

## PARTI E GIUDICE NELLA RICOSTRUZIONE DEI FATTI, ANCHE PROCESSUALI (\*)

di Giulio Ubertis

*Mentre la presunzione d'innocenza implica che in caso di dubbio l'imputato debba essere assolto, l'obbligatorietà dell'azione penale comporta che il pubblico ministero abbia non solo il diritto, ma anche il dovere di prova.*

*Il principio di acquisizione processuale, inoltre, comporta che non può parlarsi nel processo penale di un onere della prova per i fatti sostanziali; in assenza di dati favorevoli emersi in sede processuale, l'imputato ha soltanto un onere di allegazione per far conoscere una situazione che, se provata, condurrebbe a riconoscere la fondatezza di una tesi difensiva.*

*Analogamente, quanto ai fatti processuali e salve ipotesi esplicitamente diversamente regolate, la prova della loro sussistenza è indipendente da chi abbia promosso l'indagine al loro proposito, senza escludere l'iniziativa del giudice per esercitare un potere di cui sia titolare per risolvere un'incertezza sorta da concrete evenienze processuali.*

*While the presumption of innocence implies that the accused must be acquitted in case of doubt, compulsory prosecution dictates that the public prosecutor has not only the right but also the duty to furnish evidence.*

*The principle of trial acquisition implies that, in criminal proceedings, it is not possible to speak of a burden of proof for facts; in the absence of favourable data that emerge at trial, the defendant has only a burden of allegation, requiring him to disclose a situation that, if proven, would lead to recognising the validity of a defensive thesis.*

*Similarly, as far as procedural facts are concerned, and except where otherwise explicitly regulated, proof of their existence is independent of the person who initiated the investigation for their purpose, without excluding the judge's initiative to exercise a power he holds to resolve an uncertainty arising from concrete procedural events.*

SOMMARIO: 1. Il dovere di prova del pubblico ministero. – 2. Il principio di acquisizione processuale. – 3. I fatti sostanziali: il superamento della discussione sull'onere della prova in ambito processuale penale. – 4. *Segue*: l'onere di allegazione. – 5. L'onere e i fatti processuali.

---

(\*) Contributo destinato al volume *L'onere della prova*, a cura di S. Patti – R. Poli, Torino, Giappichelli. Si ringraziano i curatori e l'editore per averne consentito la pubblicazione anticipata in questa *Rivista*.

## 1. Il dovere di prova del pubblico ministero.

Poiché di onere della prova si può parlare in vario modo, conviene chiarire che per il momento ci si riferirà al suo profilo di criterio avente la funzione di determinare la decisione qualora il grado di conferma richiesto per la verifica della ricostruzione fattuale proposta non sia stato raggiunto. In tale accezione, l'onere della prova, reputato «necessaria conseguenza di un sistema giudiziario che affida le proprie risorse alla razionalità degli uomini destinati ad esercitare la relativa funzione»<sup>1</sup>, provvederebbe quindi a disporre «come il giudice deve giudicare quando egli non abbia avuto prove sufficienti per formare il proprio convincimento»<sup>2</sup>.

In questa prospettiva, nel nostro ordinamento esiste per il processo penale una indeclinabile regola di decisione<sup>3</sup> «secondo cui in caso di dubbio è sempre l'accusa a soccombere, e l'imputato deve essere prosciolto»<sup>4</sup> e che essa è direttamente derivabile dalla presunzione d'innocenza<sup>5</sup> contemplata dall'art. 27 comma 2 Cost.<sup>6</sup> (nonché dagli art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo, 14 comma 2 Patto intern. dir. civ. pol. e 48 § 1 Carta dir. fond. UE). Ma (pure a prescindere da quanto verrà esposto *infra*, § 3) l'ottica dell'onere della prova non è sufficiente a esaurire la posizione del pubblico ministero nella dinamica del regime probatorio, almeno ponendo attenzione all'art. 112 Cost., che per lui stabilisce l'obbligo di esercitare l'azione penale.

Infatti, sulla scia della giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>, si è affermato che «in presenza di una notizia di reato scatta per il pubblico ministero un vero e proprio *dovere* di attivarsi fino al completamento delle indagini e alle conclusive scelte sull'azione penale»<sup>8</sup> e che «dal principio di obbligatorietà dell'azione penale ... discende uno statuto di regole di comportamento che prescrive, anche in ordine all'introduzione delle prove,

<sup>1</sup> G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974, p. 33.

<sup>2</sup> G.A. MICHELLI, *L'onere della prova* (1942), Padova, 1966, p. 146-147.

