

PER UNA SISTEMATICA DEGLI ONERI PROBATORI NEL GIUDIZIO PENALE DI PRIMO GRADO (*)

di Gaetano Carlizzi

Il contributo intende porre le basi di un'autentica sistematica dell'onere della prova, per mostrare che esso si inserisce in una fitta rete di regole, costituente il cuore pulsante della fase dibattimentale. Innanzitutto, saranno esposte le principali concezioni dell'onere della prova nel processo penale emerse nella letteratura specialistica dell'ultimo secolo. Saranno poi tracciate le grandi linee della concezione proposta in questa sede, la quale si contraddistingue per due ragioni strettamente connesse: perché, da un lato, considera giuridiche anche le direttive di azione condizionate, tra l'altro, dalla volontà dei loro destinatari di raggiungere un certo fine; dall'altro, ritiene che, nel processo penale di primo grado, le regole sull'onere della prova delle parti siano di questo tipo e possano essere ricavate dalle norme di giudizio rivolte al giudice. Infine, verrà presentato un riepilogo delle tesi fondamentali sostenute nella pars construens del presente articolo.

SOMMARIO: 1. Ragioni e programma dell'indagine. – 2. Opinioni tradizionali. – 2.1. Opinioni favorevoli. – 2.2. Opinioni scettiche. – 2.2.1. Rimozioni. – 2.2.2. Negazioni. – 2.2.3. Riconfigurazioni. – 3. Lineamenti di una proposta teorica alternativa. – 3.1. Accezione di "onere della prova". – 3.2. Differenze tra gli oneri probatori nel giudizio penale e negli altri giudizi. – 3.3. Regole sugli oneri probatori. – 3.3.1. Regola ricavabile dall'art. 529, comma 2, c.p.p. – 3.3.2. Regola ricavabile dall'art. 530, comma 2, c.p.p. – 3.3.3. Regola ricavabile dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p. – 3.3.4. Regola ricavabile dall'art. 531, comma 2, c.p.p. – 3.3.5. Regola ricavabile dall'art. 533, comma 1, I parte, c.p.p. – 3.4. Condizioni degli oneri probatori. – 3.5. Oggetti degli oneri probatori. – 3.6. Quantità degli oneri probatori. – 3.7. Modalità degli oneri probatori. – 3.8. Disciplina codicistica degli oneri probatori primari e principi costituzionali del giudizio penale. – 4. Riepilogo.

1. Ragioni e programma dell'indagine.

Sin da quando si sono costituite in domini nettamente distinti¹, la cultura penalistica, quella civilistica e quella teorico-generale sono progredite sovente in

(*) Il presente contributo è contenuto nel volume collettaneo S. PATTI, R. POLI (a cura di), *L'onere della prova*, Torino, 2026. Si ringraziano i curatori per aver acconsentito alla pubblicazione anche su questa Rivista.

¹ L'autonomizzazione del diritto criminale rispetto a quello civile può farsi risalire al XVI secolo, definito, appunto, "secolo del penale": cfr. M. PIFFERI, *La criminalistica*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti, Ottava appendice, Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. Diritto*, Roma, 2012, p. 143. Quella della teoria del diritto dalle discipline di diritto positivo, almeno sul Continente, si è invece realizzata a cavallo tra la Giurisprudenza dei concetti del XIX secolo e la dottrina pura kelseniana del secolo scorso: sul rapporto tra la teoria del diritto classica e quella contemporanea, cfr. A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in A. KAUFMANN, W. HASSEMER, U. NEUMANN (hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg u.a., 2011, pp. 8-10, 116-131.

parallelo. Solo di tanto in tanto si sono intersecate, in particolare nei tentativi, malriusciti per rigetto di trapianto, di costruire una dogmatica criminale con gli schemi negoziali del diritto privato, a loro volta illusoriamente concepiti come categorie universali della realtà giuridica².

I risultati di questa indifferenza reciproca sono principalmente tre e concernono temi di rilevanza trasversale. Innanzitutto, il contrabbando come sistematiche esaustive di costruzioni condizionate dalla logica sommamente astratta della teoria generale. In secondo luogo, l'elaborazione di concetti dogmatici irrelata ai progressi conseguiti nell'altro ambito scientifico e in quello teorico-generale. Infine, la marginalizzazione, se non la cancellazione, in una delle due dogmatiche, di categorie da sempre centrali in quella complementare e nella più comprensiva teoria del diritto. Quali casi paradigmatici dei tre fenomeni possono indicarsi le "teorie generali" ignare della sfrenata creatività dell'esperienza giuridica, la dottrina civilistica della causalità e, rispettivamente, la concezione dell'onere della prova seguita da alcuni studiosi del processo penale.

Per quanto riguarda l'ultimo tema, oggetto della presente indagine, mentre per il rito civile e per altri riti esistono indagini numerose e notevoli³, alcune delle quali, peraltro, di orientamento abolizionista⁴, gli approfondimenti disponibili per quello

² Il più noto di questi tentativi falliti è quello di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.

³ Con riguardo al processo civile, cfr., soprattutto, per l'ambito tedesco: L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, München-Berlin, 1965, J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin-New York, 1974, G. BAUMGÄRTEL, H.W. LAUMEN, H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, Bundle Bände 1-3, Köln u.a., 2023; per quello italiano: G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1987, pp. 1-181, ID., *Le prove*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2021, pp. 77-298, M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in ID., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, pp. 345-354, L. PASSANANTE, *L'onere della prova nel processo civile*, in F. ANELLI et al. (a cura di), *L'onere della prova*, Milano, 2024, pp. 3-23, V. ANSANELLI, *Consulenza tecnica e onere della prova. Alla ricerca dell'equilibrio perduto*, ivi, pp. 77-96, F. AULETTA, *Consulenza tecnica d'ufficio e onere della prova*, in *Il Processo*, 2/2025, pp. 435-448, R. POLI, *Onere della prova e libero convincimento del giudice*, ivi, pp. 449-466, E. D'ALESSANDRO, *Sull'onere della prova nel processo civile*, in V. AIUTI, F. CAPRIOLI, K. NATALI (a cura di), *Prova e ragionamento probatorio nel pensiero di Franco Cordero*, Torino, 2025, pp. 205-221; per quello spagnolo: J. NIEVA FENOLL, J. FERRER BELTRÁN, L.J. GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid et al., 2019; per quello brasiliano: V. DE PAULA RAMOS, *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*, São Paulo, 2025, D. MITIDIERO, *L'onere della prova e i suoi nemici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2023, pp. 871-898; L.B. DE MACÊDO-R.M. PEIXOTO, *Ônus da prova e sua dinamização*, Salvador, 2016. Con riguardo al processo amministrativo, cfr.: E. FOLLIERI, *La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice*, in *Il Processo*, 2/2025, pp. 531-547; A. TRAVI, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in F. ANELLI et al. (a cura di), *L'onere della prova*, cit., pp. 195-204. Con riguardo al processo contabile, v. M. D'ANGELOSANTE, *Avvio di una discussione sull'onere della prova nella giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Il Processo*, 2/2025, pp. 507-529. Con riguardo al processo tributario, v. i saggi, numerosi e ben assortiti, che formano la seconda parte della suddetta opera collettanea: F. ANELLI et al. (a cura di), *L'onere della prova*, cit., pp. 1195-1798. Per approfondimenti storici relativi al processo civile, v. altresì M. NARDOZZA, *Onere della prova e logica giuridica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2024, pp. 869-910.

⁴ La tesi della superfluità nel processo contemporaneo, in particolare civile, del concetto e delle regole sull'onere della prova è stata sostenuta nella maniera più decisa da J. NIEVA FENOLL, *Requiem per l'onere della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2023, pp. 171-196. Essa si basa sull'idea che l'onere della prova sarebbe

penale sono sporadici e in buona parte risalenti. Ciò soprattutto a causa della convinzione, corrente ma non sempre motivata in modo rigoroso, dell'incompatibilità tra tale rito e l'autentico onere della prova.

In questo saggio intendo contribuire al superamento di siffatto stato di cose, con particolare riguardo al giudizio penale di primo grado, la cui logica va tenuta ben distinta da quelle del giudizio di appello⁵ e del giudizio di legittimità⁶. In particolare, attraverso un paziente lavoro di analisi e di ricomposizione dei dati normativi (costituzionali, sovranazionali e codicistici) e superando la deleteria separazione (anziché la mera distinzione) tra diritto penale sostanziale e processuale⁷, intendo porre le basi di un'autentica *sistematica dell'onere della prova*, volta a mostrare che esso si inserisce in una fitta rete di regole, costituente il cuore pulsante della fase dibattimentale. Anzi, proprio il fatto che queste regole hanno contenuti per più versi differenti, mi spingerà a parlare, al plurale, di "oneri probatori".

A tal fine seguirò un percorso articolato nei seguenti passaggi. Innanzitutto, esporrò le principali concezioni dell'onere della prova nel processo penale emerse nella letteratura specialistica nel corso dell'ultimo secolo, suddividendole in favorevoli e scettiche (§ 2). Tracerò poi le grandi linee della mia personale concezione, la quale si contraddistingue per due ragioni strettamente connesse: perché ritengo, da un lato, che siano giuridiche anche le direttive di azione condizionate, tra l'altro, dalla volontà dei loro destinatari di raggiungere un certo fine; dall'altro, che nel processo penale di primo grado le regole sull'onere della prova delle parti siano di questo tipo e possano essere

sorto propriamente in epoca medioevale e sarebbe stato collegato alla prova legale e congegnato come dovere della parte gravata di presentare prima dell'inizio del processo le prove favorevoli alla sua tesi, a pena di soccombenza; dopo il superamento del sistema delle prove legali e la correlativa introduzione del principio del libero convincimento giudiziale nel corso della Rivoluzione francese, non vi sarebbe più bisogno dell'istituto dell'onere della prova: né in senso soggettivo (dovere di provare un fatto su iniziativa della parte che lo afferma), data l'operatività del principio di acquisizione probatoria, né in senso oggettivo (regola di giudizio), dato che l'inadempimento del dovere in esame può essere piuttosto concepito come indizio rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice. Per questi e altri argomenti, cfr. anche J. FERRER BELTRÁN, *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2019, spec. pp. 900-905, 910-914; V. DE PAULA RAMOS, *Ônus da prova no processo civil*, cit., pp. 74-146. Per convincenti repliche a questo modo di ragionare, che, come vedremo, ricorre già nella letteratura processualpenalistica del secolo scorso in materia (cfr. *infra*, § 2), cfr. L. PASSANANTE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 14 s., 18-23, D. MITIDIERO, *L'onere della prova e i suoi nemici*, cit., spec. pp. 879-895. Sul rapporto cruciale tra onere della prova e principi e standard della valutazione probatoria civile, cfr., incisivamente, R. POLI, *Onere della prova e libero convincimento del giudice*, cit., *passim*, ID., *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023, pp. 40-47, nonché R. PEIXOTO, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, São Paulo, 2025, pp. 65-70.

⁵In tema, cfr. V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Torino, 2023.

⁶In tema, cfr. A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Milano, 2021, nonché F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2023.

⁷Per un'eccellente ricostruzione della genesi di questa separazione in Italia, avvenuta formalmente nel 1938 col "decreto Bottai", cfr. M.N. MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in L. FOFFANI, R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, spec. pp. 48-55.

ricavate dalle norme di giudizio rivolte al giudice (§ 3). Infine, presenterò un riepilogo delle tesi fondamentali sostenute nella *pars construens* del presente articolo (§ 4).

2. Opinioni tradizionali.

Le ipotesi di onere giuridico abbondano nel nostro ordinamento, sia a livello sostanziale, sia a livello processuale: onere di ricorso al testamento olografo o all'atto pubblico per istituire un erede (art. 601 c.c.); onere di presentazione della domanda di trascrizione o di iscrizione di certi atti per renderli opponibili ai terzi (art. 2644 c.c.); onere di ricorso all'atto pubblico per compiere donazioni di valore non modico (art. 782 c.c.); onere di agire in giudizio per far valere un diritto (art. 99 c.p.c.); onere di compiere certi atti per interrompere la prescrizione di un diritto (art. 2943 c.c.); onere di deposito del ricorso nella cancelleria della Corte di giustizia tributaria ai fini della sua ammissibilità (art. 68, comma 1, D.Lgs. n. 175/2024 – “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di giustizia tributaria” –, che ha sostituito l'art. 22, comma 1, D.Lgs. n. 546/1992).

La figura che sola ci interessa in questa sede è l'onere della prova nel giudizio penale di primo grado. Le opinioni espresse al riguardo dagli studiosi si dividono in due grandi gruppi: l'uno comprendente le tesi favorevoli, l'altro quelle variamente scettiche.

Le prime, non molto diffuse, concepiscono l'onere della prova in conformità, o perlomeno non in opposizione, al più raffinato modello teorico-generale dell'onere (che chiamerò “autentico onere”: dovere stabilito da una norma ipotetico-volitivo-precettiva⁸). Più precisamente, posto che per tale modello l'onere costituisce una forma speciale di dovere, le opinioni in esame lo riferiscono alla fase di acquisizione probatoria e lo collegano, a seconda dei casi, a entrambe le parti processuali o solo a una di esse, in genere coincidente col pubblico ministero (d'ora in poi: “p.m.”).

Le opinioni scettiche, nettamente dominanti e in genere influenzate da costruzioni maturate in ambito processualciviltistico, nutrono una sfiducia di fondo circa la possibilità di ricorrere alla nozione teorico-generale di onere nel processo penale, che le conduce, a seconda dei casi, a ignorarla, a bandirla oppure ad adattarla alle peculiarità di quest'ultimo.

