava a tener conto, nella disagevole interpretazione dell'art. 604, che esso si riferiva ancora al «sistema dei preesistenti registri»; l'A. comunque (ivi, p. 426) ammetteva la fondatezza delle «tante critiche» rivolte all'articolo in questione.

<sup>46</sup> Enrico Pessina, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX [...]*, Firenze, Stabilimento Civelli, 1868, pp. 140-142.

L'argomento dell'*irrevocabilità*, peraltro, avrebbe potuto ribaltarsi a favore del prosciolto 'con dubbio'. Era vero, infatti, che il codice di rito (art. 604) autorizzava la cancellazione delle sole sentenze o ordinanze (di assoluzione o di non luogo) irrevocabili. Ma era altrettanto vero che il r.d. del 1865 (art. 1) poneva come pre-requisito generale per l'inserzione di qualsiasi pronuncia nel casellario che essa fosse *divenuta irrevocabile*. Tali, certo, non erano i proscioglimenti istruttori per insufficienza d'indizi, i quali tornavano «a nuova vita» in caso di nuovi elementi di prova sopravvenuti<sup>47</sup>. A che titolo, dunque, iscriverli? A rigor di logica, essi avrebbero dovuto esser censiti come non cancellabili (*ex art. 604*) ma nemmeno trascrivibili (*ex art. 1*).

Un Lucchini particolarmente indignato raccontava la disavventura occorsa a un tale che, due volte prosciolto per insufficienza d'indizi, in occasione d'una nomina a giurato aveva scoperto con «grande stupore e rammarico» di non avere la fedina pulita: solo agendo in giudizio costui aveva ottenuto l'eliminazione della nota dai registri penali. Ad avviso del penalista padovano, l'amministrazione del casellario era incappata in un *errore*: sia perché la dicitura dell'art. 1, n. 2 r.d. 1865/2644 (non andavano registrate le ordinanze e sentenze di non luogo *proferite perché il fatto non è provato*) non poteva che riferirsi all'insufficienza d'indizi; sia perché, per l'appunto, l'art. 1 prescriveva la registrazione delle sole pronunce «divenute *irrevocabili*»<sup>48</sup>.

L'auspicata estromissione dei proscioglimenti istruttori dubitativi dal casellario non era, però, solo il frutto di un'arida micro-esegesi. Per Lucchini essa era suffragata dalla storia e dalla *ratio* dell'istituto. Partito, come in Francia, come mezzo di «constatazione della recidiva», esso era divenuto in Italia anche strumento di «biografia morale del cittadino»: sarebbe stato giusto, perciò, che ospitasse le sole pronunce di proscioglimento che lasciavano intatto il fondamento dell'imputazione (desistenza dalla querela, prescrizione, amnistia etc.), non già quelle suscettibili di ulteriori sviluppi (come, per l'appunto, le pronunce di insufficienza di prove). Per di più, una giurisprudenza sempre più univoca non solo accreditava il carattere dimostrativo, e non tassativo, dell'enumerazione di cui all'art. 604 c.p.p. (ossia delle pronunce che si aveva diritto a cancellare), ma tendeva ormai a ricomprendervi le *sentenze* [dibattimentali] assolutorie per mancanza di prova: bisognava, allora, evitare

<sup>47</sup> Saluto, *Commenti*, IV (1878), cit. (nt. 4), § 1514, pp. 584-585. L'A. esprimeva pieno accordo con il procuratore del re a Castrovillari, Miccichè, che gli aveva scritto per chiedergli se non ritenesse «incivile» e contraria alla riservatezza dell'istruzione la conservazione nel casellario di pronunce non ancora definitive di non luogo per insufficienza d'indizi.

<sup>48</sup> Luigi Lucchini, *I registri penali e le pronuncie istruttorie di non farsi luogo per insufficienza d'indizi*, «La Legge», XXII-1, 1882, pp. 386-388. De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 34, p. 253 dissentiva dal primo argomento lucchiniano: a suo parere, la dicitura *il fatto non è provato* di cui all'art. 1, n. 2 r.d. 1865/2644 si riferiva all'inesistenza del fatto imputato, mentre l'insufficienza d'indizi atteneva alla colpevolezza dell'imputato per un fatto riconosciuto esistente.

un'ingiusta e assurda disparità di trattamento tra provvedimenti, cancellabili, emanati al termine del *giudizio* (ossia d'un accertamento ben più meticoloso, e garantito dal contraddittorio); e pronunce istruttorie non cancellabili, benché presumibilmente emesse con minore acribia. Per tacere infine – concludeva Lucchini – dell'impatto «sommamente illiberale e vessatorio» della trascrizione di proscioglimenti dubitativi su cittadini onesti rimasti «vittima di una inquisizione penale per futili e ingannevoli apparenze di reità o per artificiose insinuazioni»: per effetto di un'«annotazione funesta per il suo significato disonorevole», costoro si sarebbero trovati una «macchia» sul proprio «stato morale civile», peraltro maturata nel segreto istruttorio<sup>49</sup>.

Le incongruenze normative costringevano anche la giurisprudenza ad avventurarsi in una «bizantina», «meschina indagine di ermeneutica legale» circa il carattere tassativo o dimostrativo delle ipotesi di cui all'art. 604 c.p.p. e dell'art. 1, n. 2 del regio decreto<sup>50</sup>. Talora le giurisdizioni superiori, per valutare se accogliere istanze di cancellazione di provvedimenti dubitativi, cercavano di ancorarsi a parametri meno formalistici, quale la celebrazione – ritenuta sintomatica di decisione più meditata – d'un precedente dibattimento<sup>51</sup>. Peraltro quest'ultimo criterio avrebbe potuto ingenerare una *gravissima* disparità di trattamento tra co-imputati: poteva accadere che il *meno* indiziato, prosciolto in istruttoria, restasse esposto al rischio di riapertura del procedimento, mentre il *più* indiziato, rinviato a giudizio, fosse, alla fine, assolto e divenisse non più perseguibile né passibile di annotazione<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Lucchini, *I registri* (1882), cit. (nt. 48), pp. 388-389.

<sup>50</sup> Vincenzo Cosenza, *Relazione [...] sul casellario giudiziale*, in Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio - Direzione generale della Statistica, *Annali di Statistica - Atti della Commissione per la statistica giudiziaria civile e penale - 1ª sessione dell'anno 1895*, Roma, Tipografia nazionale di G. Bertero, 1895, Seduta del 12 maggio 1895, p. 116. Cosenza credeva che tutti gli orientamenti giurisprudenziali fossero legittimi (ivi, p. 117). Cfr. anche De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), p. 250. Per il carattere *dimostrativo* dell'elenco di cui all'art. 604 c.p.p. v. Cass. Napoli, 2 marzo 1874, *ric. p.m.*, *est.* Narici, «Rivista Penale», I, 1874, vol. I, p. 89. La Cassazione di Firenze, negli anni Ottanta, si pronunciò più volte per il carattere tassativo dell'elenco dei provvedimenti cancellabili, e dunque per la conservazione, nel casellario, delle sentenze o ordinanze d'insufficienza d'indizi: cfr., ad es., Cass. Firenze, 18 febbraio 1882, *ric.* Carnevali Giuseppe, *est.* Giordano, «Rivista Penale», VIII, 1882, vol. 16, fsc. I-II, pp. 90-98; Cass. Firenze, ud. 20 novembre 1886, *pres.* Corvi, *est.* Giorgieri, *p.m.* Sacchini, *ric. p.m.* vs. Gervasoni, «Foro It.», XII, 1887, coll. 275-278.