<sup>3</sup> Per la preferenza della formula "regola di decisione" a quella "regola di giudizio", cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2025, p. 206.

<sup>4</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 122. Attualmente, ciò è esplicitamente previsto dagli art. 529 comma 2, 530 commi 2 e 3 e 531 comma 2 c.p.p. per il dubbio (ovvero, con espressione equivalente, l'insufficienza o la contraddittorietà probatorie) in relazione: all'esistenza di una condizione di procedibilità; alle circostanze che il fatto sussista, l'imputato lo abbia commesso, il fatto costituisca reato o quest'ultimo sia stato commesso da persona imputabile; alla presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità; infine, all'esistenza di una causa di estinzione del reato.

<sup>5</sup> Per l'impiego della locuzione "presunzione d'innocenza" anziché di quella (semanticamente non dissimile) "presunzione di non colpevolezza", cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 27-28; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 199-200.

<sup>6</sup> O. DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, p. 212; A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, c. 519; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 121; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, spec. p. 187 e 191.

<sup>7</sup> V., dapprima implicitamente, C. cost., sent. 12 ottobre 1990 n. 445, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2664; poi, espressamente, C. cost., sent. 15 febbraio 1991 n. 88, *ivi*, 1991, p. 590-591, e C. cost., sent. 9 maggio 2001 n. 115, *ivi*, 2001, p. 933.

<sup>8</sup> F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 20 (corsivo nostro).

una situazione di carattere doveros[o] e non liber[o]»<sup>9</sup>: l'art. 112 Cost. fa sì che il diritto alla prova – costituzionalmente sancito sia per le parti private ex art. 24 comma 1 e 2 Cost. sia per tutte in ossequio alla loro parità prevista dall'art. 111 comma 2 primo periodo c.p.p. e il cui esercizio influisce sul patrimonio gnoseologico processuale al quale si applica l'onere della prova nell'accezione suindicata – costituisca, per l'organo dell'accusa e per l'addebito penale nei suoi profili oggettivo e soggettivo, soprattutto un dovere.

## 2. Il principio di acquisizione processuale.

In diversa prospettiva sistematica, occorre considerare il principio di acquisizione processuale, da ritenere non circoscritto all'utilizzo dei risultati di prova<sup>10</sup> in sede di decisione indipendentemente dagli scopi di chi sia all'origine della loro inclusione nell'insieme delle conoscenze giudiziali<sup>11</sup>. Invero, si è da tempo evidenziato<sup>12</sup> che il principio in questione *estende la sua operatività oltre l'uso decisorio dei risultati di prova* conseguenti al procedimento intellettuale del giudice fondato sull'elemento di prova.

Esso *garantisce pure la funzione euristica dei risultati suddetti*, ciascuno dei quali (da solo o in connessione con altri), sollecitando la capacità (o immaginazione) combinatoria di chi esegue la ricerca (analoga a quella usata dallo storico nell'utilizzo delle informazioni di cui dispone<sup>13</sup>), ha l'ineliminabile virtualità di generare nuovi oggetti di prova come corollario dell'attività compiuta: e per siffatti eventuali temi di prova emersi non appare ragionevole escludere la loro verifica. Ma quest'ultima deve essere vincolata all'iniziativa di parte per non intaccare la *neutralità metodologica del giudice*, derivabile dall'imparzialità, o più specificamente dalla terzietà, del giudice, di cui al precetto dell'art. 111 comma 2 Cost.<sup>14</sup> (se mai essendo possibile riservargli un mero potere di indicazione: art. 506 comma 1 c.p.p.). Altrimenti, egli «finirebbe con l'istituire la lite su di una realtà diversa da quella su cui le parti vogliono discutere, con ciò violando proprio

---

<sup>9</sup> L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020, p. 210.

<sup>10</sup> Per la definizione di risultato di prova (e per le successivamente richiamate componenti della sequenza probatoria costituite dagli elementi, dalle fonti e/o dai mezzi di prova), sia consentito rinviare a G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2021, p. 80 ss.

<sup>11</sup> Già ricordava G.A. MICHELI (*L'onere della prova*, cit., p. 148) come fosse ormai indiscusso che il giudice potesse «utilizzare le resultanze probatorie anche per scopi differenti da quelli cui miravano le parti producenti».

<sup>12</sup> B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili ex officio»* (1968), in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 132 ss.

<sup>13</sup> Per un primo approccio alla nozione e per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine* (1939), trad. it., Torino, 1965, p. 168-169; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 61-62; C. VOCINO, *Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p. 630.