All'interno di ciascuno dei due gruppi, infine, bisogna suddividere le dottrine anteriori all'avvento di un diritto processuale penale orientato ai principi costituzionali e sovranazionali da quelle posteriori, data la significativa diversità del loro rispettivo apparato argomentativo.

2.1. Opinioni favorevoli.

Nella dottrina della prima metà del secolo scorso, una delle poche voci favorevoli alla configurabilità di un autentico onere della prova nel processo penale è quella di

⁸ Su tale concetto, cfr. *amplius infra*, § 3.

Giacomo Primo Augenti, che la sostenne in un articolo del 1930, poi trasformato in una monografia dedicata anche ai profili storici, teorico-generalisti e civilistici del tema⁹. In particolare, nel primo lavoro, egli muove dalla concezione negativa professata dalla maggior parte degli autori dell'epoca, che sottopone a critica serrata nei termini seguenti. Tali autori partono dal presupposto che l'onere della prova esista solo nel processo civile, perché solo in tale ambito le parti sono legittimate a disporre dei propri interessi. Su questo presupposto sarebbe infatti naturale riservare loro e, di conseguenza, precludere al giudice, ogni iniziativa circa l'allegazione dei fatti e delle prove rilevanti. Sempre secondo questi autori, nel processo penale le cose starebbero in maniera opposta, giacché qui varrebbe il principio di ricerca della verità, al quale l'onere della prova nuocerebbe, impedendo al giudice di attivarsi per compiere siffatta ricerca. Sennonché, secondo Augenti, questi presupposti sono errati. Innanzitutto, considerato che l'interesse pubblico all'attuazione della legge viene in gioco non solo nel processo penale, ma anche in quello civile, tra i due processi non si danno differenze categoriche, ma solo di grado. In secondo luogo e a tutto concedere, con un ragionamento che anticipa il dibattito di fine secolo sulle virtù del contraddittorio, Augenti rileva che l'onere della prova giova alla ricerca della verità ben più del principio inquisitorio. Infatti, mentre il primo, istituendo un confronto dialettico tra le parti, consente di far piena luce su tutti i possibili aspetti del fatto in giudizio, il secondo, accentrando l'attività probatoria in capo a un solo soggetto, è affetto da un'intrinseca debolezza euristica¹⁰.

Favorevole alla configurabilità di un vero e proprio onere della prova anche nel processo penale, ma limitatamente alla pubblica accusa, si professa anche Alfredo Gaito in un articolo del 1975, utilizzando ora la leva costituzionale ed euroconvenzionale. Dopo aver dato conto delle opinioni espresse in materia ed evidenziato la naturale assenza dell'onere della prova nel processo inquisitorio, dominato dal principio di ricerca della verità materiale, e la sua naturale presenza in quello accusatorio, pervaso dalla logica della competizione tra le parti dinanzi a un giudice imparziale, Gaito sostiene l'irriducibilità a entrambi i modelli del rito penale dell'epoca, situato, piuttosto, a cavallo di essi. Di qui la necessità di impostare il problema dell'onere della prova alla luce delle previsioni positive, a cominciare da quella costituzionale sulla presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2) e da quella euroconvenzionale sulla presunzione di innocenza (art. 6, comma 2), solo analoga alla prima, fino ad arrivare all'art. 479 c.p.p. L'esito di siffatto approccio, convalidato anche dalle storiche sentenze Corte cost. n. 175/1970 e n. 124/1972, consiste nell'attribuzione alla presunzione di non colpevolezza del duplice carattere di presunzione *iuris tantum* e di regola di giudizio foriera dell'onere della prova a carico del p.m.¹¹: "il correlato logico-processuale della presunzione di incolpevolezza dell'imputato è l'addosso all'accusa dell'onere di provare il contrario: un onere che costituisce esattamente il contrario della presunzione di incolpevolezza dell'accusato"¹². Tutto ciò con la conseguenza ultima di una metamorfosi del processo

⁹ G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932.

¹⁰ G.P. AUGENTI, *Onere di prova e processo penale*, in *Riv. pen.*, vol. I, parte 2, 1930, spec. pp. 1042-1051.

¹¹ A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, parte III, coll. 513-520.

¹² *Ivi*, col. 521.

penale: “L’ accusa non può più costituire la tesi di partenza, ma solo un’ ipotesi di lavoro. [...] La funzione del processo penale è venuta ad essere quella di verifica dell’ ipotesi dell’ accusa [...]”¹³.

2.2. Opinioni scettiche.

Le opinioni nettamente dominanti sulla configurabilità di un autentico onere della prova nel giudizio penale sono di segno variamente scettico e sono riconducibili a una tra tre varianti. Esse si traducono, cioè, in una rimozione, in una negazione o, a seconda dei casi, in una riconfigurazione di siffatto onere.

2.2.1. Rimozioni.

La *prima* variante si manifesta nei Manuali di procedura e negli studi di diritto probatorio penale che non fanno il minimo cenno all’ onere della prova.

Essa trova riscontro sia in pubblicazioni risalenti sia in opere recenti, e può spiegarsi, in entrambi i casi, col discredito che le teorie riconducibili alle due successive varianti hanno gettato sulla nostra figura o, più semplicemente, con la disattenzione per le componenti teorico-generalì del meccanismo processuale¹⁴. In particolare, sotto il primo profilo, una volta diffusasi la convinzione che nel giudizio penale non possa darsi un autentico onere della prova, esso non è stato più percepito come un problema, dunque come un tema meritevole di attenzione¹⁵.

2.2.2. Negazioni.

La *seconda* variante, raramente riscontrabile in letteratura, sbarra apertamente all’ istituto qualunque accesso al giudizio penale, foss’ anche dopo averlo adattato ai principi ispiratori di quest’ ultimo.

Esemplare è, innanzitutto, la posizione di Amedeo Foschini, che, in un articolo del 1957, si confronta sia con le rare voci favorevoli alla configurabilità di un autentico onere della prova nel giudizio penale, sia con le molte voci contrarie, disposte soltanto ad ammettervi forme spurie, in particolare quella dell’ “onere meno perfetto”, inteso come dovere alla cui inosservanza può rimediare il giudice (Goldschmidt), e quella dell’ “onere in senso materiale”, inteso come regola di giudizio da applicare al fatto

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Un esempio notevole di questo filone è, se non mi inganno, G. LEONE, *Manuale di procedura penale*, Napoli, 1960, che solo in seguito si sarebbe rivolto, peraltro cursoriamente, all’ onere della prova nel processo penale (cfr. *infra*, § 2.2.2 e nt. 21).

¹⁵ Di “problema che, in ambito penale, sembra aver perso gran parte del suo fascino” parla anche G. UBERTIS, *Dovere di prova del pubblico ministero ed epistemologia giudiziaria*, in *Sist. pen.*, 8 maggio 2024, p. 7.

incerto (Bettiol)¹⁶. Secondo Foschini, nessuna di queste voci può essere seguita. Non quelle del primo ordine, perché vi ostano: in generale, i poteri di integrazione probatoria del giudice e lo scopo di accertamento della verità proprio del processo penale, i quali impediscono che l'inerzia probatoria delle parti in giudizio possa condizionarne l'esito¹⁷; con riguardo all'imputato, il principio *in dubio pro reo*, vera e propria regola legale, per giunta di matrice costituzionale (art. 27 Cost.), che impedisce di pretendere che egli dimostri l'esistenza delle situazioni a lui favorevoli, come le scriminanti, e impone piuttosto di far tornare a suo vantaggio il dubbio sorto al riguardo¹⁸; con riguardo al p.m., il suo ruolo di organo pubblico, il quale impedisce di porre a suo carico un autentico onere, anziché un mero compito probatorio¹⁹. Né sono condivisibili le voci disposte ad accettare forme spurie di onere della prova nel giudizio penale, data l'ambiguità dei concetti proposti a tal fine²⁰.

Più stringata e legata ad argomentazioni classiche è la tesi negativa sostenuta da Giovanni Leone nell'edizione del 1971 del suo Manuale di diritto processuale penale. Egli si limita infatti a sostenere che il principio dell'illimitata libertà del giudice nella scelta e nell'acquisizione delle prove (detto anche "principio della ricerca della verità materiale"), che vale per l'accertamento non solo del fatto di reato, ma anche dei c.d. fatti impeditivi (cause di giustificazione ecc.), comporta "l'inammissibilità nel processo penale del principio dell'onere della prova", inteso come precetto che impone "alla parte di offrire al giudice le prove per ottenere una decisione favorevole"²¹.

Un primo passo verso la piena valorizzazione delle implicazioni euroconvenzionali del problema in esame, ma pur sempre nella sfera delle tesi negative, è compiuto da Gilberto Lozzi nella monografia del 1968 sul *favor rei*. A suo avviso, nessuna delle tre accezioni speciali di "onere della prova" coniate per il processo penale può essere accolta. Non quella di "onere formale", inteso come carico probatorio ripartito tra le parti del giudizio in ragione delle affermazioni compiute nel loro rispettivo ruolo, data la vigenza nel rito criminale dei principi di ricerca della verità materiale e di acquisizione probatoria. Neppure quella di "onere materiale" o "in senso obiettivo", che individua la parte su cui ricadono le conseguenze sfavorevoli della mancata o insufficiente prova di un certo fatto, giacché esso non si ricollega a un potere esclusivo di produzione probatoria in capo al soggetto che ne è gravato, dunque non costituisce un onere vero e proprio. Né, infine, quella di "regola di giudizio" (che parte della dottrina, come egli riferisce, identifica con l'"onere materiale", a riprova della confusione anche terminologica che regna in materia), in quanto non vi è chiarezza sul

¹⁶ A. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, vol. II, Milano, 1957, p. 17.

¹⁷ Ivi, p. 12 s.

¹⁸ Ivi, pp. 13-15.

¹⁹ Ivi, p. 18.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1971, p. 418 s. Per contro, come detto *supra*, nt. 14, nell'edizione del 1960, peraltro intitolata alla maniera tradizionale, Leone sembra ignorare il problema dell'onere della prova.

contenuto di tale regola²². Piuttosto, conclude Lozzi, siffatta funzione di guida del giudice è svolta dal criterio del *favor rei*, secondo il quale “l’insufficienza o la mancanza della prova di un fatto necessario per condannare si risolve a vantaggio dell’imputato”²³. Esso, infatti, costituisce un principio generale ricavabile dalle disposizioni del codice del 1930 sulla regola di giudizio (in particolare, artt. 378, comma 1, 479, commi 2 e 3), ma soprattutto dotato di copertura sovralegislativa *ex art. 6, n. 2, CEDU*²⁴.

Di segno parimenti negativo, ma soprattutto refrattaria all’idea della pervasività dei principi fondamentali, è la posizione di Achille Melchionda. In un articolo del 1970, egli avverte subito che il problema in esame ha dato vita a vari schieramenti dottrinali, sebbene “non [possa] al riguardo parlarsi, a rigore, di compatte ‘correnti di opinioni’[, dato che, al] contrario, ciò che caratterizza lo studio del nostro argomento è la varietà di pareri che sono stati al riguardo espressi”²⁵. Chiarito ciò, il nostro autore espone la sua tesi radicalmente negativa, criticando sia l’uso della locuzione “onere formale della prova”, che ritiene plurivoca e associa a un onere normativo, cioè imposto da una norma, non reperibile nel processo penale, oltre che per “il principio della *libera ricerca della verità reale*”²⁶, per la semplice ragione che il codice di rito non contiene una disposizione come l’art. 2697 c.c.; sia la nozione di “onere materiale”, da intendere nel senso di interesse giuridico che l’imputato ha a fornire la prova che la legge pone a suo carico in certi casi, in genere ricondotti alla categoria delle presunzioni, dato che esso non costituisce un autentico dovere; sia la nozione di “onere della prova” come regola di giudizio, in quanto, mentre questa consiste in una direttiva sulla decisione da prendere nel caso di prova dell’esistenza o inesistenza di un fatto, l’onere della prova interviene nel caso opposto di dubbio sul punto²⁷. Al di là di queste notazioni, tutto sommato ricorrenti nel filone in esame, ciò che colpisce maggiormente è l’assunto secondo cui la dignità costituzionale ed euroconvenzionale della presunzione di innocenza, ossia del principio dal quale diversi autori ricavano l’onere della prova-regola di giudizio nel processo penale, sia inconferente a tal fine, dato che l’unico vero destinatario dei principi fondamentali sarebbe il legislatore²⁸. Tale giustificazione, infatti, poteva forse essere tollerabile, o perlomeno spiegabile, all’epoca, ma non potrebbe esserlo oggi, una volta radicata la convinzione dell’onnidirezionalità prescrittiva delle Carte costituzionali.

²² G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, pp. 17-21.

²³ *Ivi*, p. 54.

²⁴ *Ivi*, pp. 22-55, spec. pp. 39 s. e 54 s.

²⁵ ACH. MELCHIONDA, *Considerazioni sull’onere della prova nel processo penale*, in *Arch. pen.*, parte I, 1970, p. 339.

²⁶ *Ivi*, p. 341 (corsivi nell’orig.).

²⁷ *Ivi*, pp. 340-344, 346-350.

²⁸ *Ivi*, p. 352.

2.2.3. Riconfigurazioni.

L'atteggiamento più diffuso della letteratura processualpenalistica in materia di onere della prova è dunque il *terzo*, che ritiene consuetudinariamente doveroso e/o teoricamente utile continuare a parlare di "onere della prova" nel processo penale, ma in una versione frutto dell'adattamento della relativa nozione teorico-generale alle peculiarità assiologiche e funzionali di tale tipo di giudizio.