<sup>51</sup> Corte d'appello di Napoli, ud. 13 marzo 1872, *ric.* Petitti, «La Legge», XII, 1872, pt. I, n. 43-44, p. 528. L'anonimo annotatore sottolineava come la giurisprudenza si fosse più volte pronunciata nel senso che, quando dalla «pubblica discussione» non fossero risultati elementi sufficienti a provare che il reo aveva commesso il fatto, l'assoluzione dubitativa dovesse produrre i medesimi effetti delle altre formule assolutorie. Per una critica all'annotatore nella scelta del precedente (una sentenza di tribunale militare) v. Francesco Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...] Volume VI*, Torino, Fratelli Bocca, 1878<sup>2</sup>, n. 2129, p. 283.

<sup>52</sup> Cosenza, *Proposte* (1884), cit. (nt. 36), p. 312. L'*assurdità* era già segnalata da Silvio Campani, *La cancellazione dai registri penali (Art. 604 Cod. proc. pen.)*, «Rivista Penale», II, 1876, vol. 4, fsc. giu.-lug., pp. 451-452; poi ribadita da Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, pp. 284-285 («scandalosa conseguenza», tanto più considerando che nel giudizio di merito aumentava la

Nella propensione a considerare esemplificativa la lista delle pronunce 'cancellabili' ex art. 604 e dunque a largheggiare nelle cancellazioni spiccava la Cassazione di Napoli. Le ragioni di questo *favor* erano nitidamente argomentate in una pregevole sentenza del 1876. Il relatore, Michele Narici, premetteva maliziosamente che l'art. 604, situato all'interno d'un codice – quello del 1865 – emanato «in forza dei pieni poteri» e senza dibattito parlamentare, non poteva che interpretarsi col sussidio della relazione ministeriale. Da quest'ultima si evinceva che la *ratio* ispiratrice della cancellazione dai registri risiedeva nella presunzione d'innocenza<sup>53</sup>.

In effetti la *Relazione* di Paolo Cortese così illustrava l'art. 604: «E non meno improntata di benevolenza e di giustizia è la disposizione che l'imputato assolto per non essere provato o non punibile il fatto, o per assoluta eliminazione di ogni responsabilità, abbia diritto di chiedere che l'imputazione sia cancellata dai registri criminali ed egli ne apparisca scevro, come per lo innanzi»<sup>54</sup>. Questo brano, secondo Narici, mostrava che tutte le assoluzioni *irrevocabili*, inclusa la non provata reità, se conseguite al termine delle «ambasce del giudizio» conferivano «il diritto di esser presunto innocente» e di ottenere la cancellazione della pronuncia; che, rispetto ai proscioglimenti istruttori, davano egualmente titolo alla cancellazione quelli (come la dichiarazione di prescrizione) comportanti il «divieto di ogni ulteriore molestia» e la «reintegrazione nella pristina presunzione d'innocenza»; che l'elenco dell'art. 604 doveva ritenersi esemplificativo e stilato *demonstrationis causa*. Incidentalmente il consigliere bollava come «poco serio» l'assunto secondo cui i registri penali sarebbero serviti «a conservare la storia dei reati» e dunque ad annotare non solo le condanne (ai fini della recidiva) «ma anche la proclività di taluno a delinquere»<sup>55</sup>.

«latitudine» per dimostrarsi innocenti); Lucchini, *I registri* (1882), cit. (nt. 48), p. 389; *contra* De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 33, p. 253.

<sup>53</sup> *Cass. Napoli*, 22 dicembre 1876 (*ric. proc. gen. in causa Di Lustro, pres. ed est. Narici*), «Rivista Penale», III, 1877, vol. 6, *Giurisprudenza contemporanea - I. Giudicati italiani*, pp. 60-61. Narici evocava provocatoriamente un famigerato rescritto borbonico del 10 marzo 1832, il quale stabiliva che il prosciolto dalla Gran Corte Criminale per insufficienza d'indizi non conseguiva, al termine del biennio di limitazione della libertà, un'assoluzione piena e perciò non andava «cancellato il titolo del processo» dal registro di cancelleria: Francesco De Marco, Nota a Tommaso Briganti, *Pratica criminale [...] con brevi note e commenti nel rapporto Dell'attuale Legislazione e Giureprudenza per l'avvocato Francesco De Marco. Vol. II*, Napoli, Gabriele Marotta, 1842, tit. XV, § III, nt. 1, p. 68. Sull'atteggiamento complessivo della Cassazione napoletana v. Campani, *La cancellazione* (1876), cit. (nt. 52), p. 442; De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 30, p. 252.

<sup>54</sup> Paolo Cortese, *Relazione sul codice di procedura penale*, in *Codice di procedura penale del Regno d'Italia colla Relazione del ministro guardasigilli fatta a S.M. in udienza del 26 novembre 1865 [...]*, Firenze, Stamperia Reale - Torino, Tip. Eredi Botta, 1866, p. xxviii.

<sup>55</sup> *Cass. Napoli*, 22 dicembre 1876, cit. (nt. 53), pp. 61-63. La redazione di «Rivista Penale» giudicò la sentenza della Cassazione napoletana più fedele ai principi che alla *deplorable* «lettera della legge» (ivi, p. 63). Sulla sorte, nel casellario, dei proscioglimenti per prescrizione e amnistia v. Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, pp. 286-287.

Di questa e di analoghe fughe in avanti giurisprudenziali la dottrina dovette prendere atto<sup>56</sup>. Qualche studioso che restava arroccato all'interpretazione *tassativa* dell'art. 604 faceva notare che il proscioglimento per insufficienza di prove non rientrava tra le pronunce cancellabili perché esso rimaneva, in fondo, espressione d'un semplice «principio umanitario» (evitare la punizione dell'innocente) e d'un giudizio «mite» ma «non troppo onorevole»<sup>57</sup>.

La circolare Tajani del 12 aprile 1886, n. 1163, che raccoglieva le precedenti istruzioni in materia, chiuse esplicitamente ogni spiraglio alla possibilità che le sentenze (dibattimentali) di assoluzione per insufficienza di prove sfuggissero alla trascrizione. Il ministro ricordò che il *fine* del casellario consisteva nel «conservare e render pronta notizia degli *antecedenti penali*» e che, se vi andavano pacificamente registrate le *ordinanze* dubitative, «a maggior ragione» dovevano annotarvisi le *sentenze* dubitative. «Qualunque dubbio», concludeva drastico il guardasigilli, andava risolto «nel senso d'ammetter notizia delle sentenze nel Casellario, anziché d'escluderle»<sup>58</sup>.