<sup>14</sup> ... ma desumibile altresì dalla presunzione d'innocenza per quanto afferisce peculiarmente ai rapporti con l'accusa, poiché il giudice non può essere coinvolto in compiti che implicino un'adesione a quell'*opinio delicti* che è il motore dell'ordinaria attività del pubblico ministero.

il *nemo iudex sine actore*»<sup>15</sup>; sebbene questo non significhi che sia necessario riferirsi a chi aveva richiesto l'originario esperimento conoscitivo, escludendo le altre parti dal potere di sollecitare indagini in nuove direzioni.

Il principio in esame, poi, *incide sui temi di prova*, trovando applicazione anche senza l'avvenuta effettuazione dell'esperimento probatorio: così che, per un verso, dalla loro combinazione possano sgorgarne di ulteriori su impulso di parti differenti da quelle che li avevano dapprincipio individuati e, per l'altro, gli oggetti di prova siano ritenuti come acquisiti al processo indipendentemente dall'uso che ne faccia il proponente. Non può negarsi, quindi, né che ciascun tema goda di una inevitabile potenzialità combinatoria soltanto per la circostanza di semplicemente integrare un'allegazione – ossia la «formulazione di un enunciato descrittivo [di un] fatto»<sup>16</sup> – né che a suo proposito sia sviluppabile un'attività istruttoria nonostante l'inerzia di chi l'aveva introdotto in sede processuale, senza posteriormente concretizzarne le implicazioni a causa del mancato agire per la corrispondente acquisizione probatoria. Tuttavia, se quest'ultima può avvenire per qualunque oggetto di prova (originario o nuovo) su richiesta di una qualsiasi parte interessata, il giudice può invece operare (si pensi agli art. 421-bis comma 1, 422 comma 1, 441 comma 5, 506 comma 2, 507 e 603 comma 3 c.p.p.; 32 comma 2 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274) solamente per la verifica dei temi a suo tempo presentati dalle parti accidiose: egli realizzerebbe invero «il punto di rottura ..., l'abuso che converte il giudice in investigatore»<sup>17</sup>, se ampliasse l'area della ricerca probatoria attraverso l'indagine su un'ipotesi ricostruttiva autonoma (che tra l'altro comporterebbe – analogamente a quanto accadrebbe per l'eventualità raffigurata nel capoverso precedente – il non omissibile intervento del pubblico ministero nei casi di nuova azione penale oppure di modifica o aggravamento dell'imputazione, a norma degli art. 423 e 516 ss. c.p.p.).

Inoltre, il principio di acquisizione processuale *influisce sull'inserimento processuale della fonte elo del mezzo di prova*, che, «una volta ammessi, sono sottratti alla disponibilità di chi li ha richiesti per diventare patrimonio comune delle parti e del giudice»<sup>18</sup>, a prescindere da una successiva scelta contraria del promotore della loro acquisizione: la rinuncia di quest'ultimo alla loro assunzione è permessa solo con l'adesione della controparte (art. 495 comma 4-bis c.p.p.), senza peraltro escludere che il giudice possa comunque procedervi, considerato il suo potere esercitabile ai sensi

---

<sup>15</sup> E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 201.

<sup>16</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 125.

<sup>17</sup> P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1073. Né tale enunciazione, testualmente riferita al dibattimento di primo grado, può essere limitata a esso: riguardo alle altre fasi processuali penali, infatti, «il giudice dell'udienza preliminare non può assumere i panni dell'investigatore», relativamente al giudizio abbreviato va «escluso ... che il giudice sia titolare di poteri d'indagine» e «il giudice d'appello – come ogni giudice – non detiene poteri investigativi» (H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, p. 248, 273 e 222, rispettivamente).

<sup>18</sup> A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Uberti, Milano, 1992, p. 57.

dell'art. 507 c.p.p., «nell'ambito delle prospettazioni delle parti e non per supportare probatoriamente una diversa ricostruzione che il giudice possa ipotizzare»<sup>19</sup>.

### 3. I fatti sostanziali: il superamento della discussione sull'onere della prova in ambito processuale penale.

Dal punto di vista rigorosamente dogmatico, pare dunque innegabile che, mancando nel processo penale il condizionamento della decisione d'un determinato contenuto ad un'insostituibile iniziativa probatoria di parte (e anche astraendo dalla problematicità categoriale della stessa figura dell'onere, da taluni confinata «nel limbo del giuridicamente irrilevante»<sup>20</sup>), con riguardo all'addebito penale non può parlarsi correttamente di "onere della prova"<sup>21</sup>. Qualora si preferisse continuare a impiegare la locuzione, si conferma che essa andrebbe concepita in «un significato dichiaratamente convenzionale, che faccia leva ... sulla riferibilità subiettiva (o psicologica) del rischio connaturato al suo inadempimento»<sup>22</sup> (il cosiddetto rischio della mancata prova).