Consideriamo in ordine cronologico alcune opinioni particolarmente rappresentative, partendo da Eugenio Florian, che, nella parte generale della prima edizione del Trattato sulle prove penali, risalente al 1924, esamina le interazioni del nostro tema con quello dell'oggetto della prova. Premesso che, sulla scia della dottrina tedesca, l'onere della prova va inteso innanzitutto in senso formale, ossia come dovere di chi afferma certi fatti in giudizio di dimostrarne l'esistenza, esso potrebbe ritenersi configurabile non solo, com'è ovvio, nel processo civile, ma anche in quello penale. Per capire perché, bisogna considerare l'influsso che l'onere formale della prova esercita su quello di individuazione dell'oggetto della prova (ovvero di allegazione). In particolare, quando verte su fatti affermati dalle parti, il primo onere potrebbe comportare che solo esse siano in grado e in dovere di determinare ciò che va provato. Sennonché, tale corollario contrasta con i principi del processo penale moderno, specie con quello di ricerca della verità, il quale comporta che il giudice abbia non solo il potere di integrare e correggere i temi di prova proposti dalle parti, introducendone di nuovi o diversi, ma anche, correlativamente a ciò, di introdurre d'ufficio prove diverse da quelle prodotte da queste ultime, le quali rilevano in quanto tali, oggettivamente, non perché prodotte da loro. Insomma, dato che non può ammettersi un onere formale di individuazione degli oggetti di prova, non può neppure configurarsi un onere formale della prova²⁹. Ciò non toglie che qui vi sia spazio per "l'onere di prova naturale o materiale", che tuttavia non è imposto dalla legge, bensì "emerge dalla natura delle cose, dalla logica degli eventi umani, dai dettami della psicologia giudiziaria" e va inteso, non già come obbligo (proprio per la suddetta rilevanza oggettiva delle prove eventualmente raccolte), ma come mero "interesse pratico che un soggetto abbia a produrre la prova [a sé favorevole]"³⁰.

In un ordine di idee simile, ma non in modo così macchinoso, si muove Vincenzo Manzini nella prima edizione del Trattato di procedura successiva all'entrata in vigore del codice di rito del 1930, pubblicata nel 1931-1932. Le coordinate essenziali del suo discorso sono due, lo scopo di accertamento della verità tipico del processo penale e il criterio del libero convincimento del giudice, collegate in modo da colorare quest'ultimo di tinte marcatamente inquisitorie. Così, dato che il processo penale ha un orientamento aletico, la libertà di cui il giudice gode in materia probatoria non si limita alla fase di valutazione delle prove, ma è anticipata a quella della loro acquisizione. Per quanto qui interessa, ciò significa che il giudice non è vincolato alle prove prodotte dalle parti, ma

²⁹ E. FLORIAN, *Delle prove penali. I. In generale*, Bologna et al., 1924, pp. 94-97.

³⁰ Ivi, p. 97.

può attivarsi in linea di principio per trovarne ulteriori. Pertanto, “la massima che l’onere della prova spetta a chi accusa è un semplice principio logico, una mera affermazione di senso comune, piuttosto che una regola di diritto”³¹. Essa sta a indicare, cioè, come le cose vanno normalmente nel processo penale, senza escludere sviluppi alternativi, legati alle illimitate possibilità di intervento officioso del giudice³².

In termini parimenti scettici si esprime Giuseppe Bettiol, che tratta il nostro tema in un illuminante articolo del 1936 sul suo rapporto con le presunzioni legali. Dopo un’efficacissima esposizione delle differenze che corrono tra siffatte presunzioni, da un lato, e, rispettivamente, le verità interinali, le presunzioni semplici e le finzioni, dall’altro lato³³, egli osserva che, nel processo penale, non vige un autentico onere della prova a carico delle parti, a differenza di quanto vale in quello civile. Premesso che “tutto sta nell’accordarsi sul significato da attribuire al concetto stesso”³⁴, ciò dipende non tanto da una presunta incompatibilità *necessaria* col processo dominato dal principio di ricerca della verità, come dimostra il caso del processo tributario. Piuttosto, dipende dal fatto che, nel processo civile, dove vige “un onere di prova in senso tecnico formale”, l’attore è tenuto a provare i fatti costitutivi, il convenuto quelli impeditivi, modificativi o estintivi, e il dubbio sulla loro esistenza torna a svantaggio del soggetto onerato. Nel processo penale, invece, vige invece un “onere di prova in senso materiale”, il quale, saldandosi col principio “*in dubio pro reo*”, forma una regola di giudizio secondo cui il p.m. deve provare non solo l’esistenza dei fatti costitutivi della punibilità, ma anche l’inesistenza di quelli impeditivi o estintivi, sicché il dubbio su tale inesistenza giova all’imputato³⁵. Tanto premesso, le presunzioni legali interessano a questo proposito perché, quando sono, non già assolute (es.: nell’abbandono di minori infraquattordicenni, *ex art. 591 c.p.*³⁶), bensì relative (es.: nel possesso ingiustificato di valori, *ex art. 708 c.p.*³⁷), esse comportano “uno spostamento dell’onere materiale della prova nel processo penale”. Ciò significa che, a differenza di quanto accade di regola, è l’imputato che deve provare l’esistenza dei fatti impeditivi o estintivi³⁸.

Significativi elementi di originalità, pur nel quadro di una visione ancora scettica, si rinvencono nella monografia relativa alla decisione sul fatto incerto pubblicata da Pasquale Saraceno nel 1940³⁹. Egli parte dall’idea che l’onere della prova costituisca un utile espediente escogitato dalla dottrina civilistica, poiché serve a evitare uno stallo

³¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1932, p. 150.

³² Ivi, p. 149 s.

³³ G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, pp. 241-247.

³⁴ Ivi, p. 252.

³⁵ Ivi, spec. pp. 252-255.

³⁶ G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale* (1938), in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, Padova, 1966, p. 368.

³⁷ Ivi, p. 362.

³⁸ G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 256.

³⁹ Consigliere di Corte d’appello a Firenze e martire del fascismo nei giorni della liberazione (colpito da un cecchino, fece in tempo a salvare il figlio facendogli da scudo), fu autore di un’iniziativa di eccelso valore morale: da magistrato di sorveglianza chiese ai superiori di entrare in carcere sotto falso nome per far esperienza di detenzione e poter così giudicare in modo più coscienzioso. L’iniziativa venne ricordata dall’amico Piero Calamandrei in occasione di un intervento parlamentare: *Atti Parlamentari Camera dei deputati, Leg. I, Discussioni, Seduta pomeridiana del 27 ottobre 1948, Intervento di Piero Calamandrei sullo stato di previsione della spesa del Ministero di grazia e giustizia, Esercizio finanziario 1948-49*, p. 4174 s.

decisorio negli ordinamenti incentrati sul divieto del *non liquet* e, ad un tempo, sul nesso tra applicazione del diritto materiale e accertamento processuale dei fatti che ne formano oggetto. In questo senso, se una pronuncia va comunque resa dal giudice, ma il fatto da decidere resta in tutto o in parte incerto, si tratta di stabilire quale delle due parti debba subire le conseguenze dell'incertezza, e pertanto soccombere⁴⁰. Successivamente, dopo aver accolto l'influente concezione dell'onere di Carnelutti e aver stilato una preziosa serie di classificazioni degli oneri⁴¹, Saraceno è in condizione di isolare le peculiarità dell'onere della prova, cui attribuisce carattere: *giuridico* (il nesso di causalità tra azione e risultato è posto o almeno regolato dal diritto), *processuale* (sorge solo all'interno del giudizio), *di necessità* (il legislatore non lo pone, ma si limita a regolarlo, dato che provare qualcosa è il mezzo naturale per accertarlo), *normalmente alternativo* (di regola, salvi, cioè, i processi volontari, non contenziosi, presuppone una contrapposizione tra le parti, dunque implica che la realizzazione dell'interesse dell'una vada a discapito di quello dell'altra), *imperfetto* (la realizzazione del risultato ambito dall'onere dipende anche dall'adesione del giudice) e *incompleto* (per il principio di acquisizione processuale, tale risultato può essere promosso non solo dall'onere, ma anche dall'altra parte o dal giudice)⁴². A questo punto il terreno è pronto per l'analisi della questione se anche nel giudizio penale possa darsi un autentico onere della prova. Anche qui la risposta di Saraceno presenta aspetti originali: la soluzione non può passare per l'accennata distinzione tra onere formale e onere materiale, data la sua scarsa chiarezza, bensì deve tener conto non solo dell'alternativa processo dispositivo/inquisitorio, ma anche, all'interno di quest'ultimo, dell'alternativa p.m. (parte pubblica)/imputato (parte privata). Infatti, da un lato, l'onere della prova, se è naturale nei processi dispositivi, per la sua proprietà di onere imperfetto è meramente compatibile con quelli del secondo tipo. Dall'altro lato, esso è propriamente configurabile solo a carico dell'imputato quale soggetto che può disporre dell'interesse proprio, non anche del p.m. Quest'ultimo, infatti, analogamente al giudice, ha il dovere di ricercare la verità, dunque di provare; tuttavia, dato che egli persegue un interesse dello Stato che in lui si immedesima, quindi in qualche modo proprio, tale dovere neppure costituisce un obbligo. È perciò che Saraceno concepisce la posizione del p.m. (e del giudice) come intermedia tra l'onere e l'obbligo, denominandola "compito"⁴³.

Le principali accezioni in cui la letteratura ha fatto uso della locuzione "onere della prova" sono enucleate e sistematizzate per la prima volta da Franco Cordero nella monografia sul giudizio d'onore del 1959. Egli le ritiene tutte *in generale* fuorvianti, insieme agli espedienti lessicali usati per legittimarle⁴⁴. Nondimeno mostra di ritenere che l'ultima di esse, sebbene difforme dall'autentica nozione di "onere", possa essere utilizzata *nel processo penale* con le dovute cautele (è perciò che annovero la sua posizione

⁴⁰ P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, pp. 39, 43.

⁴¹ Ivi, pp. 49-64.

⁴² Ivi, pp. 64, 50, 54, 56 s., 53, 61 e, rispettivamente, p. 62.

⁴³ Ivi, pp. 66-71, 70.

⁴⁴ Per una panoramica di questi ultimi, che provvederò a ripartire nel prosieguo tra le varie accezioni cui si collegano, cfr. F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 87.

tra le riconfigurazioni di tale nozione)⁴⁵. A suo avviso, nella letteratura specialistica, “onere della prova” sta a significare, a seconda dei casi, che:

A. nel processo dispositivo, l’unico nel quale tale principio vige, *solo le parti hanno il potere* di produrre prove. Tale accezione è criticata soprattutto perché si fonda su un’indebita deduzione (di un onere da un potere), e comunque perché è fuori luogo quando (come accade, tra l’altro, nel nostro processo civile) il principio dispositivo è attenuato dal potere del giudice di introdurre fonti di prova⁴⁶;

B. (in ogni processo) *solo se la parte interessata produce* prove adeguate, la sua pretesa può essere accolta (“onere formale” o “soggettivo” ovvero “onere probatorio in senso genuino”). In tal caso la critica fa leva sulla confusione tra onere della prova ed eccezione processuale in senso stretto. Infatti, è solo quest’ultima che può valere unicamente se avanzata dalla parte interessata; la prova, invece, una volta emersa, opera comunque per il principio di acquisizione probatoria, a prescindere se ciò sia dipeso dalla parte interessata oppure dalla controparte o, se consentito, dal giudice⁴⁷;

C. (in ogni processo) *ciascuna parte ha interesse a produrre prove* adeguate a sostegno della propria pretesa, per evitare che, se esse non emergono in altro modo, quest’ultima sia respinta (“rischio dipendente dalla mancata prova” ovvero “onere materiale” od “oggettivo”). Tale accezione è criticata per la sua impronta puramente economica, che la rende giuridicamente irrilevante, ed è comunque incompatibile con la posizione del p.m., che ha un vero e proprio obbligo di provare la propria ipotesi⁴⁸;

D. (in ogni processo) *se non vengono prodotte prove* capaci di sostenere una certa pretesa, il giudice deve respingerla (“regola decisoria del fatto incerto” ovvero “onere sostanziale” od “oggettivo”). Quest’accezione, sebbene giuridicamente rilevante, è pure censurata, in quanto appiattisce l’onere della prova sulla regola di giudizio, l’unica prescrizione di carattere giuridico operante nella fase decisoria, la quale impone al giudice le pronunce da adottare se manca la prova dei fatti favorevoli all’una o all’altra parte⁴⁹.

Dopo la perspicua sistemazione di Cordero, il dibattito interno al filone scettico, specie nella sua variante riconfigurativa, finisce inevitabilmente per adagiarsi. Solo la maturazione di una visione costituzionalmente ed euroconvenzionalmente orientata anche del processo penale – avvenuta lentamente a cavallo tra la seconda metà degli

⁴⁵ Anzi, successivamente, Cordero rivela una certa apertura anche verso la terza delle accezioni in esame (riferita all’interesse e al connesso rischio di parte), peraltro senza criticare alcuna di esse. Con riguardo a quest’ultima, cfr., rispettivamente, i seguenti passi, tratti dall’ultima edizione del suo Manuale, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012: p. 988 s. (“Chiamiamo *onerato della prova* sul fatto *x* quello dei contraddittori a cui la decisione risulterebbe sfavorevole se *x* non constasse (o a fortiori, risultasse mai avvenuto) [...]. Con due varianti (imposte dagli artt. 530³ e 531²) possiamo estendere questi rilievi alla *materia penale*” – corsivi aggiunti) e 988 (“Ogni processo, dunque, implica il rischio della prova mancata, indipendentemente dai meccanismi istruttori. Esiste *onere probatorio* anche dove lo spettro cognitivo abbia la massima estensione, essendo acquisibile ope iudicis ogni materiale, *onere imperfetto*, poiché l’interessato inerte non ha ancora perso; forse le sue inerzie saranno compensate da mosse istruttorie ex officio; ma perderebbe qualcosa, fino a soccombere, se qualche dato rilevante a suo favore rimanesse ignoto o incerto” – corsivi aggiunti).