La mozione d'ordine calata dal Ministero trovò un ulteriore riscontro nei decreti attuativi del codice Zanardelli (r.d. 1° dicembre 1889, n. 6509, contenente disposizioni per l'attuazione del codice penale, art. 33), che lasciarono inalterata la disciplina del 1865. Eppure, protestava Lucchini, «la stessa iscrizione nel casellario è una pena, e come tale deve avere dei limiti e delle condizioni». Con particolare riguardo alla regola 'italiana' di iscrivere nel casellario i proscioglimenti (in giudizio e in istruttoria) per non luogo, «e specialmente quelli motivati dall'insufficienza della prova», l'insigne penalista tuonava: «È una specie di pena *extra ordinem* che si infligge, di stile medioevale e inquisitorio, una legge di sospetto, anti-giuridica e incivile», al pari della regola per cui la pronuncia istruttoria dubitativa non passava mai in giudicato<sup>59</sup>. In una lettera del 6 gennaio 1895 indirizzata proprio a Lucchini, il «dottore in legge» Cesare Pugliese si chiedeva se fosse «giusto» e «lecito che un semplice *dubbio* su l'onestà di un cittadino», l'apprezzamento «arbitrario e cervellotico» d'un

<sup>56</sup> Saluto, *Commenti*, VI (1878), cit. (nt. 51), n. 2129, p. 283 partiva dalla rigorosa posizione secondo cui l'art. 604 c.p.p. fissava un requisito «speciale» per la cancellazione, vale a dire la prova di non aver commesso il fatto: prova di certo indisponibile nei casi d'insufficienza d'indizi. Egli tuttavia riconosceva (ivi, p. 285) che «a buon diritto» talune magistrature supreme avevano ammesso la cancellazione delle *assoluzioni* (dunque, pronunce successive al giudizio) per insufficienza di prove. Che Saluto tenesse un'opinione 'benevola' era attestato da De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 29, p. 252.

<sup>57</sup> Campani, *La cancellazione* (1876), cit. (nt. 52), pp. 435-441.

<sup>58</sup> «Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti», VII, n. 15 (14 aprile 1886), *Circolare con cui si danno istruzioni sul Casellario Giudiziale del Ministero e dei Tribunali*, 12 aprile 1886, n. 1163, pp. 130-131.

<sup>59</sup> Lucchini, *Elementi* (1895), cit. (nt. 10), § 419, pp. 425-427. L'A. suggeriva (ivi, p. 427) di escludere dall'iscrizione qualsiasi tipo di pronuncia di proscioglimento, nonché contravvenzioni e delitti lievi; e di limitare i tempi dell'iscrizione.



giudice istruttore, una querela infondata, «pure presunzioni» gravassero «come una macchia indelebile» su un incolpevole e magari lo ostacolassero nel lavoro, «oggi che così aspra è la *struggle for life*»<sup>60</sup>.

#### 6. *Contro le stimate: la legge Lucchini (1902)*

Per aggirare la sorda resistenza del legislatore – probabilmente fomentata dall'amministrazione della giustizia – la via più praticabile consisteva nel distinguere i canali di conservazione e di accesso agli atti. Come anticipava una voce apparsa nel 1891 nel lucchiniano *Digesto Italiano*, per salvaguardare la fama del cittadino da ingiusti sospetti sarebbe bastato omettere le pronunce di insufficienza di prove nei certificati richiesti da privati o da autorità e riportarle invece in quelli indirizzati ai giudici<sup>61</sup>. Nel 1895, all'interno della commissione per la statistica giudiziaria, Vincenzo Cosenza proponeva di biforcare casellario e certificati penali: il primo avrebbe dovuto mantenere una portata omnicomprendente, i secondi sarebbero dovuti divenire selettivi quanto a fruitori e a contenuti<sup>62</sup>.

Lungo queste coordinate Lucchini avviò nel 1901 una riforma che si prefiggeva da un lato di circoscrivere le trascrizioni alle sole condanne vere e proprie, dall'altro di differenziare i certificati a seconda del richiedente: autorità giudiziaria da un lato, pubbliche amministrazioni e privati dall'altro. Nella relazione al disegno di legge (17 maggio 1901) lo studioso, nel lamentare le «stimate impresse nel certificato penale», osservava che nel casellario italiano, a differenza di quello francese, venivano annotate (*contaminandolo*) anche le sentenze di proscioglimento; e che anche la recente giurisprudenza della Cassazione dichiarava trascrivibili sentenze e ordinanze di insufficienza d'indizi e non provata reità, formule «già di per sé [...] assai contestabil[i]», «detriti delle vecchie procedure» che «avvelena[vano]» la vita al prosciolto e ne «compromette[vano] l'avvenire». Ancor «più assurda[a]» e «veramente enorme» era, per Lucchini, l'eventualità che, a causa delle regole concernenti

<sup>60</sup> *Casellario giudiziale*, «Rivista Penale», XXI, 1895, vol. 41, *Varietà*, pp. 168-170. Pugliese esortava Lucchini ad aprire un dibattito sulla rivista.

<sup>61</sup> De Nava, *Casellario* (1891), cit. (nt. 43), n. 34, p. 254. Cfr. Pietro Vico, *Del casellario giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*. Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina, *Volume terzo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 599. Un precedente di differenziazione funzionale tra documenti afferenti al casellario veniva individuato [ad es. dal ministro Cocco Ortu durante il dibattito sulla legge del 1902: Atti Parlamentari della Camera dei Senatori (d'ora in avanti: AP, Senato), *Discussioni*, Legislatura XXI<sup>a</sup> - 1<sup>a</sup> Sessione 1900-902, Roma, Forzani e C., 1902, Tornata del 22 gennaio 1902, *Séguito della discussione del progetto di legge: «Riforma del casellario giudiziale»* (N. 222), p. 3212] nell'art. 33<sup>2</sup> r.d. 1<sup>o</sup> dicembre 1889 (decreto di attuazione del c.p.), in base al quale «i certificati di penalità» non dovevano «indicare le condanne per contravvenzione se non quando [fossero] richiesti dalla pubblica Autorità».

<sup>62</sup> Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 139, 141, 145-146, 148, 164.

la notifica e la contumacia, l'assoluzione per non provata reità fosse pronunciata senza che l'imputato ne avesse notizia o fosse interrogato o almeno «chiamato» dal giudice istruttore: non pochi «disgraziati» si scoprivano «macchiati» nel casellario giudiziale senza alcun «sentore» e «collocati nella bolgia dei cosiddetti *pregiudicati*». Lucchini proponeva perciò di espungere dal futuro certificato penale «nel modo piú assoluto [...] tutte le pronunzie di proscioglimento, sieno di assoluzione o di non farsi luogo»<sup>63</sup>.

Il cammino parlamentare del disegno di legge non fu scorrevole. Per dare un'idea della temperatura registratasi alla Camera, si pensi che l'impetuoso deputato Stanislao Monti Guarnieri, avvocato marchigiano, affermò tra le proteste dei colleghi: «Quando il magistrato assolve un cittadino [...] per insufficienza di indizi, quella stessa declaratoria vi dice che quel cittadino non è un galantuomo». Il magistrato molisano Edoardo Cimorelli si chiedeva retoricamente se non interessasse alla giustizia penale «conoscere tutto quanto il passato di un individuo»; si lasciava sfuggire che, talvolta, una precedente pronuncia di insufficienza d'indizi induceva a condannare il prevenuto per un reato della stessa indole; si diceva però disponibile a tener ferme nel certificato penale le «stimate» del proscioglimento dubitativo soltanto per la durata della prescrizione, in modo da correggere il recente indirizzo rigorista della Cassazione unica. Dal fronte garantista, invece, Pietro Nocito, d'accordo con Lucchini, definiva «mostruosità», partorita dal lavoro della giurisprudenza sul decreto del 1865, l'inserimento nel certificato penale delle pronunce di non provata reità e di insufficienza d'indizi<sup>64</sup>.