Pertanto (riprendendo riflessioni già esposte altrove<sup>23</sup>) non avrebbero più interesse le principali posizioni in argomento, con cui si è tentato di proiettare in ambito penale il canone secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, cui attualmente si ispira in campo civile l'art. 2697 c.c. In quest'ottica, sotto la vigenza del codice di rito penale del 1930, si era affermato che la parte «sia imputato, sia Pubblico Ministero dovrà provare quei fatti costitutivi, estintivi o impeditivi, che sono i presupposti necessari della norma di cui chiede l'applicazione»<sup>24</sup>; o, dopo aver ricondotto l'attività del pubblico ministero alla figura del "compito" (in quanto tale distinta da quella dell'onere), si era asserito che «nel processo penale si può parlare di onere della prova solo per l'imputato»<sup>25</sup>; o si era delineato un onere "processuale" di introdurre la prova nel processo accanto ad un onere "sostanziale" di convincere il giudice, distribuendo il carico di ambedue tra pubblico ministero e imputato<sup>26</sup>.

Tuttavia, contestualmente al rilievo che la ricerca della verità in ambito penale non veniva lasciata all'attività delle parti, vigilando su di essa il giudice, si proponeva pure di distinguere l'onere della prova "in senso formale" e "in senso materiale", cioè l'aspetto soggettivo della distribuzione degli oneri probatori dal profilo oggettivo afferente alla determinazione del soggetto su cui far ricadere il rischio della prova

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 961 (in motivazione).

<sup>20</sup> O.T. SCOZZAFAVA, *Onere (in generale): a) nozione*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 104, nonché nota 24 per indicazioni bibliografiche in proposito.

<sup>21</sup> F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 88 ss.; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 400.

<sup>22</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 256.

<sup>23</sup> G. UBERTIS, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 97 ss.

<sup>24</sup> G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 277.

<sup>25</sup> P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 70.

<sup>26</sup> A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, p. 174.

mancata<sup>27</sup>: si evidenziava così che tale seconda questione «non concerne *chi* deve provare, ma *ciò* che deve essere provato»<sup>28</sup>, concludendosi per addossare interamente sul pubblico ministero un onere della prova in senso materiale, poiché nel processo penale l'accertamento del dovere di punire richiede «non solo la prova della presenza dei fatti costitutivi, ma anche la prova della mancata presenza di un fatto impeditivo della pretesa punitiva»<sup>29</sup>. Né mancava infine chi, con l'avallo della dottrina prevalente<sup>30</sup>, escludeva l'esistenza nel processo penale di un onere della prova relativo alla ricostruzione fattuale comunque inteso (soprattutto per la mancanza di una condizione di reciprocità tra pubblico ministero e inquisito nel richiedere ciascuno l'applicazione di una norma nociva per l'altro) e collegava piuttosto al principio *in dubio pro reo* l'enunciazione per cui «nel dubbio deve in ogni caso prevalere la soluzione favorevole all'imputato»<sup>31</sup>.

Dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, oltre alla riproposizione del duplice senso (formale o materiale) dell'onere della prova<sup>32</sup>, si è rinnovato il tentativo di sostenere l'esistenza di un onere della prova nel processo penale, sulla base di un supposto principio dispositivo probatorio<sup>33</sup> (peraltro di dubbia configurazione pure secondo l'originario modello del nuovo rito<sup>34</sup>); esso, però, non può reggere – come riconosciuto dagli stessi fautori di questa ricostruzione sistematica<sup>35</sup> – a fronte dell'esplicita negazione del suo fondamento a opera della Corte costituzionale, la quale ha rilevato che il suddetto principio «non trova riscontro né nei principi della delega né nel tessuto normativo concretamente disegnato nel codice ... [e che esso] sarebbe contrario ai principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione ..., nonché al carattere indisponibile della libertà personale ... perché ciò significherebbe rendere disponibile, indirettamente, la stessa *res iudicanda*»<sup>36</sup>.

---

<sup>27</sup> Per una tanto limpida quanto sintetica illustrazione delle due prospettive, cfr. G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 140, nota 2.

<sup>28</sup> G. BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 250.

<sup>29</sup> G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 255.