⁴⁶ F. CORDERO, *Il giudizio d’onore*, cit., pp. 63 e 90.

⁴⁷ Ivi, pp. 63 e 89.

⁴⁸ Ivi, pp. 64 e 92 s.

⁴⁹ *Ibidem*.

anni '60 e gli anni '70 del secolo scorso, e dovuta, a differenza che altrove⁵⁰, ai contributi di una pluralità di studiosi – immette nuova linfa nelle indagini sull'onere della prova in tale ambito, che assumono così una forma argomentativa più moderna. Tra le più acute espressioni di questo nuovo corso vi è la densa e lucida analisi svolta da Giulio Illuminati nella monografia del 1979 sulla presunzione di innocenza. La tesi fondamentale che egli propone al riguardo è alquanto articolata. In ogni processo sono necessarie regole di giudizio, la più importante delle quali è quella che indica al giudice come decidere se residua un dubbio sull'esistenza di uno dei fatti di causa⁵¹. Nel processo civile, di tipo dispositivo, tale ruolo è svolto dall'onere della prova, che, anche attraverso il meccanismo della "semplificazione analitica della fattispecie", risolve il suddetto problema. Prescrivendo al giudice di ritenere non provati i fatti incerti, esso accolla a ciascuna parte il rischio dell'incertezza su quelli da essa affermati⁵². Tale meccanismo, tuttavia, non può esser trapiantato *sic et simpliciter* nel processo penale. Ciò non tanto per le ragioni tradizionalmente addotte dalla dottrina, tra cui il principio di ricerca della verità materiale e la qualità di "parte imparziale" del p.m.⁵³, quanto per la presunzione di innocenza prevista dalla Costituzione (art. 27, comma 2, Cost.) e dalle fonti sovranazionali (artt. 6, n. 2, CEDU, 14, n.2, PIDCP)⁵⁴. Stabilendo che sia il p.m. a dover provare la colpevolezza dell'imputato, non questi la sua innocenza, essa comporta che il suddetto rischio di incertezza risulti interamente addossato alla Pubblica accusa, con la conseguente impossibilità di ravvisare quella ripartizione di rischi che connota l'onere della prova nel processo civile⁵⁵. Nondimeno, essendo "legittimat[a] e res[a] insostituibile dal lungo uso"⁵⁶, la locuzione "onere della prova" può continuare a essere impiegata pure nel processo penale⁵⁷, dove, anzi, è "in sé non priv[a] di utilità, almeno teoricamente"⁵⁸. L'importante è che l'esito del processo sia rigorosamente determinato dalla presunzione di innocenza, che assurge pertanto ad autentica regola di giudizio⁵⁹. Banco di controllo di questa stimolante proposta teorica è la disciplina del dubbio sull'esistenza delle cause di giustificazione, controversa all'epoca, data la mancanza, nel codice di rito del 1930, di una disposizione come l'odierno art. 530, comma 3, II parte, c.p.p.⁶⁰ Infatti, è vero che la regola di giudizio ricavabile dalla presunzione di innocenza

⁵⁰ Paradigmatico è il caso della fondazione costituzionale del diritto penale, che, nella versione oggi diffusa, è fatta unanimemente risalire a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig.*, vol. XIX, 1973, pp. 7-93. Per una rivisitazione critica al riguardo, estesa all'uropeismo penale, cfr. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, spec. pp. 468-482, 489-517, 520-529.

⁵¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 91 s.

⁵² Ivi, pp. 95-98.

⁵³ Ivi, pp. 107-116.

⁵⁴ Ivi, pp. 20-28.

⁵⁵ Ivi, p. 107.

⁵⁶ Ivi, p. 100.

⁵⁷ Cfr. ivi, pp. 104 ("se di onere della prova si vuol parlare nel processo penale") e 106 ("si voglia o no riconoscere l'esistenza dell'onere della prova nel processo penale").

⁵⁸ Ivi, p. 121.

⁵⁹ *Ibidem*. V. anche ivi, pp. 93-95.

⁶⁰ Non a caso, a questo controverso aspetto è stata dedicata la parte maggiore degli studi speciali sull'onere della prova, tra i quali si segnalano: D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959; M. MASSA,

è in astratto compatibile tanto con la soluzione rigorosa che pretende che il p.m. provi anche l'inesistenza delle cause di giustificazione, quanto con la soluzione ragionevole che esige che sia l'imputato a sollevare almeno un dubbio al riguardo, ossia a indicare o fornire elementi che fanno apparire in qualche misura probabile la loro esistenza. Ma è pur vero che la seconda soluzione, invalsa nei sistemi anglosassoni, entra in contrasto con la presunzione di innocenza quando viene trapiantata in quelli prettamente inquisitori come il sistema del c.p.p. del 1930, dato che la disparità che essi creano tra le parti fa sì che l'imputato spesso non sia realmente in grado di ingenerare dubbi di sorta. Pertanto, la soluzione anglosassone potrà essere praticata solo quando il processo penale italiano si trasformerà da inquisitorio in accusatorio (entrambe le aspirazioni, com'è noto, si sarebbero poi realizzate), mentre allo stato appare preferibile quella più rigorosa⁶¹.

Le proposte di riconfigurazione dell'onere della prova avanzate negli anni successivi si muovono, salvo eccezioni, sul sentiero costituzionale ed euroconvenzionale così tracciato, ora facendo leva sulla sola presunzione di innocenza appena esaminata, ora integrandola con altri principi costituzionali del rito penale. Anche qui, per mancanza di spazio, devo concentrarmi sugli autori che si sono occupati in via principale del tema.

Il primo da considerare, Paolo Ferrua, rientra proprio tra le eccezioni richiamate, in quanto riconosce la possibilità di continuare a teorizzare un onere della prova – per dir così – *ad usum iudicii criminalis*, ma indipendentemente dalla prospettiva costituzionale. In particolare, nel volume sulla prova penale del 2017, egli, innanzitutto, riprende una delle due accezioni di “onere della prova” accettate da Cordero, ossia “rischio per la mancata prova”, di modo che ““onerata” della prova in rapporto a una determinata proposizione fattuale [...] è la parte alla quale riesce sfavorevole la decisione in caso di mancata prova della proposizione stessa”⁶². In secondo luogo, evidenzia che la ripartizione degli oneri probatori riflette di regola la struttura della fattispecie (sostanziale o processuale) da provare, nel senso che tenuta a provare la sua esistenza è la parte che invoca gli effetti da essa discendenti. Che ciò accada solo di regola, significa che il legislatore ha motivo di intervenire solo per prevedere deroghe, le quali talvolta avvantaggiano l'imputato (es.: previsione della rilevanza assolutoria del dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione, *ex* art. 530, comma 3, II parte, c.p.p.), talaltra lo penalizzano (es.: presunzione di sussistenza di esigenze cautelari nei procedimenti per reati di certi tipi, superabile con la prova contraria dell'imputato, *ex* art. 275, comma 3, c.p.p.)⁶³.

Il dubbio sulle cause di giustificazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 109-141; T. EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 639-679; G. VARRASO, *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*, in A. INCAMPO, A. SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, 2017, pp. 339-412. Sull'onere della prova dell'imputato, v. anche F. CARBONELL BELLOLIO, J. VALENZUELA SALDIAS, *La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión*, in *Revista Chilena de Derecho*, 48, 1, 2021, pp. 60 e 73.

⁶¹ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 117-119, 131-138.

⁶² P. FERRUA, *La prova nel processo penale*. Volume I. *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 83.

⁶³ Ivi, p. 84.

Passando alle teorie che recuperano gli argomenti tradizionali e valorizzano, quando possibile, i loro nessi con i principi fondamentali del processo penale, a cominciare dalla presunzione di innocenza, basti considerare alcuni lavori. Tra questi vi è la monografia sull'onere della prova pubblicata nel 2024 da Ludovica Tavassi, che muove da due assunti fondamentali. Il primo è che “la figura dell'onere [possa] esser ricompresa, con più facilità, nella categoria dei poteri” (ed è proprio perciò che la tesi in esame è inquadrata come adattamento della nozione tradizionale di onere alle peculiarità del processo penale)⁶⁴; il secondo è che “lo statuto dei comportamenti delle parti” trovi la propria “matrice normativa” “nella disciplina costituzionale del processo”⁶⁵. Su questa scia, mentre nel caso del p.m. non si può parlare di onere della prova, essendo egli piuttosto gravato da un obbligo probatorio, ciò può essere fatto in quello dell'imputato. Infatti, nel caso del p.m., l'obbligo di esercitare l'azione penale *ex art. 112 Cost.*, la presunzione di innocenza *ex art. 27, comma 2, Cost.* e il principio di legalità processuale *ex art. 111, comma 1, Cost.* escludono qualsivoglia suo potere di disporre liberamente delle iniziative probatorie. Il primo, perché le rende doverose; la seconda, perché impone di intraprenderle per il suo stesso superamento; il terzo, perché esige che siano rispettate le regole della contesa processuale accusatoria, ivi compresa quella per cui il p.m. non ha semplicemente il potere, bensì il dovere di sostenere l'accusa. Nel caso dell'imputato, il suddetto potere di disposizione è invece concepibile, essendo espressione del diritto di difesa attribuitogli dall'art. 24, comma 2, Cost.; d'altro canto, proprio perché si tratta di un potere, l'imputato è libero di decidere se esercitarlo o non, in particolare restando in silenzio o, addirittura, assente dal processo⁶⁶.

Un ragionamento analogo è svolto in un articolo del 2024 da Giulio Ubertis. Pur escludendo che nel processo penale possa propriamente parlarsi di un onere della prova, data la vigenza del principio generale di acquisizione processuale e dei principi fondamentali di presunzione di innocenza e di obbligatorietà dell'azione penale, egli rinuncia a bandirlo definitivamente dall'apparato categoriale della disciplina. Mi riferisco, in particolare, al passo in cui lascia aperta la possibilità di servirsi dell'onere della prova nella classica veste di criterio di ripartizione dei rischi probatori: “Qualora si preferisse continuare a impiegare la locuzione, essa andrebbe concepita in ‘un significato dichiaratamente convenzionale, che faccia leva ... sulla riferibilità subiettiva (o psicologica) del rischio connaturato al suo inadempimento’ (il cosiddetto rischio della mancata prova)”⁶⁷.

L'ultimo lavoro da considerare in ordine di tempo è il ricco Manuale delle prove penali di Paolo Tonini e Carlotta Conti, qui considerato nella recentissima terza edizione. La tesi riconfigurativa dei due autori è univocamente espressa nel seguente passo:

⁶⁴ L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020, p. 32.

⁶⁵ Ivi, p. 115.

⁶⁶ Ivi, pp. 119-126.

⁶⁷ G. UBERTIS, *Dovere di prova del pubblico ministero*, cit., p. 5. Cfr. anche ivi, p. 6: “‘Onere della prova’ (che sarebbe da qualificare ‘imperfetto’) è dunque da intendere come metafora [...]”, e 7 “Si ritiene di poter quindi 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 [...]’”.

“riteniamo che sia giunto il tempo di abbandonare questo approccio civilistico, peraltro ormai risalente nel tempo, perché fondato su postulati – quali la piena disponibilità della prova e la soccombenza di parte – che non corrispondono ai principi che regolano il processo penale vigente. È necessario attualizzare la nozione di ‘onere’, adeguandola alle peculiarità del rito penale. [...] Se si accoglie la bipartizione tra onere formale e onere sostanziale, l’istituto riesce a spiegare le peculiarità del processo penale vigente [...]”⁶⁸. La matrice fondamentale della stessa tesi è invece dichiarata là dove i due autori individuano nell’onere della prova la prima implicazione della presunzione di innocenza prevista non solo dalla Costituzione e dalla CEDU, ma anche dalla Direttiva 2016/343/UE, cui fa seguito l’implicazione del diritto di non collaborazione dell’imputato (entrambe le articolazioni sono valorizzate dalla recente sent. Corte cost. n. 111/2023, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell’art. 495, comma 1, c.p.)⁶⁹. La plurivocità delle due forme di onere della prova sopra indicate, confermata dalla presente rassegna, è superata dai due autori stabilendo significati ben precisi e in larga parte originali. Così, da un lato, l’onere della prova in senso sostanziale “è il dovere di convincere il giudice dell’esistenza del fatto affermato dalla parte”; esso è adempiuto quando il giudice si *persuade* sul punto, sicché individua la parte svantaggiata nel caso di mancato convincimento⁷⁰. L’onere in senso formale, invece, è “il dovere di chiedere al giudice l’ammissione del mezzo di prova necessario per adempiere all’onere sostanziale”; esso è soddisfatto quando il giudice dispone l’*introduzione* di tale mezzo, sicché individua la parte svantaggiata nel caso di mancata ammissione⁷¹.

3. Lineamenti di una proposta teorica alternativa.

La tesi positiva moderata che intendo proporre sulla configurabilità di un autentico onere della prova nel *dibattimento di primo grado* può essere condivisa a condizione che si sia disposti a concepire il diritto in termini non puramente imperativistici, ossia a non risolverlo in un insieme di comandi, ma a ricondurvi altresì ogni regola della condotta umana stabilita per fini di giustizia (intesa come parità di trattamento dei fatti eguali, e disparità di quelli diseguali⁷²). Seguendo una lucida intuizione di Giovanni Brunetti, tra queste ulteriori regole rientrano quelle che egli

⁶⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*, Milano, 2025, p. 41 nt. 73.