Nella replica, Lucchini si rammaricò che un magistrato come Cimorelli fornisse una lettura tendenzialmente colpevolista della pronuncia d'insufficienza d'indizi, e colse l'occasione per proclamare che la presunzione d'innocenza restava la sola «teoria possibile» in «una società civilmente ordinata». Alla

<sup>63</sup> Atti del Parlamento italiano, *Camera dei deputati* [d'ora in avanti: AP, Camera], *Sessione 1900-901 (1ª della XXI Legislatura), Discussioni - Volume IV dal 30 aprile al 24 maggio 1901*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1901, Tornata del 17 maggio 1901, pp. 3942-3948; ivi, p. 3943 (stimate); pp. 3944-3945 (ampliamento giurisprudenziale); 3946 («ombra sinistra»; «bolgia»; detriti; inconsapevolezza dell'interessato); 3947 (proposta). Come ricordava Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228, e ivi, ntt. 1-2, nel corso degli anni, per attuire l'effetto-sorpresa, erano state studiate possibili contromisure, come quella – maturata tra gli esperti di statistica giudiziaria – di subordinare la dichiarazione (istruttoria) di non luogo per insufficienza d'indizi all'interrogatorio dell'imputato, o di concedere a quest'ultimo un gravame.

<sup>64</sup> AP, Camera, *Sessione 1900-901 (1ª della XXI Legislatura), Discussioni - Volume VII dal 27 novembre al 22 dicembre 1901*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1902, Tornata di martedì 3 dicembre 1901, *Discussione della riforma del casellario giudiziale*, p. 6376 (Monti Guarnieri); ivi, pp. 6384-6386 (Cimorelli); ivi, p. 6376 (Nocito). Si noti che, al Senato, il fiorentino Carlo Municchi lanciava l'allarme sul rischio d'un uso improprio dei certificati durante i processi: da un'attestazione di assoluzione per insufficienza di prove un giurato, ad esempio, «giudice [...] d'impressione», avrebbe potuto trarre elementi per rafforzare la sua sensazione di colpevolezza [AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 21 gennaio 1902, pp. 3200-3201].

maldicenza del deputato napoletano Francesco Aguglia, secondo il quale una sequenza di più assoluzioni per non provata reità non poteva che costituire un indice di colpevolezza, il relatore obiettò che il dato, semmai, comprovava la frequenza statistica degli insuccessi giudiziari: solo il 60-65% dei procedimenti giungeva a giudizio; il 30-35% arrivava a condanna, e ancor meno quelli relativi a reati gravi. Il fraintendimento di Aguglia ricordava a Lucchini l'intercalare di Mancini: «Oh, i fatti non si possono cambiare, ma le ragioni!»<sup>65</sup>.

All'inizio del 1902 il dibattito si spostò al Senato. Il 21 gennaio Tancredi Canonico, presidente di cassazione a Roma, tenne un intervento poco in linea con le sue matrici liberali. Per nulla intimorito dal consueto argomento della «macchia indelebile» da risparmiare al prosciolto, egli invitava a distinguere: davanti alla giustizia penale, un'innocenza presunta non era ancora un'innocenza «accertata»; davanti alla «società civile», non v'era da meravigliarsi che la formula dubitativa scemasse la fiducia nel destinatario. «Prendereste voi per vostro cassiere chi fosse stato implicato in un processo per ammanco di cassa, solo perché fu prosciolto per insufficienza di prove? [...] Io [...] ne sceglierei un altro». In sintesi, il senatore insisteva affinché nel certificato penale fossero conservati gli elementi in grado di «menomare quella fiducia che meritano gli uomini immuni da ogni macchia e sospetto»<sup>66</sup>.

Nella replica, il guardasigilli Francesco Cocco Ortu dissentì dall'auspicio di Canonico a che il casellario si trasformasse in strumento di 'sfiducia' verso singoli individui: un travisamento che in altri paesi aveva ingrossato le file di disoccupati erroneamente 'marchiati'. Il ministro avvertì inoltre che l'insistere nella trascrizione delle assoluzioni non piene avrebbe creato una disparità tra gli emigranti italiani e gli stranieri i quali, in condizioni identiche, potevano esibire una «fedina penale netta»<sup>67</sup>.

Alla fine, la legge 30 gennaio 1902, n. 87<sup>68</sup> stabilì che il casellario giudiziario conservasse «tutte le decisioni definitive» (art. 1); e che tanto nei certificati estratti dall'autorità giudiziaria «per ragioni di giustizia penale» quanto in

<sup>65</sup> AP, Camera, *Discussioni*, cit. (nt. 64), Tornata di martedì 3 dicembre 1901, pp. 6386-6389 (replica a Cimorelli); ivi, pp. 6389-6390 (replica ad Aguglia). Si noti che, nel 1895, il procuratore Cosenza, dinanzi alla Commissione di statistica, si era dichiarato sconcertato per le pur legittime aspirazioni nutrite da soggetti più volte prosciolti per insufficienza d'indizi: Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 118 e 123.

<sup>66</sup> AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 21 gennaio 1902, pp. 3196-3197.

<sup>67</sup> AP, Senato, *Discussioni*, cit. (nt. 61), Tornata del 22 gennaio 1902, pp. 3212-3213. Invocava la reciprocità nella registrazione di sentenze straniere Cosenza, *Relazione* (1895), cit. (nt. 50), pp. 153-154.

<sup>68</sup> Sugli esiti della legge del 1902 cfr. Monica Stronati, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 531. Dopo il decreto 13 aprile 1902, n. 107 e la legge 25 marzo 1905, n. 77 Finocchiaro-Aprile, ritornato guardasigilli (marzo 1905 - febbraio 1906), incaricò Lucchini di passare all'attuazione del casellario: cfr. Luigi Lucchini, *Sul riordinamento del casellario giudiziale e sull'istituzione dell'Ufficio centrale. Relazione presentata alla Commissione per la Statistica giudiziaria e notarile (Sessione del marzo 1906)*, «Rivista Penale», XXXII, 1906, vol. 64, fsc. II (ago.), pp. 247-269.

quelli richiesti da altra pubblica amministrazione o da privati non dovesse farsi menzione delle sentenze o ordinanze di assoluzione o di non luogo pronunciate «per qualunque titolo» (art. 3, n. 1 e art. 4, n. 1). La riforma mirava a «non far pesare sulla reputazione, sul credito e sull'avvenire dei cittadini minimi falli, trascorsi giovanili, sentenze di non luogo per insufficienza di indizi o anche condanne di qualche entità, seguite da ravvedimento» comprovato<sup>69</sup>.

Durante il dibattito alla Camera del 1912, Ferri associò nel suo giudizio urticante la riforma del 1902 e l'orientamento del progetto ministeriale di nuovo codice in materia di formula dubitativa: «Ma come? Va bene che uno che è assolto per non provata reità non è un delinquente; ma per lo meno è una persona per la quale noi abbiamo diritto di sapere che l'autorità giudiziaria lo ha inquisito con quel determinato risultato»<sup>70</sup>. Almeno sulla disciplina del casellario, però, il codice del 1913 non arretrò, e ricalcò l'impianto moderatamente liberaleggiante della legge Lucchini<sup>71</sup>.