<sup>30</sup> V., per tutti, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 25; A. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi in onore di E. Eula*, II, Milano, 1957, p. 20; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, *Svolgimento del processo penale. Il processo di prima istanza*, Napoli, 1961, p. 328; ACH. MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969, p. 240; A. PELUSO, *La prova penale. Principi generali*, Caserta, 1947, p. 47-48 (dove, con formula da ritenere iperbolica, dopo aver evidenziato l'incompatibilità di un onere della prova nel processo penale con l'autonomia del giudice nella ricerca della verità, veniva rilevato che «se c'è qualcuno, cui nel nostro diritto processuale penale incomba l'onere della prova, questo qualcuno in definitiva è il giudice»).

<sup>31</sup> GIU. SABATINI, «*In dubio pro reo*», in *Novissimo dig. it.*, VIII, Torino, 1965, p. 615.

<sup>32</sup> C. QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1258 ss. e 1268 ss.

<sup>33</sup> V., ampiamente, E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commento del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio – O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. XXXVII-XXXIX.

<sup>34</sup> Per la sua esclusione, infatti, cfr. M. NOBILI, sub *art. 190*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 404.

<sup>35</sup> E. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2942; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2024, p. 642.

<sup>36</sup> C. cost., sent. 26 marzo 1993 n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 916. Anche P. FERRUA, il quale aveva inizialmente

In definitiva, se con “onere della prova” (che sarebbe da qualificare «imperfetto»<sup>37</sup> poiché all’inerzia probatoria della parte si potrebbe sopperire *ex officio*) andrebbe quindi intesa una metafora «con cui non si fa nient’altro che rappresentare anticipatamente ciò che accadrebbe sul piano della decisione, se la prova di un certo fatto non fosse acquisita»<sup>38</sup>, si può ribadire che «di onere della prova a carico del pubblico ministero potrebbe allora continuare a parlarsi, ma consapevoli che si tratta di una formula evocativa, eco di un dibattito ormai spento riguardante un problema che, in ambito penale, sembra avere perso gran parte del suo fascino»<sup>39</sup>.

#### 4. *Segue: l’onere di allegazione.*

Una sentenza di condanna può essere pronunciata, coerentemente con la presunzione d’innocenza, solo «se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.), dovendosi pervenire a un’assoluzione anche quando sussista un dubbio sulla «presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità» (art. 530 commi 2 e 3 c.p.p.). Il sistema processuale vigente ha così risolto, in particolare, il problema dell’incertezza sulle scriminanti, per la quale dottrina e giurisprudenza sostenevano soluzioni opposte «a seconda che si conven[isse] di raffigurare la scriminante come fatto genuinamente impeditivo ovvero come un elemento negativo della fattispecie»<sup>40</sup>, e, con una regola di giudizio contenuta in una «disposizione [avente] valore esclusivamente processuale»<sup>41</sup>, ha ricondotto a carico dell’accusa il rischio della mancata prova, accogliendo l’assunto che il fine della condanna del reo e dell’assoluzione dell’innocente non può farsi dipendere dalla «qualità – costitutiva, impeditiva o estintiva – dei fatti su cui cade il dubbio»<sup>42</sup>.

Tuttavia, coniugando la doverosa neutralità metodologica del giudice con il precedentemente illustrato principio di acquisizione processuale, sorge l’esigenza di individuare in capo all’imputato, soprattutto in assenza dei corrispondenti dati a lui favorevoli comparsi sulla scena processuale, un onere di allegazione concernente l’«interesse ... a far conoscere dettagliatamente una situazione concreta che, se provata,

---

asserito che tra «l’obbligo di esercitare l’azione penale ... [e] la ripartizione dei poteri probatori tra parti e giudice ... non c’è un rapporto di implicazione necessaria» (*I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., p. 1082), ha successivamente contrastato la proposta di ridurre i poteri giurisdizionali in ambito probatorio, introducendo legislativamente «divieti in cui incapp[i] l’intervento del giudice [che] rend[ano] di fatto disponibile la *res iudicanda*, con il risultato di vanificare l’obbligatorietà dell’azione penale» (ID., *Progetto Pittelli: una riforma dannosa che allontana il giusto processo*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 34, p. 11).

<sup>37</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 988.

<sup>38</sup> F. CORDERO, *Il giudizio d’onore*, cit., p. 133.

<sup>39</sup> G. UBERTIS, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 100.

<sup>40</sup> F. CORDERO, *Il giudizio d’onore*, cit., p. 66.

<sup>41</sup> G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Milano, 2023, p. 778.

<sup>42</sup> P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 238.

porterebbe al riconoscimento di una causa di giustificazione»<sup>43</sup> o, più in generale, della fondatezza di una tesi difensiva. Essa potrebbe – *rectius*: dovrebbe – essere verificata sia con uno strumento gnoseologico eventualmente indicato o perfino offerto (ad esempio, attraverso la produzione di documenti) dal prevenuto<sup>44</sup> sia, relativamente al tema di prova presentato, con un autonomo esercizio dei poteri del giudice.