⁶⁹ Ivi, pp. 36-40.

⁷⁰ Ivi, pp. 40, 41-43.

⁷¹ Ivi, pp. 41, 43-46.

⁷² Fondamentale, sotto quest’ultimo profilo, G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932), ediz. it. a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, Milano, 2021, pp. 37-43.

chiama “regole finali”⁷³, e altri autori “norme strumentali”⁷⁴ o “regole tecniche”⁷⁵, le quali prescrivono ai loro destinatari le condotte da tenere per ottenere certi risultati, che nella sfera del diritto sono sempre precettivi, ossia consistono nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione giuridica soggettiva o di uno *status*. In questa prospettiva, infatti, si giustifica l’idea che ogni sistema processuale debba contenere regole sull’onere della prova nel giudizio: esse svolgono una funzione insostituibile di guida, poiché indicano alle parti le attività probatorie da compiere via via, se vogliono generare i risultati precettivi necessari per il riconoscimento delle loro pretese⁷⁶.

Più precisamente, la tesi che intendo sostenere è questa. *Nel giudizio penale di primo grado, così come disciplinato nel nostro codice di rito e in quelli analoghi, entrambe le parti sono gravate da un onere della prova per più versi condizionato. Da un lato, il p.m. è gravato da un onere della prova in senso stretto duplicemente condizionato, cioè deve*

⁷³ Il civilista fiorentino individua il concetto di “regola finale” a partire dalla distinzione, presentata nell’etica kantiana, tra imperativi categorici e imperativi ipotetici (G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Milano et al., 1913, pp. 63 s., 66 s.). Egli, dapprima, illustra le peculiarità delle *regole finali in generale*, frutto del ribaltamento di un principio di causalità efficiente, chiamato, pertanto, “generatore”, nel quale la condizione è un’azione, mentre l’effetto è un risultato che può costituire un fine (“Chi agisce nel modo A fa che si verifichi B” – es.: il lavoro produce ricchezza). Tale principio può infatti rovesciarsi in un rapporto di causalità finale nel quale la volontà di raggiungere il fine diventa la condizione, mentre la necessità di compiere l’azione diventa l’effetto (“Chi vuole che si verifichi B deve agire nel modo A” – es.: se vuoi produrre ricchezza, devi lavorare). La regola finale differisce dunque dall’imperativo vero e proprio sia nella struttura logica, perché è un giudizio ipotetico, in quanto non esprime un dovere assoluto, bensì registra un nesso di strumentalità; sia nel caso di inosservanza, perché la volontà di non raggiungere il fine da essa previsto non la contraddice, anzi è ammessa implicitamente come possibilità nella protasi della stessa regola (dicendo “chi vuole che”, si ammette che costui possa non volerlo). Peraltro, nulla esclude che una medesima azione formi oggetto, al contempo, di un dovere assoluto e di un dovere finale. Infine, quando si dà un imperativo che ha come condizione un’azione umana (“se A agisce nel modo A’, B deve agire nel modo B”), si genera contemporaneamente quella particolare specie di regola finale che Brunetti chiama “regola finale-normativa” (“se A vuole che B debba agire nel modo B’, deve agire nel modo A”). Tale locuzione va intesa nel senso che la regola, pur non diventando normativa, ossia impositiva di un dovere assoluto, pur restando dunque finale, ossia impositiva di un dovere relativo, ha nondimeno un fine normativo, consistente nella generazione di un altro dovere, questo, sì, assoluto, in capo a un altro soggetto (ivi, pp. 70 s., 74 s., 79 e 81-83). Queste riflessioni risultano fondamentali per l’analisi dedicata da Brunetti alle *regole finali giuridiche*, che egli reputa numerose. In tale ambito il principio generatore è dunque “Il fatto A (positivo o negativo) produce la conseguenza giuridica B”, dal quale possono ricavarsi quattro regole finali. I doveri stabiliti dalle regole finali giuridiche sono non giuridici in sé, né giuridicamente indifferenti, bensì giuridici nel fine che perseguono (la generazione o la preclusione di un effetto giuridico), tanto da dover essere considerati “giuridico-finali” ossia “giuridicamente qualificati” o “giuridicamente rilevanti”. Di importanza decisiva ai nostri fini è però il seguente punto: la regola finale-normativa, che si caratterizza, come visto, per il fatto di avere come principio generatore un imperativo condizionato da un’azione umana, “si verifica ordinariamente nel diritto: causa finale contenuta nella regola è il sorgere di un dovere giuridico (dovere assoluto). Ecco lo schema: «se A vuole che B debba (dovere giuridico) comportarsi nel modo B’, deve (dovere giuridico-finale) agire nel modo A’»” (ivi, pp. 85-88, 91).

⁷⁴ N. BOBBIO, *Norma*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 228, nonché G. GAVAZZI, *L’onere tra la libertà e l’obbligo* (1970), in ID., *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, p. 340 nt. 28.

⁷⁵ G. GAVAZZI, *L’onere*, cit., p. 341; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008.

⁷⁶ Sull’importanza delle regole tecniche sul terreno dell’onere della prova, hanno insistito anche gli autori contrari a quest’ultimo istituto: cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La c.d. «carga dinámica»*, cit., p. 904.

compiere a due condizioni attività probatorie capaci di fornire una conferma adeguata, *primariamente*, dell'esistenza di quelli che chiamerò fatti *accusatori*, *secondariamente*, dell'inesistenza di quelli che chiamerò fatti *difensivi*. Dall'altro lato, l'imputato (così come ognuna delle altre parti private) è gravato da un *onere di fornire almeno un principio di prova triplicemente condizionato*, cioè deve compiere a tre condizioni attività probatorie capaci di far sorgere almeno un dubbio, *primariamente*, sull'inesistenza dei fatti *difensivi*, *secondariamente*, sull'inesistenza di quelli *accusatori*.

Occorre ora procedere all'analisi della tesi, anche per esporre le divergenze, talora contenute, talaltra marcate, tra la concezione qui proposta e quelle professate dagli autori esaminati in precedenza. In estrema sintesi, dopo aver illustrato l'accezione di "onere della prova" qui seguita e le differenze di previsione esistenti tra il giudizio penale e gli altri giudizi, passerò in rassegna le regole stabilite dal c.p.p. per quello di primo grado, in modo da sviscerare le condizioni, gli oggetti, le quantità e le modalità degli oneri probatori delle sue parti, nonché da controllare se tali regole siano compatibili con i relativi principi costituzionali.

3.1. Accezione di "onere della prova".

Per "(autentico) onere della prova" intendo, a una stregua teorico-generale, una specifica forma di situazione giuridica soggettiva, più precisamente di dovere⁷⁷.

I tentativi di concepire l'onere, in particolare della prova, come potere, stimolanti ma minoritari, trascurano, a mio avviso, non solo l'ipoteca semantica, che rende problematico identificare un peso (*onus*) con un potere, ma soprattutto la tipica "molecolarità" delle situazioni soggettive, ossia il fatto che esse si presentano in genere collegate le une alle altre⁷⁸. Tale *molecolarità*, che può essere sincronica o *diacronica*, nel nostro caso è del secondo tipo. Nella fase dibattimentale vi è l'onere della prova, che consiste nel *dovere di compiere certe attività probatorie (concorrere alla acquisizione di fonti, assunzione di mezzi e produzione di dati di prova), che le parti devono osservare, se vogliono conseguire o, a seconda dei casi, evitare l'effetto precettivo costituito dal dovere del giudice di disporre la condanna o, a seconda dei casi, il proscioglimento dell'imputato*. Anzi, a ben vedere, dato che il primo dovere si specifica a seconda dell'attività probatoria da compiere e del fatto oggetto di prova, è preferibile parlare di "*oneri probatori*" di ciascuna parte processuale. Siffatti oneri, da un lato, si articolano a monte in poteri-oneri (chiedere l'ammissione di mezzi di prova idonei nel senso indicato, *ex artt. 190, comma 1, 493 c.p.p.*) e in meri oneri (concorrere all'assunzione di mezzi di prova e alla produzione di dati probatori parimenti idonei, *ex artt. 496 ss. c.p.p.*); dall'altro, si collegano a valle al

⁷⁷ In questi termini, sia pure con varietà di accenti, cfr.: F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 145, 172-175, 394-396 (che inquadra l'onere tra le situazioni passive, ossia tra i doveri, accanto alla soggezione e all'obbligo, valorizzando l'aspetto della limitazione della libertà), L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 588 (che inquadra l'onere tra le situazioni attive, intese come modalità, anziché come aspettative, del compimento di un atto). In termini in parte diversi, G. GAVAZZI, *L'onere*, cit., p. 471 s., che finisce per assimilare l'onere a una sorta di raccomandazione.

⁷⁸ Sul punto, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 587 s.

potere-onere di formulare le richieste conclusive (art. 523, comma 1, c.p.p.), il cui esercizio-adempimento è pure necessario, ma non sufficiente, affinché sorga il suddetto dovere del giudice di pronunciarsi a favore della parte che vi provvede (forme di *molecolarità sincronica*).

A questo punto si potrebbe obiettare che, in alcune di tali situazioni, non si danno meri oneri, bensì poteri-oneri. Sennonché, si può replicare che, come mostra il trattino di congiunzione, qui non siamo in presenza di un'identità, bensì di una dualità: non vi sono singole situazioni semplici – per dir così – di “potereonere”, bensì situazioni complesse, fatte di potere e di onere, nelle quali uno stesso soggetto è, da un lato, abilitato a generare effetti giuridici attraverso certe attività, dall'altro, tenuto a compiere queste, se vuole generare quelli. Insomma, siamo in presenza di una delle tante situazioni di *qualificazione multipla*, possibili in ogni ordinamento⁷⁹: una stessa attività, da un certo punto di vista è abilitante, dall'altro è necessaria, senza che ciò comporti la confusione dell'una con l'altra qualifica, né tanto meno la possibilità di comprendere il relativo fenomeno rinunciando all'una o all'altra.

La proposta definizione di “onere della prova” consente altresì di evidenziare che le *accezioni alternative prospettate in dottrina* non sono pienamente adeguate ai nostri fini, sia pure per ragioni differenti a seconda dei casi. In estrema sintesi, mentre alcune accezioni, in quanto costruite su caratteristiche esclusive del processo civile, non possono valere in quello penale, altre, in quanto incentrate sulle dinamiche di ogni tipo di processo, ma senza tener conto della matrice teorico-generale della nozione di “onere”, denotano, in realtà, fenomeni ulteriori, per i quali già esistono altri nomi (“regola di giudizio”) oppure bisogna coniarne di nuovi (come pure è stato fatto – “rischio”, “interesse” –, salvo poi vanificare l'innovazione, dicendo che si tratta comunque di “oneri”, sia pure di tipo particolare). Cerchiamo di chiarire i limiti di ciascuna di queste accezioni facendo tesoro della cristallina *summa* di Cordero⁸⁰:

A) quanto meno nel giudizio penale, di regola non è concepibile un onere della prova come *potere esclusivo di parte di introdurre prove*. A parte il fatto che, come visto poco sopra, l'onere non può essere confuso col potere, il punto è che la situazione in esame può valere nei processi *dispositivi*, mentre il rito penale, normalmente, ha un'impronta almeno in parte *officiosa* per l'importanza degli interessi che coinvolge. Siffatta impronta caratterizza certamente il processo penale vigente, nel quale è previsto, sia pure in via supplementare, il potere del giudice di disporre autonomamente mezzi di prova per l'accertamento del fatto in giudizio (la più importante disposizione in materia è l'art. 507 c.p.p.);

B) in particolare nel giudizio penale, non è concepibile un onere della prova come *necessità assoluta, affinché la pretesa principale di una parte sia accolta, che le prove a suo sostegno provengano proprio da lei*. Ciò in quanto, come è stato già messo in evidenza da diversi autori, il principio di acquisizione probatoria comporta che, una volta emersi su

⁷⁹ Su tale fenomeno, con riguardo alla spinosa alternativa tra unità e pluralità di reati, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Gli incerti confini tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria*, in *Rass. Giust. Milit.*, Suppl. al n. 4, 2023, pp. 71-80.