### 7. Tormenti della codificazione: l'inopinato revirement

In uno slancio di eccessivo ottimismo, la pregevole relazione di Finocchiaro-Aprile al progetto di codice del 1905 profetizzò che la legge Lucchini sul casellario avesse «spianata la via [...] alla soppressione della formula di assoluzione per insufficienza d'indizi». Quella locuzione, ammetteva il guardasigilli, procurava talvolta «danno giuridico», sempre «danno morale» giacché *adombrava* «la fama dell'imputato»<sup>72</sup>. Per sbarazzarsene, bisognava previamente sciogliere un più ampio dilemma dogmatico: conservare le formule di proscioglimento previste dal codice vigente, che non obbligavano il giudice a esplicitare la puntuale ragione della pronuncia e costringevano l'interprete a

<sup>69</sup> Pietro Gianzana, *Casellario giudiziale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1903, p. 76.

<sup>70</sup> AP, Camera, *Legislatura XXIII - 1ª sessione - Discussioni*, 1ª Tornata del 22 maggio 1912, *Discussione del disegno di legge: Codice di procedura penale*, p. 19657.

<sup>71</sup> Per il c.p.p. 1913 tutte le sentenze di proscioglimento, a prescindere dal motivo, non andavano menzionate nei certificati penali (art. 623 n. 1). Nel casellario sarebbero state iscritte per estratto (art. 619) tutte le sentenze – non appena passate in giudicato – di assoluzione o di non doversi procedere, sia istruttorie sia di giudizio.

<sup>72</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 228. Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 577 ribadiva che la formula dubitativa «dietro di sé lasciava tanto strascico di recriminazioni». Come si è visto *supra*, § 4, di «ombra di sospetto» aveva parlato Calenda illustrando uno dei suoi progetti; «ombra sinistra» si leggeva nella relazione di Lucchini al disegno di legge sul casellario [AP, Camera, cit. (nt. 63), Tornata del 17 maggio 1901, p. 3946]; il verbo *adombrare*, nella medesima accezione (e con specifico riferimento al casellario giudiziale), era stato utilizzato da Pessina, *Dei progressi* (1868), cit. (nt. 46), p. 141; anche Tuozi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 310, nt. 2 avrebbe ricordato che la formula del c.p.p. 1865 dell'insufficienza di indizi di reità «lasciava un'ombra oscura sulla persona del proscioltto».

dedurla, di volta in volta, dalla motivazione? o ampliarne il novero? o, all'inverso, abolirle del tutto?

Nel decennio precedente, rammentava Finocchiaro-Aprile, la dottrina prevalente aveva spinto per rendere più numerose e dettagliate le formule terminative, in modo da divaricare nitidamente la posizione dei prosciolti per insufficienza d'indizi da quella dei prosciolti che fossero stati in grado di dimostrare la piena innocenza. A sorpresa, però, la *Relazione 1905* al progetto codicistico imboccava un'altra strada. Essa annunciava l'intenzione di «sopprimere [...] dalla parte dispositiva delle sentenze di proscioglimento qualsiasi specifica enunciazione del titolo» (art. 300) e di sostituirla con la locuzione unica *non farsi luogo a procedimento*. Finocchiaro-Aprile non celava il reale bersaglio di questa torsione apparentemente tecnica: «La formula dubitativa non si concilia con la presunzione d'innocenza, che deve assistere l'imputato sino a quando non sia ritenuto colpevole. Non il dubbio si deve proclamare dalla giustizia penale, ma l'affermazione della colpevolezza o non colpevolezza. E, se l'accusatore, al quale spetta di provare la colpa, non riesce in questa prova, la mancanza di prova conduce all'assoluzione pura e semplice». Infine, una rassicurazione 'politica': l'idea abolizionista non nasceva da «inopportuna sentimentalità», ma da «un severo rispetto ai diritti di libertà dei cittadini», dal «desiderio» di contenere l'«azione punitiva» dello Stato entro il recinto tracciato dalle prove e, al contempo, di non irrigidire formalisticamente le ipotesi di riapertura del procedimento<sup>73</sup>.

Senonché, innescando un inatteso *revirement*, nel 1912 la commissione della Camera chiamata a esaminare il progetto 1911 bocciò la proposta – rimasta intatta dalla precedente stesura e, per di più, avallata dal *Manuale* del Manzini<sup>74</sup> – di azzerare le formule specifiche di proscioglimento istruttorio. Il dissenso fu espresso in termini perentori e giustificato con difficoltà procedurali: come regolamentare la riapertura dell'istruzione quando la parte dispositiva della sentenza di non luogo fosse stata 'amputata' del *motivo*?

<sup>73</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione 1905*, cit. (nt. 17), p. 227 (ove si ricordavano i principali fautori della differenziazione tra le formule: il progetto Bonacci, la commissione Finocchiaro-Aprile 1898, il sen. Canonico durante il dibattito sulla legge del casellario); ivi, pp. 228-229 (scelta del progetto 1905 per l'abolizione delle formule). L'art. 300<sup>2</sup> del progetto 1905 stabiliva che la camera di consiglio [sostituita, già nel progetto 1911, dal giudice istruttore] e la sezione d'accusa dovessero dichiarare il non luogo a procedere «senza indicarne il motivo nella parte dispositiva». Il progetto 1911 (artt. 310 e 487) ribadiva: «Se l'imputato non è ritenuto colpevole, il giudice nel dispositivo conclude che l'imputato è assolto senza indicarne il motivo».

<sup>74</sup> Manzini, *Manuale* (1912), cit. (nt. 5), p. 581 e ivi, nt. 2 registrava come fosse stato «giustamente lamentato» che le formule di proscioglimento istruttorio non consentissero di «nettamente distinguere i casi di proscioglimento per *insufficienza* di indizi da quelli in cui non esistano indizi contro l'imputato o questi abbia dimostrata la propria innocenza». L'art. 310 del progetto 1911 di codice di rito, proseguiva Manzini, aveva «lodevolmente soppressa ogni specifica enunciazione del titolo del proscioglimento», sulla scia di quanto preannunciato dalla *Relazione 1905* di Finocchiaro-Aprile.

«Noi – confessava laconico il relatore Stoppato – non arriviamo a bene comprenderlo [...]. A noi non pare possibile eliminare, agli effetti dell'istruzione formale, la declaratoria di *insufficienza di indizi*, la quale poi starebbe in ragionevole antitesi con la *sufficienza*» richiesta per il rinvio a giudizio. Oltretutto, poiché il progetto stabiliva (art. 316) che qualsiasi imputato prosciolto con il *non luogo* potesse essere assoggettato a nuovo procedimento in caso di sopravvenienza di nuovi indizi, la mancanza di specificazione nel dispositivo avrebbe comportato che nessuno, nemmeno il prosciolto per inesistenza del fatto, avrebbe più potuto «restarsene tranquillo»<sup>75</sup>.