In proposito, conviene ricordare, infatti, che quest'ultimo non potrebbe coltivare di propria iniziativa, nemmeno solo provvisoriamente, una determinata ipotesi, non emersa durante la controversia, quale linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito, perché «nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione»<sup>45</sup>; gli interventi istruttori dell'organo giurisdizionale devono perciò limitarsi «all'esercizio di una funzione integratoria volta a chiarire o approfondire anteriori risultanze processuali oppure meramente sollecitatoria nei confronti delle parti per quanto attiene all'estensione delle investigazioni»<sup>46</sup>.

## 5. L'onere e i fatti processuali.

La tematica dei rapporti tra i poteri delle parti e quelli del giudice è affrontata e risolta in maniera diversa dalla giurisprudenza in materia di fatti processuali, ossia rilevanti ai fini dell'integrazione di una fattispecie pertinente al procedimento penale senza afferire al giudizio di merito, inteso come «giudizio intorno ad una situazione, il cui modello è offerto dalle norme di diritto sostanziale»<sup>47</sup> e meno sinteticamente riferito dall'art. 187 comma 1 c.p.p. «all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza» (art. 187 comma 1 c.p.p.). Si afferma, infatti, che la parte interessata sarebbe gravata dell'onere non soltanto di allegare, ma altresì di provare una violazione legislativa, addirittura se rilevabile d'ufficio dal giudice e concernente un diritto fondamentale, verificatasi nella realizzazione di un fatto processuale e non documentata nel fascicolo a disposizione del giudice<sup>48</sup>, facendo discendere tale regola dal criterio generale che «per i fatti processuali, a differenza di quanto avviene per i fatti penali, ciascuna parte [avrebbe] l'onere di provare quelli che

<sup>43</sup> D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 199.

<sup>44</sup> Ribadisce che egli è comunque «non gravato dall'onere di provare la sussistenza» delle cause di giustificazione (nonché, si aggiunge, quelle personali di non punibilità) G. GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3903, dove si rammenta altresì il tentativo definitorio di ricondurre le medesime, come disciplinate dalla legge processuale, a una «categoria intermedia fra quella degli elementi costitutivi e quella degli elementi impeditivi» (M. DANIELE, *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, 1, p. 904).

<sup>45</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 110.

<sup>46</sup> G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale* (2007), in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 13.

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Merito (diritto processuale)*, in *Nss.D.I.*, X, Torino, 1964, p. 578.

<sup>48</sup> Cass., sez. un., 29 febbraio 2024, Gjuzi, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2563-2564 e 2570, che si riferisce a plurimi precedenti giurisprudenziali conformi ed è identicamente ribadita da Cass., sez. un., 29 febbraio 2024, Giorgi, *ivi*, 2024, p. 2587 e 2595.

adduce, quando essi non risultino documentati nel fascicolo degli atti di cui il giudice dispone»<sup>49</sup>.

Al riguardo – benché la l. 1° marzo 2001 n. 63 (attuativa dell’art. 111 Cost. come modificato dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2) abbia limitato la salvaguardia del contraddittorio per l’elemento di prova solamente al suo uso per le pronunce di proscioglimento o di condanna –, non sono trascurabili le osservazioni, da un lato, che l’utilità degli elementi investigativi per «risolvere questioni processuali non può divenire un alibi per qualsiasi incursione nelle carte del pubblico ministero» costituenti esito di attività unilaterali, contravvenendo inoltre alla tendenziale verginità gnoseologica del giudice dibattimentale; dall’altro, che, nonostante il tentativo di circoscrivere la cognizione giurisdizionale di un atto compiuto in sede preliminare allorché essa sia una necessaria premessa al «vaglio sulla legalità del procedere ... molte incertezze permangono sul rapporto fra regime del c.d. ‘doppio fascicolo’ e verifiche funzionali a provvedimenti diversi, incidentali, anticipati rispetto alla sentenza»<sup>50</sup>.

Tuttavia, l’orientamento giurisprudenziale lascia perplessi, per un verso, perché l’art. 187 comma 2 c.p.p. non differenzia la disciplina dei poteri probatori per «i fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali» da quello per i fatti sostanziali contemplati dal comma 1<sup>51</sup>; per l’altro, perché omette di considerare sia la difficoltà di operare sempre una loro netta distinzione – si pensi al provvedimento cautelare fondato sulla sussistenza di «gravi indizi di colpevolezza» prescritti dall’art. 273 comma 1 c.p.p. – sia l’influenza che spesso un fatto processuale (ad esempio, un’acquisizione probatoria) può avere sullo stesso provvedimento di merito, senza dimenticare la possibilità che «elementi probatori pur totalmente estranei alla vicenda storica generino effetti sul piano degli indiretti e spesso insondabili condizionamenti psicologici di chi deve decidere»<sup>52</sup>.