⁸⁰ Cfr. § 2.2.3.

iniziativa di una parte, i dati probatori rilevano oggettivamente, ossia possono anche suffragare la pretesa dell'altra parte. In tale ambito, dunque, si può teorizzare al più un'esigenza relativa, contestuale, nel senso che ho anticipato parlando di "onere condizionato" e cercherò di chiarire meglio tra breve ⁸¹;

C) in particolare nel giudizio penale, è riduttivo parlare di onere della prova come *interesse di parte a produrre prove* o, in maniera simmetricamente negativa, come *rischio di parte per la mancata produzione di prove*. Siffatti concetti, a tacere della loro vaghezza, scontano soprattutto il limite di rimandare a fenomeni prettamente psicologici (interesse) o economici (rischio). In tal modo essi si lasciano sfuggire la *giuridicità* dell'onere, legata, come quella di ogni altro istituto appartenente al diritto, alla sua componente *precettiva*. Mi riferisco, più precisamente, al collegamento, che – è bene ripeterlo – sussiste a certe condizioni, tra l'osservanza o l'inosservanza dell'onere e la generazione del dovere del giudice di adottare la pronuncia (di proscioglimento o di condanna) di volta in volta collegata da una norma di giudizio al corrispondente risultato probatorio;

D) in particolare nel giudizio penale, è alquanto improprio rappresentare l'onere della prova come *dovere oggettivo, materiale o sostanziale*. Prima di spiegare perché, bisogna sbrogliare la matassa delle accezioni di "dovere oggettivo o materiale". Si è visto, infatti, che tale locuzione è stata usata per designare: ora l'interesse di parte indicato nel punto precedente; ora la (componente della protasi della) regola di decisione che il giudice deve seguire quando residua un'incertezza sull'esistenza di certi elementi; ora il dovere di parte di convincere il giudice dell'esistenza del fatto che afferma ⁸². Sennonché, nessuna di queste accezioni soddisfa pienamente l'esigenza di enucleare un concetto di onere della prova *autonomo*, ossia distinto da altri concetti già esistenti, e *giuridico*, ossia espressivo dell'essenziale precettività dei fenomeni del diritto. Infatti:

d1) l'onere della prova come *interesse* o *rischio* sconta i limiti appena illustrati;

d2) quanto all'onere della prova come *regola di giudizio*, innanzitutto l'identificazione dell'uno con l'altra frustra la segnalata esigenza di stabilire un concetto autonomo di onere della prova. In secondo luogo, anche se si seguisse la via (a quanto pare, ancora inesplorata) di concepire l'onere della prova come componente della protasi di una regola di giudizio, così chiarendo che onere oggettivo o materiale significa impersonale ("se *nessuno* fa in modo che sia osservato il *dovere di provare l'esistenza/inesistenza del fatto x*, il giudice deve adottare la pronuncia *y*"), l'autonomia concettuale dell'onere della prova nel processo penale non verrebbe comunque garantita. Questo è uno dei casi in cui emergono in tutta la loro consistenza i limiti degli approcci al nostro tema sganciati dalla *prospettiva teorico-generale*. Come risulta dalla definizione di "onere" poco sopra proposta e come chiarirò meglio tra breve ⁸³, la nostra figura, allo stesso modo di ogni altro onere, si caratterizza per il fatto di essere prevista da una regola ipotetico-volitivo-precettiva stabilita immediatamente da un atto normativo o ricavabile da una norma. Ma se è così, ridurla a componente della protasi

⁸¹ Cfr. § 3.4.

⁸² Cfr. § 2.2.3.

⁸³ Cfr. § 3.2.

di una regola di giudizio sarebbe comunque inadeguato, perché cancellerebbe questa particolarità;

d3) un discorso analogo vale per l'onere della prova come “dovere oggettivo, materiale o sostanziale”, ossia come *dovere di parte di convincere il giudice* dell'esistenza di certi fatti. A parte il fatto che pare eccessivo accollare alle parti il compito di produrre uno stato mentale, tanto più se altrui, tale raffigurazione dell'onere della prova coglie solo per certi versi la precettività che lo caratterizza in quanto onere. Esso, infatti, si contraddistingue non semplicemente come dovere da osservare, bensì come dovere il cui adempimento, a sua volta, genera o, all'opposto, preclude un ulteriore dovere in capo al giudice.

3.2. Differenze tra gli oneri probatori nel giudizio penale e negli altri giudizi.

Gli oneri probatori, come tutti gli altri oneri, sono dunque previsti da regole ipotetico-volitivo-precettive stabilite immediatamente da un atto normativo o ricavabili da una norma. Questa disgiunzione esprime la differenza esistente tra gli oneri probatori previsti nel nostro *processo civile e amministrativo*, da un lato, e quelli previsti nel nostro *processo penale e tributario*, dall'altro lato (un discorso analogo vale per processi siffatti operanti in altri ordinamenti). Procediamo con ordine.

Nel nostro *processo civile*, gli oneri probatori sono disciplinati da regole ipotetico-volitivo-precettive stabilite immediatamente dal codice civile. L'art. 2697 c.c., intitolato proprio “Onere della prova”, dispone, al comma 1, che “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”, al comma 2, che “Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda” (similmente dispone l'art. 64, comma 1, c.p.a. per il processo amministrativo⁸⁴). Così facendo, esso, da un lato, si rivolge direttamente all'attore (o al convenuto in riconvenzionale), prevedendo che, a condizioni strutturali analoghe a quelle valevoli per il p.m.⁸⁵ e salvo che ricorrano presunzioni legali⁸⁶, *se egli vuole* generare il *dovere* del giudice di ritenere confermati in misura adeguata i fatti che adduce a sostegno della sua pretesa, *deve* produrre dati idonei a tale conferma (*prima regola* sull'onere della prova). Dall'altro lato, si rivolge direttamente al convenuto, prevedendo che, a condizioni strutturali analoghe a quelle valevoli per l'imputato⁸⁷, *se egli vuole* precludere tale dovere, *deve* produrre dati idonei a tal fine (*seconda regola* sull'onere

⁸⁴ Cfr., per tutti, A. TRAVI, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, cit., pp. 195-204.

⁸⁵ Cfr. § 3.4.

⁸⁶ Infatti, mentre le *presunzioni legali* escludono la necessità di prova in assoluto (presunzioni assolute) o della parte che vi sarebbe onerata *ex art. 2697 c.c.* (presunzioni relative), le *presunzioni semplici* lasciano ferma la ripartizione *ex art. 2697 c.c.* e danno vita soltanto a una forma speciale di ragionamento probatorio. Sulle presunzioni civilistiche in generale, cfr. S. PATTI, *Le prove*, cit., pp. 171-175, 764-886, nonché S. PATTI, R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022; in particolare, sulla prova per presunzioni semplici, cfr., per tutti, R. POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023, pp. 168-212.

⁸⁷ Cfr. § 3.4.

della prova)⁸⁸.

D'altro canto, così facendo, l'art. 2697 c.c. consente pure di ricavare *norme di giudizio*, previste dunque indirettamente, le quali prescrivono al giudice, se l'attore adempie al suo onere, di ritenere confermati in misura adeguata i fatti costitutivi e di accogliere la domanda, oppure, se il convenuto adempie al suo onere, di ritenere confermati in misura adeguata i fatti modificativi, impeditivi o estintivi e di respingere la domanda⁸⁹.

Nel nostro *processo penale*, accade l'esatto opposto. Qui l'onere della prova è disciplinato da regole ipotetico-volitivo-precettive ricavabili da corrispondenti *norme di giudizio*, quali sono quelle degli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p. Queste ultime si rivolgono direttamente al giudice, prevedendo che, se si presentano certi risultati probatori *lato sensu* ("adeguata conferma che", "adeguata conferma che non", "mero principio di conferma che", "mero principio di conferma che non", con le rispettive negazioni: "non adeguata conferma che" ecc.), egli deve, a seconda dei casi, prosciogliere (dichiarare non doversi procedere o assolvere) oppure condannare.

Le stesse norme di giudizio consentono poi di ricavare *regole sull'onere della prova*, di carattere ipotetico-volitivo-precettivo come quelle viste per il processo civile, ma, a differenza di queste, di indiretta previsione. Secondo tali regole, sussistendo le condizioni che indicherò⁹⁰ e salvo che ricorrano presunzioni legali⁹¹, da un lato, *se il p.m. vuole precludere il dovere del giudice di prosciogliere, deve compiere certe attività probatorie, e, se vuole generare il dovere del giudice di condannare, deve compiere altre attività probatorie (forme di onere della prova in senso stretto); dall'altro lato, se l'imputato vuole precludere il dovere del giudice di condannare e generare così il dovere del giudice di prosciogliere, deve compiere altre attività probatorie ancora (onere del principio di prova)*⁹².

⁸⁸ Peraltro, nella sua formulazione netta e stringata, l'art. 2697 c.c., non contempla espressamente il concetto di "controprova" (adeguata conferma dell'inesistenza) del fatto costitutivo da parte del convenuto; in tema, cfr. S. PATTI, *Le prove*, cit., pp. 171-175.

⁸⁹ Sulle funzioni e l'ambito di applicazione dell'art. 2697 c.c., cfr., per tutti, *ivi*, pp. 79-82, 155-157, dove si parla, sì, di doppia funzione di tale disposizione, ma poi, giustamente, non solo si distinguono le due regole da essa ricavabili, quella di riparto dell'onere della prova e quella di giudizio, ma soprattutto si precisa che la seconda non è espressamente enunciata dallo stesso art. 2697 c.c. (*ivi*, p. 80 s.). Senonché, nella letteratura processualcivile favorevole alla configurazione di oneri probatori si rinviene sovente anche la contraria opinione, secondo cui l'art. 2697 c.c. esprimerebbe "un precetto unico che, come quasi tutte le norme processuali, 'parla' sia al giudice che alle parti, facendo sorgere in capo al primo un dovere e in capo alle seconde un onere": cfr. L. PASSANANTE, *L'onere della prova*, cit., p. 19.

⁹⁰ Cfr. § 3.4.

⁹¹ Anche il tema delle presunzioni legali è stato approfondito nella letteratura penalistica molto meno che in quella civilistica: sul punto, ancora prezioso G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, cit., *passim*, che giustamente tratta in modo distinto le presunzioni relative ai fatti sostanziali da quelle relative ai fatti processuali. D'altro canto, le presunzioni semplici, nel processo penale, sono chiamate "indizi" e sono disciplinate dall'art. 192, comma 2, c.p.p., che ricalca l'art. 2729, comma 1, c.c.: per un confronto in prospettiva giusfilosofica, v. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2022, pp. 153-168, 173-176.

⁹² Un discorso analogo può farsi per il nostro *processo tributario*, sebbene con maggiore difficoltà, data l'infelice formulazione della disposizione di riferimento. L'art. 52, comma 5, D.Lgs. n. 175/2024 ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di giustizia tributaria"), che ha preso il posto dell'art. 7, comma 5-

3.3. Regole sugli oneri probatori.

Per comprendere pienamente la definizione di “onere della prova” qui proposta, nonché la funzione svolta dalla ripartizione degli oneri probatori nel dibattimento di primo grado, occorre dunque esaminare le regole ricavabili dalle norme di giudizio stabilite dagli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p. Preliminarmente occorre concentrarci sugli oneri probatori *primari* delle parti⁹³ e distinguere le regole riguardanti quelli analitici di entrambe (ricavabili dagli artt. 529, 530 e 531 c.p.p.) dalla regola riguardante l’onere sintetico del solo p.m. (ricavabile dall’art. 533 c.p.p.). Ciò, innanzitutto, perché le regole del primo gruppo riguardano i *singoli* elementi della punibilità e disciplinano le sentenze di *proscioglimento* (non luogo a provvedere e assoluzione⁹⁴)⁹⁵, mentre la seconda regola riguarda necessariamente il *complesso* degli elementi accusatori e degli eventuali elementi difensivi e disciplina la sentenza di *condanna*. Inoltre, perché il riferimento dei rispettivi oneri probatori delle parti, nel primo caso, è dato dal presupposto *minimo* della non adeguata conferma (degli elementi a carico del p.m.: artt. 529, comma 2, e 530, comma 2, c.p.p.) o del mero principio di conferma (degli elementi a carico dell’imputato: artt. 530, comma 3, II parte, 531, comma 2, c.p.p.), nel secondo, invece, dall’*unico* presupposto stabilito, quello della conferma adeguata, ossia oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533, comma 1, I parte, c.p.p.).

bis, D.Lgs. n. 546/1992, dispone che “L’amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l’atto impugnato. Il giudice fonda la *decisione* sugli *elementi di prova che emergono* nel giudizio e annulla l’atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l’irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al *contribuente* fornire le *ragioni* della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati” (corsivi aggiunti, per sottolineare le parti che qui interessano maggiormente). In estrema sintesi, nel primo periodo, esso esprime una regola sull’onere della prova dell’amministrazione. Nel secondo periodo, stabilisce una norma di giudizio generale, che consente di ricavare le regole sull’onere della prova valevoli, a certe condizioni, per l’amministrazione, ad altre condizioni, per il ricorrente. Nel terzo e ultimo periodo, esprime una regola sull’onere della prova del contribuente nel caso particolare di ricorso avverso il rigetto di una richiesta di rimborso, consentendo di ricavare una norma di giudizio e rimandando implicitamente, quanto alla regola sull’onere della prova dell’amministrazione resistente, all’art. 2697, comma 2, c.c. Sulla disposizione in esame, si rinvia nuovamente ai contributi contenuti nella seconda parte del volume citato *supra*, fine nt. 3: F. ANELLI et al. (a cura di), *L’onere della prova*, cit., pp. 1195-1798.

⁹³ La differenza tra oneri probatori primari e secondari sarà approfondita nel § 3.6.

⁹⁴ Sulle relative formule, cfr. l’indagine sintetica di M. GALLO, *Le formule assolutorie di merito. Art. 530 c.p.p.*, Torino, 2022.

⁹⁵ Sulle formule di entrambi i tipi, cfr. l’ampia indagine, ricca anche di informazioni storiche, di F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014.

3.3.1. Regola ricavabile dall'art. 529, comma 2, c.p.p.

La prima delle regole sugli oneri probatori delle parti del dibattimento di primo grado può dunque ricavarsi dalla norma di giudizio per la quale se “*la prova dell’esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria*”, il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere” (art. 529, comma 2, c.p.p.). Posto che tale disposizione fa riferimento a situazioni di non adeguata conferma dell’esistenza delle *condizioni di procedibilità in senso stretto*; posto che tale non adeguata conferma implica il proscioglimento dell’imputato e non può essere prodotta, se non eventualmente e nel solo caso di contraddittorietà, dalla sua attività probatoria; la regola che se ne può ricavare indica al p.m. cosa deve fare, se vuole evitare che la propria pretesa punitiva resti insoddisfatta. In definitiva, tale regola addossa al p.m. l’onere di fornire un’adeguata conferma della suddetta esistenza.