Focalizzando l'attenzione sulla formula dubitativa (istruttoria), e per accreditarne il ripristino, Stoppato invitava a considerarla una necessità «nella natura delle cose», specie in un segmento processuale, come quello delle indagini, che sfociava inevitabilmente in una «mera decisione di probabilità, e di sospetto»: anzi, la dicitura *insufficienza di prove* sarebbe tornata ancor più utile ora che, col nuovo codice, il difensore veniva finalmente ammesso a talune attività istruttorie, acuendo, verosimilmente, le incertezze del giudice istruttore. I commissari della Camera si dichiaravano disponibili a una norma che cancellasse ogni traccia dell'insufficienza d'indizi dopo l'avvenuta prescrizione dell'azione penale: ma al contempo confermavano il proprio favore per il mantenimento della formula, «che può essere perfettamente giusta e che rimane ammonitrice e regolatrice alla stessa autorità d'accusa e d'istruzione». In definitiva, la commissione proponeva all'unanimità di circoscrivere la riapertura dell'istruzione alla sola ipotesi di declaratoria d'insufficienza d'indizi e di ripristinare «le formole terminative» delle pronunce istruttorie<sup>76</sup>.

La relazione Stoppato sfoderava analogha incisività anche a proposito delle sentenze dibattimentali. Essa si schierava senza tentennamenti, in nome di «esigenze pratiche e reali», per il mantenimento della *non provata reità*, ritenendo – con sicura allusione alla falange lucchiniana – troppo astratta la tesi del *tertium non datur* tra colpevolezza e innocenza. A chi (ancora Lucchini: v. *supra*, § 2) denunciava l'incompatibilità della formula con «un paese libero e civile» la commissione replicava che «bisogna guardarsi così dal rigore teoretico, come dalle tenerezze individualistiche» e che la *non provata reità*,

<sup>75</sup> Alessandro Stoppato, *Relazione della Commissione nominata dal presidente della Camera composta dei deputati Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...] presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912*, in *Commento al Codice di procedura penale*, Parte Prima - Volume terzo, cit. (nt. 17) [d'ora in avanti: Stoppato, *Relazione 1912*], pp. 287-288. Il ragionamento del relatore Stoppato, avrebbe più tardi obiettato Tuozzi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 310, trascurava che l'obbligatorietà della motivazione in fatto e in diritto avrebbe fatto comunque riemergere «quel motivo di assoluzione, che si voleva occultare nel dispositivo».

<sup>76</sup> Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), pp. 287-288. Cfr. Ettore Dosi, *La sentenza penale di proscioglimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 36, nt. 34.



tutt'altro che «un assurdo», «rappresenta[va] uno stato dell'animo. Non si deve forzare il giudice a modificarlo. [...] Vero e giusto è che nel dubbio si assolva; ma non è meno vero che non può parificarsi lo stato di dubbio a quello di certezza». L'abolizione della formula, insinuava il relatore, si sarebbe rivelata un'«illusione» o addirittura «un inganno della coscienza pubblica»<sup>77</sup>.

Riflessioni così taglienti confermano che il progetto di codice Finocchiaro-Aprile, probabilmente anche a causa di contingenze politico-parlamentari, imboccò *in itinere* un crinale moderato rispetto alle promesse progressiste; e che Alessandro Stoppato giocò in questa partita un ruolo non marginale<sup>78</sup>. È indicativo che dello «spirito empiricamente reazionario», cifra saliente, a suo parere, dell'articolato finale, Lucchini cogliesse i capisaldi proprio nell'*assoluta* negazione della presunzione d'innocenza e nella determinazione a «ottenere, in qualsiasi modo, la condanna dell'imputato, attribuendo, più ancora che non facesse il codice passato, persino alle pronunce di proscioglimento un carattere lesivo della personalità civile»<sup>79</sup>.

Alla vigilia dell'approvazione del testo definitivo, Finocchiaro-Aprile, smentendo le sue recise affermazioni del 1905, si allineò alla rotta tracciata da Stoppato. Dalle discussioni parlamentari, informava il ministro, era emerso che la soppressione delle formule terminative avrebbe, sì, eliminato «un inconveniente» ma avrebbe aperto l'adito ad altri. Egli faceva mostra di accorgersi solo ora che «il dispositivo di una decisione non è soltanto una conclusione, ma una sintesi» caratterizzante, della quale sarebbe stato sagace non privarsi<sup>80</sup>.

Nella lunga durata della legislazione processual-penale italiana, lo spostamento – realizzato nel 1913 nei modi tortuosi appena descritti – dell'indicazione della specifica causa di liberatoria dalla motivazione al dispositivo inaugurava una ormai radicata tradizione di valorizzazione della 'formula'. Paradossalmente, però, proprio il dispositivo delle tanto contestate sentenze (istruttorie) di non luogo per *insufficienza di prove* restava «muto sulla causa del proscioglimento», nulla rivelando su quale fosse il «tassello normativo» (il fatto, la condotta del reo, l'imputabilità etc.) la cui mancanza avesse comportato la liberatoria<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 306.

<sup>78</sup> Miletti, *Un processo*, cit. (nt. 37), pp. 358-359 e 399-402.

<sup>79</sup> Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1920, n. 43 *quater*, p. 61.

<sup>80</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 577. Avrebbe, a distanza di tempo, concordato appieno, sul punto concernente la *sintesi*, Dosi, *La sentenza penale*, cit. (nt. 76), p. 37.

<sup>81</sup> Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), *Introduzione*, p. vii (avvio d'una tradizione); ivi, p. 121 ('mutismo'). L'«incertezza» che innescava il proscioglimento per insufficienza di prove (spiegava Vincenzo Manzini, *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. giud. [...]*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1914, II, n. 400, p. 361 a proposito dell'art. 274<sup>2</sup> c.p.p. 1913) poteva vertere sull'autore, sulla sussistenza del fatto, sulla partecipazione dell'imputato al fatto, sull'imputabilità dell'agente. Lo studioso friulano segnalava prontamente (ivi, pp. 357 e 360) che le

### 8. *Le scelte del 1913 tra rigore e compensazioni*

Il testo promulgato nel 1913 distinse tra *sentenze* istruttorie (non più *ordinanze*, come nel c.p.p. 1865) di *non doversi procedere* e *sentenze* dibattimentali di *assoluzione*<sup>82</sup>. I proscioglimenti istruttori, al cuore dell'intero ingranaggio processuale, si dividevano – come spiegava la *Relazione* di accompagnamento – in tre gruppi. Il primo (art. 274<sup>1</sup>) comprendeva le ipotesi nelle quali si eliminava dal fatto qualsiasi «carattere obiettivo di reato» e quelle per le quali si vietava ogni ulteriore accertamento: il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso; il fatto non costituisce reato; l'azione è prescritta o estinta o non è promovibile né perseguibile. Il secondo gruppo riguardava (art. 274<sup>2</sup>) le sentenze dichiarative di «non doversi procedere per insufficienza di prove»: esse andavano adottate [così recitava il comma] «se non risultano sufficienti prove che il fatto sussista, o che l'imputato lo abbia commesso, o che vi abbia concorso, o non risultano sufficienti le prove della sua colpevolezza, o se sono ignoti gli autori»; «in altri termini», chiosava il ministro, si concentravano, «sotto il punto di vista del dubbio, tutte le ipotesi liberatorie» da tempo gravitanti intorno al concetto. L'*insufficienza di prove*, chiariva la stessa *Relazione al Re*, permetteva «la dichiarazione del dubbio intorno alla colpevolezza: dubbio che mal si può tacere o larvare, quando sorge dalla valutazione logica dei fatti». Il terzo gruppo contemplava (art. 274<sup>3</sup>) improcedibilità *soggettive*: non punibilità, esenzione, causa specifica (vizio di mente, legittima difesa etc.)<sup>83</sup>.