A proposito dei poteri del giudice in tema di fatti processuali, giova poi segnalare l’esistenza di fattispecie (che non si possono passare in rassegna in questa sede), in cui è lo stesso legislatore ad almeno parzialmente determinarli. In argomento, basti rammentare che, espressamente *ex art. 48 comma 1 c.p.p.*, la Cassazione può assumere d’ufficio «opportune informazioni» in materia di rimessione per l’esigenza di ottenere «dati che, mentre sarebbero facilmente disponibili per il pubblico ministero che li

---

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 17 novembre 2004, p.m. in c. Esposito, in *Giur. it.*, 2005, p. 1691 (in motivazione).

<sup>50</sup> A. ANGELINI, *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2090-2091, da cui è tratta anche la precedente citazione e in cui sono reperibili ulteriori richiami rappresentativi di contrastanti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali su specifiche questioni.

<sup>51</sup> Si ritiene pertanto di non poter aderire all’opinione di chi, dal riferimento in commi differenti ai fatti sostanziali e a quelli processuali, inferisce «le premesse di un successivo svolgimento, che sappia elaborare tecniche probatorie diverse per le due categorie di fattispecie» (D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 134), quando, semmai, l’art. 187 c.p.p., avente la rubrica «oggetto della prova», secondo F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 128, «illustra un penchant iperfasico del nuovo codice ... Bastava dire: ogni fatto rilevante ... ed è già rilievo didattico, estraneo alla secca lingua normativa».

<sup>52</sup> M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, p. 158.

richieda in via ufficiale o se li procuri per il tramite della polizia giudiziaria, non lo sarebbero ugualmente per il privato»<sup>53</sup>.

Sulla scorta di tale genere di norme garantisticamente ispirate (ci si può altresì riferire agli art. 32 comma 1, 41 comma 3 e 70 comma 1 c.p.p.), «gli interventi d'ufficio indirizzati a sostegno delle richieste dell'imputato assumono ... un significato di 'riequilibrio' delle maggiori difficoltà che le parti private possono incontrare – nell'esercizio del diritto alla prova – rispetto al pubblico ministero»<sup>54</sup>, magari, secondo quanto accade in materia di revoca o sostituzione della custodia cautelare in carcere per motivi di salute, aggiungendosi gravi ragioni d'urgenza all'ispirazione di favore per l'inquisito (art. 299 comma 4-ter c.p.p.).

La grande varietà dei fatti processuali, malgrado si arrivi qualche volta a statuire per il loro accertamento un esplicito onere della prova in senso stretto a carico dell'interessato (è il caso della restituzione nel termine *ex art.* 175 comma 1 c.p.p.), non impedisce dunque né di riconoscere che in generale il raggiungimento della prova sulla loro sussistenza è indipendente da chi abbia promosso l'indagine sulla questione – e su cui piuttosto ricade il rischio della prova mancata – né di ammettere in linea di massima per la loro verifica, accanto a quella delle parti, l'iniziativa del giudice, quando possa esercitare un potere di cui sia titolare (come la rilevazione d'ufficio di nullità assolute o intermedie oppure di inutilizzabilità probatorie): alla condizione, però, che «il dubbio sulla loro regolarità si fondi su circostanze emerse nel corso dello stesso giudizio»<sup>55</sup>, perché il suo attivarsi sulla base di linee esplorative meramente personali rischierebbe di incidere sulla neutralità metodologica dell'organo giurisdizionale anche nella prospettiva della decisione finale, oltre – tanto più se originante una contesa<sup>56</sup> – essere idoneo ad alterare gli equilibri della controversia, pregiudicando la parità delle armi.

Con speciale attenzione alla fase del giudizio, egli non sarebbe mai legittimato ad apprendere per impulso autonomo ciò che sia incluso in atti del fascicolo del pubblico ministero (per formulare una congettura estrema: tutti) nemmeno allo scopo di controllarvi l'*astratta* presenza di invalidità; invece, la cognizione del loro contenuto verrebbe comunque circoscritta alla sua *necessità* (richiamata, ad esempio, negli art. 200 comma 2 e 500 comma 5 c.p.p.<sup>57</sup> proprio per restringere i poteri del giudice) per risolvere

<sup>53</sup> *Parere sul prog. prel. c.p.p.*, Roma, 1979, p. 54 (reso dalla Commissione consultiva per il nuovo codice di procedura penale sul progetto preliminare del 1978 conseguente alla prima legge-delega 3 aprile 1974 n. 108), espressamente ricordato dalla *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.* n. 93, p. 21.