Tanto chiarito, si impongono alcune precisazioni. Innanzitutto, nonostante il silenzio dell’art. 529, comma 2, c.p.p. sul punto, esso opera anche nei casi di mancanza assoluta di conferma dell’esistenza di una condizione di procedibilità. Diversamente si avrebbero conseguenze irragionevoli, tanto più in rapporto all’art. 530, comma 2, c.p.p.⁹⁶. In effetti, quest’ultima disposizione prevede tre situazioni di carenza di prova delle vicende ivi indicate (mancanza, insufficienza o contraddittorietà). L’art. 529, comma 2, c.p.p., invece, ne prevede solo due (insufficienza o contraddittorietà)⁹⁷. Eppure, a parte i casi di *conferma adeguata dell’inesistenza* di una condizione di procedibilità (es.: produzione in giudizio della rinuncia preventiva a sporgere querela ex art. 337, comma 2, c.p.p.), possono darsi non solo casi di *conferma non adeguata (non sufficiente oppure contraddittoria) della sua esistenza* (es.: produzione in giudizio di querela con data incerta perché sbiadita), ma anche casi di *mancanza assoluta di conferma della sua esistenza* (es.: mancata produzione in giudizio della querela). Casi, questi ultimi, che, essendo più gravi di quelli che li precedono, devono a maggior ragione condurre al proscioglimento ex art. 529, comma 2, c.p.p., anche per esigenze di simmetria con il citato art. 530, comma 2, c.p.p.

In secondo luogo, per “esistenza delle condizioni di procedibilità in senso stretto” bisogna intendere la presentazione e la persistenza dei tipici atti pubblici o privati disciplinati nel Titolo III, Libro V, ossia negli artt. 336-346 c.p.p. (querela, istanza o richiesta di procedimento e autorizzazione a procedere), a eccezione della persistenza della querela, visto che l’art. 152, comma 1, c.p. inquadra la sua remissione come causa

⁹⁶ Cfr. § 3.3.2.

⁹⁷ Queste precisazioni mi permettono di chiarire una volta per tutte il concetto di “prova” qui accolto e i suoi rapporti con quello di “conferma”. In breve, essi sono legati da un rapporto di specie a genere: la prova consiste in una conferma adeguata allo standard valevole nel processo di turno, mentre la conferma *tout court* si ha quando un’ipotesi fattuale risulta probabile in misura superiore al 50% (ossia corrispondente al canone processualciviltistico “più probabile che non”). Pertanto, da un lato, si danno tre ipotesi di *carezza di prova*, consistenti nella *mancanza assoluta*, nella *non sufficienza* e nella *contraddittorietà* della *conferma*; dall’altro lato e correlativamente a ciò, le norme di giudizio degli artt. 529 ss. c.p.p. (e le rispettive regole sugli oneri probatori) dovrebbero parlare di “conferma”, anziché di “prova” (ad esempio, non ha senso dire che la “prova è insufficiente” o, all’opposto, che vale “oltre ogni ragionevole dubbio”, perché tali qualità spettano piuttosto alla conferma).

di *estinzione del reato*. Tali atti non appartengono alla struttura interna del reato, né a quella satellitare della punibilità in senso sostanziale (o stretto), bensì alla dimensione *processuale* della procedibilità dell'azione penale, che pure condiziona la punizione in concreto dell'imputato. Essi costituiscono, pertanto, elementi positivi della punibilità in senso lato, da distinguere da quella in senso stretto quale complesso di elementi *sostanziali* (positivi o negativi) da cui il legislatore, per mere ragioni di opportunità politico-criminale, fa dipendere la punibilità di un fatto già tipico, antigiuridico e colpevole⁹⁸.

Senonché, a ben vedere, la disciplina dell'onere della prova in esame è lacunosa anche *in parte qua*. Essa si riferisce, infatti, solo alle condizioni di procedibilità in senso stretto, accanto alle quali vi sono altre situazioni che condizionano variamente la possibilità di iniziare o proseguire l'azione penale, in particolare di segno negativo. Tra queste ultime, spicca l'assenza di provvedimenti giudiziari irrevocabili relativi allo stesso fatto in giudizio, rilevante ai sensi dell'art. 649 c.p.p., che stabilisce il principio del *ne bis in idem* processuale. Pertanto, sorge il problema di quale regola sull'onere della prova valga al riguardo, ossia, dato che l'assenza indicata incide sulla procedibilità da cui dipende la punibilità in concreto dell'imputato, se sia il p.m. che deve provare tale assenza, oppure sia l'imputato che deve provare l'esistenza di provvedimenti del tipo in esame. La soluzione preferibile, imposta da esigenze di coerenza sistematica, è nel senso dell'applicazione analogica della regola vista per le condizioni di procedibilità in senso stretto, dunque nel primo senso appena indicato. Tutto ciò con la conseguenza ultima che l'art. 529 c.p.p. sta a disciplinare l'insieme delle condizioni di procedibilità *in senso lato*, comprensive delle suddette condizioni in senso stretto e delle situazioni consimili.

3.3.2. Regola ricavabile dall'art. 530, comma 2, c.p.p.

La seconda regola sugli oneri probatori delle parti del dibattimento di primo grado è ricavabile dalla norma di giudizio per la quale "*il giudice pronuncia sentenza di assoluzione*" se "*manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*" (art. 530, comma 2, c.p.p.).

Al riguardo, ricorrendo nuovamente la formula "*manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova*", vale un discorso analogo a quello fatto con riguardo alle condizioni di procedibilità in senso lato⁹⁹, con due significative differenze. Innanzitutto, la conseguenza della carenza di prova qui indicata è l'assoluzione dell'imputato, anziché il non luogo a procedere nei suoi confronti. In secondo luogo, il codice, sia pure in maniera implicita, attribuisce direttamente rilievo alla carenza di prova relativa sia agli

⁹⁸ Sulla punibilità in senso sostanziale, cfr., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2019, pp. 453-496, i quali, peraltro, seguono una prospettiva analitica, quella quadripartita (reato come fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile), diversa dalla prospettiva tripartita seguita nella presente indagine.

⁹⁹ Cfr. § 3.3.1.

elementi positivi del reato, richiedendo la prova della loro esistenza (elementi positivi del fatto tipico, sua ascrivibilità all'imputato ed elementi positivi della colpevolezza: dolo/colpa e imputabilità), sia ai suoi elementi negativi, richiedendo la prova della loro inesistenza (elementi negativi del fatto tipico¹⁰⁰, come, ad esempio, il permesso di costruire nel reato di esecuzione abusiva di opere edilizie ex art. 44, comma 1, lett. b), D.P.R. n. 380/2011, o le altre situazioni contrarie alle clausole di illiceità espressa del tipo "illecitamente", "abusivamente", "senza giustificato motivo" ecc.¹⁰¹).

Tra tali elementi, è controverso se rientrino gli *elementi negativi della colpevolezza*: il *vizio di mente e le altre cause tipiche* di esclusione dell'imputabilità¹⁰², l'*errore sul fatto* quale causa di esclusione del dolo, nonché l'*ignoranza inevitabile della legge penale* (dopo la modifica dell'art. 5 da parte di Corte cost. n. 364/1988¹⁰³) e le *scusanti tipiche* (es.: necessità di salvezza ex art. 384, comma 1, c.p.) quali cause di diretta esclusione della colpevolezza.

La soluzione affermativa¹⁰⁴, pur sostenibile sul piano *sostanziale* e per ragioni letterali, dato che l'appartenenza di tutte queste figure alla struttura del reato fa sì che la carenza di prova della loro inesistenza equivale a carenza di prova che "il fatto costituisce reato", sembra problematica sul piano *processuale* e per ragioni sistematiche. Come vedremo nel prossimo punto, infatti, per la categoria analoga (sotto il profilo negativo) delle cause di giustificazione (o scriminanti), sebbene non vi siano dubbi che si tratti parimenti di elementi di esclusione del reato, più precisamente dell'antigiuridicità, l'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p. pone a carico dell'imputato l'onere di fornire un principio di prova della loro esistenza. Pertanto, se la carenza di prova dell'inesistenza degli elementi di esclusione (diretta o indiretta) della colpevolezza

¹⁰⁰ Dagli elementi negativi vanno distinti i meri risvolti negativi di elementi positivi del fatto tipico (es.: consenso della vittima, che deve mancare perché sussista la sottrazione costitutiva del fatto di furto) o della colpevolezza (es.: vizio di mente, che deve mancare perché sussista l'imputabilità costitutiva della colpevolezza): sul punto cfr. l'illuminante analisi di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, spec. pp. 260-279, che attribuisce alla distinzione una rilevanza puramente sostanziale (in particolare: ai fini del carattere tassativo o esemplificativo degli elementi indicati dalla legge), non anche processuale (in particolare: ai fini del riparto dell'onere della prova). Su quest'ultimo punto tornerò nel § 3.5.

¹⁰¹ *Contra*, Cass., sez. III, 3 marzo 2025, n. 8863, Rv. 287681, che, con riguardo alla contravvenzione di uccellazione (comb. disp. artt. 2, comma 1, lett. c)-30, comma 1, lett. b), L. n. 157/1992), esige che sia il detentore di un esemplare di fauna selvatica a dimostrarne la "provenienza non illegittima" (ossia la provenienza legittima).

¹⁰² In tema, cfr., per tutti, G. GENTILE, *Vizio di mente, psichiatria e diritto penale nel centenario della nascita di Franco Basaglia*, in *Riv. BioDir.*, 4/2024, spec. pp. 128-130.

¹⁰³ Sorvolo sul fatto che, nella citata sent. n. 364/1988, la Corte costituzionale, mentre nella motivazione considera la conoscenza effettiva/conoscibilità della legge penale quale elemento positivo della colpevolezza, nel dispositivo valorizza piuttosto la sua versione negativa, ossia l'ignoranza inevitabile della legge penale. Nel prosieguo, per semplicità e per coerenza col tenore dell'art. 5 c.p. come modificato dalla suddetta pronuncia, seguirò la tesi dell'ignoranza inevitabile quale elemento negativo della colpevolezza, fermo restando che essa risulta problematica sul piano sostanziale rispetto al dubbio nei reati omissivi, come ben illustrato da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 276 s.

¹⁰⁴ Proposta, ad esempio, da G. VARRASO, *Ragionevole dubbio*, cit., pp. 340 e 345-347, sia pure subordinatamente all'adempimento, da parte dell'imputato, di un onere di allegazione (sulla problematicità di quest'ultima figura, v. *infra*, nt. 110).

andasse equiparata a quella degli elementi negativi del fatto tipico, mentre per questi due tipi di elementi negativi varrebbe la regola dell'onere della prova del p.m., solo per gli elementi negativi dell'antigiuridicità varrebbe l'opposta regola dell'onere del principio di prova dell'imputato.

Tutto sta dunque nello stabilire se, dal punto di vista probatorio, gli elementi negativi della colpevolezza sono più simili agli elementi negativi del fatto tipico o a quelli dell'antigiuridicità. La risposta maggiormente plausibile sembra andare nella seconda direzione. In sostanza, posto che, per il codice, la carenza di prova dell'inesistenza di un elemento negativo del fatto tipico determina l'assoluzione dell'imputato, mentre quella dell'inesistenza di una causa di giustificazione non determina lo stesso risultato, quest'ultima conclusione deve valere per coerenza anche per la carenza di prova dell'inesistenza degli elementi negativi della colpevolezza. Ne deriva che, anche a tal proposito, vale l'onere dell'imputato di fornire almeno un principio di prova dell'esistenza dell'ignoranza inevitabile o di una delle scusanti tipiche. Quanto alla tecnica utilizzabile in positivo per fondare quest'ultima conclusione, essa può individuarsi o nell'applicazione analogica dell'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p. oppure nell'applicazione analogica del principio "*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*" (*analogia iuris*). Dato che le cause di esclusione della colpevolezza riguardano tipicamente la persona dell'imputato, dunque sono equiparabili alle "cause personali di non punibilità", e che il principio sopra indicato comporterebbe la soluzione inedita di un onere della prova piena da parte dell'imputato, pare preferibile la prima soluzione¹⁰⁵.

3.3.3. Regola ricavabile dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p.

La terza regola sugli oneri probatori delle parti del dibattimento di primo grado può trarsi dalla norma di giudizio secondo cui "*il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1*" anche se "*vi è dubbio sull'esistenza*" "*di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità*" (art. 530, comma 3, II parte, c.p.p.).

Posto che tale disposizione fa riferimento all'emersione di un principio di prova dell'esistenza di una *causa di giustificazione* o di una *causa personale di non punibilità*; posto che tale emersione implica l'assoluzione dell'imputato e dipende naturalmente dalle sue iniziative probatorie, e solo eventualmente da quelle del p.m.; la regola che si può ricavare da tale disposizione indica all'imputato cosa deve fare, se vuole ottenere che la propria pretesa assolutoria venga soddisfatta. In definitiva, tale regola addossa all'imputato l'onere di fornire un principio di conferma della suddetta esistenza¹⁰⁶.

A tal riguardo, prima di chiarire se tale regola sia estensibile ad altre figure non espressamente contemplate dalla citata disposizione, bisogna fugare un equivoco spesso

¹⁰⁵ Nel senso che è l'imputato a essere gravato da un onere probatorio dell'errore sul fatto (nel caso di specie: dell'errore sull'elemento negativo del consenso della vittima di violenza sessuale), cfr. Cass., sez. III, 31 gennaio 2022, n. 3326, Rv. 282715.