Sulle ragioni, per così dire, di politica del diritto che lo avevano indotto a riproporre la formula dubitativa il guardasigilli non faceva una piega, e anzi, forse non del tutto coerente con i suoi trascorsi zanardelliani, puntualizzava: «Per non recare molestia a chi resta sotto il sospetto, non si deve impedire che possa rifulgere l'assoluta innocenza di altri [...]; il distinguere, come notò la Commissione della Camera [...], giova anche alla tranquillità» del prosciolto

sentenze di non luogo per *insufficienza di prove* erano le uniche dettate da motivi *processuali* e non di diritto materiale.

<sup>82</sup> La dicitura *non doversi procedere* era utilizzata per tutte le formule di proscioglimento istruttorio, sia di merito sia processuali (e dunque anche per l'insufficienza di prove); il lemma *assoluzione* era riservato alle sentenze dibattimentali [Dosi, *La sentenza penale*, cit. (nt. 76), p. 28; Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), p. 102]. Per Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, p. 356 la preferenza per *sentenza* rispetto a *ordinanza* corrispondeva a una precisa scelta del legislatore.

<sup>83</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578. Nel dettaglio, quanto alle sentenze dibattimentali, l'art. 421<sup>2</sup> c.p.p. 1913, simmetrico all'art. 274<sup>2</sup>, prevedeva la «sentenza di assoluzione per insufficienza di prove» qualora non risultassero «sufficienti prove che il fatto sussista, o che l'imputato lo abbia commesso o vi abbia concorso», o se non risultassero «sufficienti le prove della sua colpevolezza». A proposito della moltiplicazione, operata dal c.p.p. 1913, di formule terminative di proscioglimento, Tuozi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 311 ironizzava: «Più minute distinzioni non si potevano desiderare di rimbalzo al mutismo voluto dai due progetti».

per inesistenza del reato o del fatto<sup>84</sup>. Analogo viatico accompagnava le sentenze dibattimentali di assoluzione non piena<sup>85</sup>.

Tuttavia, a una lettura meno superficiale del codice del 1913, la discriminazione del prosciolto con formula dubitativa, enfatizzata a parole, non risultava poi, sul piano degli effetti giuridici, davvero così mortificante. Basti qualche riprova.

In primo luogo, in nome dell'unità della giurisdizione, l'art. 12 c.p.p. 1913 stabiliva l'impromovibilità e l'improcedibilità dell'azione civile quando «in seguito a giudizio» fosse stata emessa una qualsiasi formula di assoluzione: inclusa, ecco il punto, l'insufficienza di prove<sup>86</sup>.

Più macroscopico il secondo esempio. Con l'entrata in vigore del nuovo rito *tutti* i prosciolti in istruttoria, e non solo quelli che lo fossero stati per insufficienza di prove, rischiavano l'alea della riapertura dell'istruzione *in danno*, qualora fossero sopraggiunte nuove prove (art. 295<sup>1</sup>). Ebbene, il prosciolto per insufficienza di prove, *prima facie* l'anello più debole della catena, diventava adesso l'unico legittimato a chiedere la riapertura dell'istruzione a proprio *favore*, ove ne avesse avuto gli strumenti probatori (art. 295<sup>2</sup>). Il ministro spiegava di non aver «esitato» a concedere tale facoltà, sperando d'aver così avviato alla «censura» dell'estraneità dell'imputato all'indagine e della conseguente impossibilità di porre riparo a un errore<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578.

<sup>85</sup> In rapporto alle sentenze terminative del dibattimento, Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 592 osservava che «pure in sede di giudizio il rispetto alla reputazione dell'imputato non può spingersi sino ad impedire che si usi una formula che risponda a verità sostanziale ed effettiva, quale è assai spesso il giudizio della non provata reità». Al ministro appariva, altresì, «utile e giusto» precisare in sentenza «il motivo di proscioglimento».

<sup>86</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 557. Cfr. il commento adesivo di Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 399, p. 355. La norma, contestata, appare «ragionevole» a Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), pp. 135-137: l'assoluzione per insufficienza di prove dispiegava il suo effetto preclusivo sull'intero ordinamento.

<sup>87</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578. Nel silenzio del c.p.p. 1865, spiegava il ministro (ivi, p. 581), si era fatto ricorso a «industriose interpretazioni» per consentire giustamente al prosciolto con formula dubitativa di chiedere la riapertura dell'istruzione. Il progetto 1905 nulla aveva previsto, giacché, essendosi deciso di abolire tutte le formule terminative e di parificare i proscioglimenti istruttori, l'imputato non avrebbe nutrito più alcun interesse a riaprire l'istruzione. Ripristinate, nel testo definitivo, le formule, e in particolare quella dell'insufficienza di prove, diveniva doveroso recepire le indicazioni provenienti da «equità», «ragione» e «giurisprudenza» e concedere la riapertura dell'istruzione su domanda del prosciolto. Sull'unanime richiesta in tal senso avanzata dalla commissione della Camera v. Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 288, che aveva parimenti ricordato come, sotto la vigenza del c.p.p. 1865, «la coscienza dei magistrati» fosse pervenuta al medesimo risultato «ricorrendo a industrie interpretative». Stava proprio nella possibilità per l'imputato (art. 295<sup>2</sup>) di presentare istanza per la riapertura dell'istruzione a proprio favore [sottolineava Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, pp. 364-365] la vera rilevanza del motivo dell'*insufficienza di prove* nel c.p.p. 1913. Quanto alla riapertura dell'istruzione *in danno*, che col nuovo codice incombeva su tutti (e non più sui soli prosciolti per insufficienza d'indizi), Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 581 spiegava che già quando vigea il c.p.p. 1865 le «sottigliezze» ermeneutiche della giurisprudenza avevano permesso di non «soffocare

Nella stessa logica va catalogato il divieto del c.p.p. 1913 di iscrivere nei certificati penali «da rilasciarsi a richiesta dell'interessato» i proscioglimenti per insufficienza di prove: restava così «eliminata quella che parve sempre la conseguenza più grave della formula dubitativa di proscioglimento»<sup>88</sup>. Infine, recependo un'altra timida concessione della commissione della Camera<sup>89</sup>, il testo definitivo del nuovo codice (art. 273) obbligava la magistratura istruttoria, prima di rinviare a giudizio o di dichiarare il non luogo per insufficienza di prove, a interrogare l'imputato o comunque a comunicargli il fatto a mezzo di mandato. La novità fu salutata con favore dalla dottrina, che vi lesse una conferma del carattere penalizzante («lesiv[o]» per l'imputato) di questa tipologia di assoluzione<sup>90</sup>.

Tanto rumore per nulla, dunque? Forse la virata del legislatore del 1913 verso la differenziazione delle formule terminative specifiche serviva più all'«amplificazione sociale dei dettagli del giudizio» che a fiaccare lo *status* giudiziario dei prosciolti con dubbio<sup>91</sup>. Ma certo la blindatura dell'*insufficienza di prove* in un codice pensato da e per *liberali* lanciava al paese un messaggio in controtendenza.