<sup>54</sup> M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., p. 196.

<sup>55</sup> A. Angelini, *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, cit., p. 2089.

<sup>56</sup> «L'accertamento dei fatti processuali non postula infatti, a priori e in astratto, una pluralità di tesi contrastanti, né ipotizza la partecipazione di soggetti su posizioni antitetiche e interessate a fornire opposte versioni dei fatti» (E.M. Catalano, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 540).

<sup>57</sup> Comunque inteso, l'art. 500 comma 5 c.p.p. comporta la possibilità per il giudice di esercitare autonomi poteri acquisitivi. Quando sostiene che «l'inciso "a richiesta di parte" ... non può che essere riferito ... alla lettura dei verbali anteriori» contenenti le precedenti dichiarazioni del teste, M.L. Busetto (*Il contraddittorio inquinato*, cit., p. 204) non asserisce che al giudice sia vietato disporre d'ufficio, durante «gli accertamenti necessari» per pronunciarsi sulla richiesta di parte, l'acquisizione di altri atti eseguiti nel corso delle investigazioni; mentre collegare la medesima locuzione agli «"elementi concreti" a sostegno dell'ipotesi

un'incertezza sorta da evenienze processuali *concrete*, sebbene non pretendendo che – similmente a quanto anteriormente esposto nel § 4 – l'intervento istruttorio giudiziale in presenza di un'allegazione di parte sia subordinato a un'indicazione o a un'offerta probatoria effettuata dall'interessato. Si salvaguarda così che tale conoscenza sia correttamente inserita nei confini codicisticamente previsti per l'esercizio della funzione giurisdizionale e giustificata dall'impossibile suo conseguimento con le consuete prescrizioni del contraddittorio contemplato dopo lo stadio preliminare del procedimento penale<sup>58</sup>, particolarmente qualora la decisione non sia rinviabile, dovendo essere emessa entro termini preclusivi senza poter attendere l'esito di eventuali e successive acquisizioni dialetticamente ottenute: si pensi all'art. 491 comma 1 c.p.p.<sup>59</sup>. Come per l'impiego degli atti importati nel dibattimento ai sensi degli art. 511 comma 4<sup>60</sup>, 511-bis ss. e 515 c.p.p., sarebbe in ogni caso tutelata l'esigenza<sup>61</sup> che non fossero utilizzate «ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento» (art. 526 comma 1 c.p.p.), che va osservata per «ogni questione relativa al processo» (art. 527 comma 1 c.p.p.).

---

d'interferenze illecite» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 715) non impedisce di ritenere che, senza escludere l'accesso ad atti compiuti in fase preliminare, «il giudice anche *ex officio* possa svolgere ... gli accertamenti necessari alla verifica della "condotta illecita"» inquinante il comportamento del teste (V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3839).

<sup>58</sup> Assumono invero l'aspetto di petizioni di principio affermazioni del tenore di quelle secondo cui sarebbe necessario «circoscrivere l'ambito operativo del principio di separazione delle fasi al solo giudizio di merito» e «la prospettiva della centralità del dibattimento [sarebbe] ... istituzionalmente estranea alle vicende ricostruttive dei fatti processuali» (E.M. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, cit., p. 545-546), reputandosi che «il regime probatorio dei fatti processuali defini[rebbe] una specifica modalità delle vicende oggetto di indagine, alternativa sia al modello accusatorio dell'accertamento orientato alla decisione di merito ..., sia al metodo consensuale di ricostruzione dei fatti sotteso alle forme di giustizia penale negoziata» (*ivi*, p. 567-568).

<sup>59</sup> In proposito, giova rammentare che C. cost., ord. 14 aprile 1995 n. 130, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1042 ss., ha riconosciuto, in una vicenda relativa a una questione preliminare *ex art.* 491 c.p.p., il potere dell'imputato di produrre in dibattimento copia di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

<sup>60</sup> Conviene segnalare che questa norma rappresenta quasi un prototipo della cosiddetta «lettura-controllo» (M. NOBILI, sub *art.* 511, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, V, Torino, 1991, p. 432, nota 30), perché destinata esclusivamente a emettere il singolo giudizio sul fatto processuale per cui in dibattimento viene effettuata.

<sup>61</sup> Essa è opportunamente sottolineata da M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., p. 236.