### 9. Equilibri bifasici e umiltà smarrita

L'approvazione del codice giolittiano agì da cartina di tornasole delle fragilità 'statutarie' sulle quali si reggeva il sistema giudiziario del Regno. Anche i dibattiti sulla formula dubitativa avevano mostrato spaccature e ambiguità tra i vecchi carrariani, estremismi ai limiti della reazione tra le forze conservatrici.

in un vuoto rigorismo di formule i più vivi interessi della giustizia» e di riaprire, dunque, le istruttorie anche per casi non strettamente previsti dalla legge. Nessuna contraddizione, chiariva il ministro, con il (permanente) divieto di revisione in danno: mentre, infatti, quest'ultimo mirava a tener fermo il giudicato dibattimentale (anche se ingiusto) in nome della «tranquillità dei cittadini», la riapertura (in danno) dell'istruzione incideva su una fase, l'istruttoria, nella quale «non si determina in tutta efficacia il vero rapporto processuale, l'azione non si consuma» e non poteva precludersi al giudice istruttore l'eventualità di effettuare «altre valutazioni». Per di più, concludeva il ministro, se un giudice istruttore si fosse dovuto preoccupare che l'istruttoria non potesse più riaprirsi, probabilmente sarebbe stato incentivato a utilizzarlo, da subito, una «formula terminativa» più pregiudizievole all'imputato.

<sup>88</sup> Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (1913), cit. (nt. 17), p. 578.

<sup>89</sup> Stoppato, *Relazione Camera 1912*, cit. (nt. 75), p. 288 aveva promesso che «nessun pericolo» sarebbe derivato «alla libertà e alla dignità dei cittadini» dal mantenimento della formula dubitativa perché nessuna declaratoria di non luogo – e quindi nemmeno quella per insufficienza d'indizi – avrebbe più potuto rendersi «senza previo interrogatorio». In tale sede l'imputato avrebbe potuto offrire elementi d'indagine, «purgarsi da sospetti e farsi liberare da ogni possibile futura molestia», tutelando altresì il suo onore. «Ammessa adunque l'ineluttabilità dell'interrogatorio, ogni critica svanisce».

<sup>90</sup> Tuozzi, *Il nuovo codice* (1914), cit. (nt. 17), p. 313. Di «evidenti ragioni logiche» parlava Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, p. 360.

<sup>91</sup> Morelli, *Le formule*, cit. (nt. 6), p. 133.

Una lettura legalitaria e non impulsiva della nuova disciplina fu offerta dalle griglie concettuali robuste e ordinanti dell'indirizzo tecnico-giuridico. Nel *Trattato di procedura penale* apparso proprio in coincidenza con l'entrata in vigore del nuovo codice Vincenzo Manzini, pur contestando frontalmente il «preteso principio esegetico dell'*in dubio pro reo*», precisava che quel canone riguardava, anziché l'interpretazione della legge, «la valutazione della prova e la decisione del giudice del dibattimento»: su quest'ultimo incombeva, «nel dubbio», «l'obbligo morale di attenersi alla conclusione meno sfavorevole alla libertà dell'imputato». Diversa, avvertiva il giurista friulano, la posizione del giudice dell'istruttoria: questi, «nel dubbio, da non confondersi con l'insufficienza di prove, deve rinviare a giudizio»<sup>92</sup>.

Scendendo dal piano dei principi alla concretezza delle regole di giudizio, Manzini ribadiva che, per dichiarare in istruttoria l'insufficienza di prove, occorreva «un grado di incertezza assai maggiore» di quanta ne occorresse al termine del dibattimento. Egli chiariva che la prova *insufficiente* non era quella «negativa»; e neppure la «mancanza assoluta» di prova, perché «un dubbio campato nel vuoto potrà essere un sospetto personale più o meno arbitrario, ma non mai un dubbio giudiziale»; e nemmeno rilevava il dubbio residente «soltanto nell'opinione» di *quel* magistrato<sup>93</sup>. Nel *giudizio*, invece, «il dubbio che autorizza[va] il proscioglimento per insufficienza di prove» dipendeva, oltre che dalla debolezza della prova, «anche dal libero convincimento del giudice, il quale, quantunque la prova pot[esse] apparire per sé medesima logicamente sufficiente, pot[eva] nondimeno ritenerla non del tutto rassicurante per la condanna»<sup>94</sup>.

Il tentativo manziniano di lucrare sulla struttura bifasica del processo misto per graduare intensità ed effetti del dubbio era forse ingenuo e, probabilmente, non sarebbe bastato a riparare il cittadino da istruttorie disinvolute o da procure intraprendenti<sup>95</sup>. E tuttavia quel percorso restava ligio ai cardini formali dello Stato di diritto; quasi anticipava la sollecitazione carneltuttiana,

<sup>92</sup> Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), I, n. 24, p. 39, nt. 2 (e v. anche ivi, n. 41, p. 98). Il brano era riprodotto (e, anzi, 'promosso' dalla nota al testo) da Manzini, *Trattato di diritto processuale penale* (1931), cit. (nt. 4), I, n. 24, p. 105.

<sup>93</sup> Manzini, *Trattato di procedura penale italiana* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 400, pp. 360-361. Sul confronto tra sufficienza «massima», che in dibattimento autorizzava la condanna, e sufficienza *minima*, che in istruttoria suggeriva il rinvio, l'A. tornava ivi, n. 401, p. 366, anche con il conforto della *Relazione* al progetto 1905. Sul punto v. già Niccola Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie [...] Parte terza vol. I*, Napoli, Dalla Stamperia di M. Criscuolo, 1830, § 494, p. 383.

<sup>94</sup> Manzini, *Trattato di procedura penale* (1914), cit. (nt. 81), II, n. 457, p. 534.

<sup>95</sup> «Contro il *processus dubius*» agiva, secondo Bellavista, *Il processo come dubbio* (1967), cit. (nt. 2), p. 772, quella «tipologia di giudici» che assolutizzava il momento dell'istruzione a discapito del dibattimento.

avanzata sul filo del paradosso, a sostituire il *superstizioso* principio del *favor rei* con il *favor innocentiae*, bussola del giudice dibattimentale<sup>96</sup>.

Quando, negli anni Sessanta, fu chiaro che la formula dubitativa, per incongruenza vera o presunta con i dettami costituzionali, avesse fatto il suo tempo, Girolamo Bellavista si lanciò in un'appassionata difesa d'uno strumento che a suo parere consentiva al giudice, «come allo storico, di restare incerto». All'umile «concezione del processo come dubbio» il penalista siciliano contrapponeva il presuntuoso «dogmatismo giudiziale» che, per «carrierismo», «sollecitazioni di stampa», vanità politiche, finiva «col cercare *un* colpevole piuttosto che *il* colpevole»: «i frutti tossici di questa fretteolosità giudiziaria travasa[va]no» nell'errore giudiziario e nella «bancarotta della giustizia penale»<sup>97</sup>.

Già mezzo secolo fa l'immagine del giudice e dello storico affratellati dall'umiltà del dubbio evocava il mondo di ieri.

<sup>96</sup> Carnelutti, *Principi*, cit. (nt. 1), pp. 244-245. Com'è noto, lo stesso Francesco Carnelutti, *Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove*, «Rivista di diritto processuale», XVIII, 1963, pp. 1-4 si schierò per l'abolizione del proscioglimento per insufficienza di prove, formula, a suo avviso, paralizzante sul piano tecnico-processuale e logicamente contraddittoria.

<sup>97</sup> Bellavista, *Il processo come dubbio* (1967), cit. (nt. 2), p. 771.