¹⁰⁶ Per quanto riguarda, in particolare, la prova delle cause di giustificazione, cfr. la densa ricostruzione di F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, pp. 175-183.

ricorrente. Mi riferisco all'affermazione secondo cui il concetto di "dubbio" equivarrebbe a quello di "carenza di prova", comprensivo, come visto¹⁰⁷, dei fenomeni della mancanza assoluta, della non sufficienza e della contraddittorietà della conferma¹⁰⁸. A mio avviso, tale equivalenza non può sostenersi¹⁰⁹. In primo luogo, già semanticamente, "carenza di prova" denota una situazione peggiore, il "bicchiere mezzo vuoto", in cui non si è ottenuto un certo stato epistemico, necessario per la condanna, mentre quello di "dubbio" denota una situazione in qualche misura positiva, il "bicchiere mezzo pieno", in cui si è raggiunto un altro stato epistemico, sufficiente per l'assoluzione. In secondo luogo e correlativamente a ciò, le situazioni rientranti nel primo concetto non corrispondono necessariamente a quelle riconducibili al secondo: mentre ciò è evidente nel caso di mancanza assoluta di conferma, che di certo non è in grado di ingenerare un dubbio, una conclusione analoga può valere in quelli di non sufficienza o di contraddittorietà della conferma, le quali possono essere così radicali da risultare parimenti inidonee (ad esempio: un'affermazione dell'imputato sull'esistenza di una causa di giustificazione può essere così inattendibile da non poter costituire alcun principio di prova di essa¹¹⁰). Alla luce di ciò, il fatto che il codice di rito, nelle varie disposizioni in esame, usa due locuzioni diverse costituisce, a mio avviso, il segno che esso vuole stabilire due prescrizioni distinte sul piano dell'onere della prova. In breve: quando vuole collegare certi elementi all'onere della prova del p.m., usa l'espressione "manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova" (come fa negli artt. 529, comma 2, e 530, comma 2, c.p.p.); per contro, quando vuole collegare i restanti elementi all'onere del principio di prova dell'imputato, usa l'espressione "dubbio" (come fa negli artt. 530, comma 3, II parte, e 531, comma 2, c.p.p.).

Ciò posto, resta da stabilire la precisa portata della regola sugli oneri probatori in esame. In particolare, si tratta di capire se essa ricomprenda anche le condizioni obiettive di punibilità e le cause oggettive di non punibilità. Il problema nasce dal fatto che tutti questi elementi della punibilità, rispettivamente positivi e negativi, non sono

¹⁰⁷ Cfr. §§ 3.3.1 e 3.3.2, spec. nt. 97.

¹⁰⁸ In termini analoghi, autorevolmente e con ricco corredo di precedenti, Cass., sez. un., 28 ottobre 2008, n. 40049, Rv. 240815: "si ritiene che il concetto di dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione, sussistendo il quale il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione, va ricondotto a quello di 'insufficienza' o 'contraddittorietà' della prova, di cui agli artt. 529, comma 2, e 530, comma 2, cod. proc. pen. [...]".

¹⁰⁹ Per una precisa analisi del concetto di "dubbio", cfr. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., pp. 285-292.

¹¹⁰ A tal riguardo, occorre superare l'opinione diffusa secondo cui, nei casi in esame, l'imputato avrebbe un mero "onere di allegare" l'esistenza di uno di quelli che chiamerò "elementi difensivi" (tipicamente: cause di giustificazione, cause personali di non punibilità e cause di estinzione del reato: cfr. § 3.5). Tale concetto, infatti, è ambiguo e, comunque, inadeguato. È ambiguo, perché "allegare" può significare sia indicare qualcosa, richiamarsi a esso, sia far intravedere qualcosa, cioè fornire almeno un principio di prova della sua esistenza. Ed è inadeguato, perché delle due l'una. Se si segue la prima di queste due accezioni, tanto vale limitarsi a dire che è il p.m. che ha propriamente l'onere di provare l'inesistenza degli elementi difensivi. Infatti, la mera indicazione della loro esistenza da parte dell'imputato è un atto che può essere sempre compiuto senza alcuno sforzo, dunque privo di reale spessore probatorio, e come tale incapace di ingenerare quel dubbio che l'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p. (e il consimile art. 531, comma 2, c.p.p., sul quale tornerò nel § 3.3.4) richiede quanto meno per il suo proscioglimento. Se, invece, si segue la seconda accezione, si finisce per contraddire la nettezza dell'assunto di partenza, secondo cui è solo sul p.m. che incombe un onere probatorio relativo anche agli elementi difensivi, dato che si riconosce che è invece l'imputato a dover primariamente fornire un principio di prova della loro esistenza, come in effetti è.

espressamente menzionati dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p., ossia dalla disposizione da cui è ricavabile la regola in esame. Esso va risolto diversamente nei due casi.

Per quanto riguarda le *condizioni obiettive di punibilità*, occorre tener conto della distinzione, peraltro controversa, tra condizioni intrinseche, che contribuiscono all'offensività del fatto tipico (es.: suicidio nell'istigazione *ex art. 580, comma 1, I parte, c.p.*), e condizioni intrinseche, volte a circoscrivere la punibilità per ragioni politico-criminali (es.: sorpresa in flagranza nel possesso ingiustificato *ex art. 707 c.p.*). Così, le prime sono assimilabili, se non riducibili, a elementi costitutivi del fatto tipico, con la conseguenza che è il p.m. a essere onerato della prova della loro esistenza, mentre la mancanza assoluta, la non sufficienza o la contraddittorietà della conferma comporta l'assoluzione con la formula "il fatto non sussiste" (*ex art. 530, comma 2, c.p.p.*). Le condizioni estrinseche, invece, essendo estranee alla dimensione del reato (quale fatto tipico, antiggiuridico e colpevole), non possono essere trattate direttamente in questo modo, sicché residuano tre possibilità: applicare analogicamente la regola riservata alle condizioni intrinseche, con le conseguenze appena viste; applicare analogicamente la regola valevole per le cause personali di non punibilità (art. 530, comma 3, II parte, c.p.p.), di cui quelle in esame condividono l'estraneità al reato e il fondamento limitativo della punibilità per mere ragioni di opportunità politico-criminale, con la conseguenza che questa volta è l'imputato a dover fornire almeno un principio di prova della loro inesistenza; oppure applicare il principio generale secondo cui "*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*" (*analogia iuris*), col conseguente onere del p.m. di provare la loro esistenza e, sia pure per altra via, equiparazione al regime valevole per le condizioni intrinseche. Di queste tre soluzioni, la preferibile sembra la terza. Non solo perché le condizioni estrinseche sono essenzialmente diverse da quelle intrinseche, con conseguente inapplicabilità analogica della regola valevole per queste ultime. Non solo perché l'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p., riferendosi, non già a tutti gli elementi della punibilità (positivi e negativi), ma solo a quella sottospecie di elementi negativi che sono le cause personali di non punibilità, sembra escludere estensioni della regola sugli oneri probatori da essa ricavabile. Ma anche perché la terza soluzione finisce per accomunare sotto uno stesso regime probatorio le condizioni intrinseche ed estrinseche, le quali, sebbene essenzialmente diverse, condividono almeno la caratteristica di essere elementi positivi della punibilità.

Per quanto riguarda, invece, le *cause oggettive di non punibilità*, categoria anch'essa di controversa configurabilità per la presenza diffusa di requisiti pure soggettivi (es.: particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*), le soluzioni prospettabili in materia di onere della prova sono due: applicare analogicamente la regola valevole per le cause personali di non punibilità, con conseguente onere del principio di prova della loro esistenza da parte dell'imputato; oppure, di nuovo, applicare il principio generale "*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*" (*analogia iuris*), con la conseguenza dell'onere della prova in senso stretto della loro esistenza in capo all'imputato. Delle due soluzioni, nessuna risulta pienamente soddisfacente. La prima, per la solita specificazione letterale dell'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p., che sembra esprimere la volontà normativa di far valere la regola sugli oneri probatori da essa ricavabile, non già per tutte le cause di non punibilità, ma soltanto per quelle personali. La seconda, perché

introduce solo per le cause oggettive di non punibilità un onere della prova in senso stretto in capo all'imputato, creando una disparità di trattamento irragionevole rispetto ai restanti elementi posti probatoriamente a suo carico. Ora, dato che la seconda soluzione introdurrebbe una discriminazione incostituzionale, mentre la prima la evita, pare preferibile seguire quest'ultima, ossia la regola secondo cui l'imputato è gravato da un mero onere del principio di prova anche rispetto alle cause oggettive di non punibilità¹¹¹.

3.3.4. Regola ricavabile dall'art. 531, comma 2, c.p.p.

La quarta regola sull'onere della prova si ricava dalla norma di giudizio secondo cui *"il giudice [pronuncia sentenza di non doversi procedere anche] quando vi è dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato"* (art. 531, comma 2, c.p.p.).

Al riguardo, ricorrendo nuovamente la formula *"vi è un dubbio sull'esistenza"*, vale un discorso analogo a quello svolto a proposito delle cause di giustificazione e delle cause personali di non punibilità¹¹². Posto che tale disposizione fa riferimento all'emersione di un principio di prova dell'esistenza di una *causa di estinzione del reato*; posto che tale emersione implica l'assoluzione dell'imputato e dipende naturalmente dalle sue iniziative probatorie, e solo eventualmente da quelle del p.m.; la regola che si può ricavare da tale disposizione indica all'imputato cosa deve fare, se vuole che sia soddisfatta la propria pretesa di proscioglimento. In definitiva, tale regola addossa all'imputato l'onere di fornire un principio di conferma della suddetta esistenza¹¹³.

3.3.5. Regola ricavabile dall'art. 533, comma 1, I parte, c.p.p.

Come anticipato¹¹⁴, le regole sugli oneri probatori delle parti del dibattimento di primo grado finora esaminate, desumibili dagli artt. 529, comma 2, 530, comma 2, 530, comma 3, II parte, 531, comma 2, c.p.p., riguardano soltanto i loro oneri analitici, ossia relativi a singoli elementi della punibilità in senso lato.

Accanto a esse, vi è una regola sull'onere probatorio incombente in aggiunta sul solo p.m., ricavabile dalla norma di giudizio secondo cui *"Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole*

¹¹¹ In termini analoghi, con riguardo alla particolare tenuità del fatto, cfr. Cass., sez. III, 4 aprile 2024, n. 13657, Rv. 286101, secondo cui essa è *"un limite negativo della punibilità del fatto medesimo, la cui ricorrenza è demandata all'imputato, tenuto ad allegare la sussistenza dei relativi presupposti mediante l'indicazione di elementi specifici"*. Per una critica del concetto di *"onere di allegazione"*, cfr. *supra*, nt. 110.

¹¹² Cfr. § 3.3.3.

¹¹³ *Contra*, con riguardo alla prescrizione, Cass., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 25927, Rv. 281535, secondo cui *"l'onere di provare con precisione la data di commissione del reato non grava sull'imputato ma sull'accusa, con la conseguenza che, in mancanza di prova certa sulla data di consumazione, il termine di decorrenza va computato secondo il maggior vantaggio per l'imputato e il reato va ritenuto consumato alla data più risalente"*.

¹¹⁴ Cfr. inizio § 3.3.

dubbio” (art. 533, comma 1, I parte, c.p.p.). Tale regola concerne un onere sintetico, ossia relativo al complesso degli elementi della punibilità: sia quelli collegati agli oneri probatori del p.m., sia quelli collegati agli oneri del principio di prova dell’imputato.

Più precisamente, posto che l’art. 533, comma 1, I parte, c.p.p. si incentra sulla conferma oltre ogni ragionevole dubbio che l’imputato è colpevole del reato ascrittogli; posto che tale conferma implica la condanna dell’imputato e dipende naturalmente, per gli elementi collegati agli oneri probatori analitici del p.m., dalle sue iniziative capaci di superare lo stato di carenza probatoria esistente all’inizio, per gli elementi collegati agli oneri del principio di prova dell’imputato, invece, dalle iniziative probatorie del p.m. capaci di neutralizzare siffatto principio, fornito nel corso del dibattimento; la regola che si può ricavare da tale disposizione indica allo stesso p.m. cosa deve fare, se vuole che sia soddisfatta la sua pretesa di condanna dell’imputato. In definitiva, tale regola addossa al p.m. l’onere di fornire, nei termini che chiarirò meglio in seguito¹¹⁵, una adeguata conferma dell’esistenza di tutti gli elementi della punibilità collegati ai propri oneri probatori analitici, nonché, se l’imputato ha fatto sorgere un dubbio al riguardo, dell’inesistenza di quelli collegati agli oneri del principio di prova incombenti su quest’ultimo¹¹⁶.

Questa conclusione, frutto del collegamento dell’art. 533, comma 1, I parte, c.p.p. con le regole sugli oneri probatori analitici di entrambe le parti, garantisce ampiamente l’imputato, dato che estende la portata del canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio ben al di là della dimensione del “reato” (come fatto tipico, antiggiuridico e colpevole) cui si riferisce lo stesso art. 533, comma 1, I parte, c.p.p., fino a ricomprendervi anche le condizioni di procedibilità in senso lato e gli elementi della punibilità in senso stretto (condizioni obiettive di punibilità estrinseche e cause di esclusione della punibilità sostanziale). In questo modo, il regime codicistico è in linea con l’evoluzione della giurisprudenza in cui il suddetto canone si è raffinato, quella statunitense¹¹⁷, che lo ha

¹¹⁵ Cfr. § 3.7.

¹¹⁶ A tal proposito si impone una precisazione. Gli artt. 530, comma 3, II parte, e 531, comma 2, c.p.p. parlano, per i rispettivi elementi, di “dubbio sull’esistenza”. In realtà, sarebbe stato più corretto parlare, come ho fatto nel presente articolo, di “dubbio sull’inesistenza”. Infatti, all’inizio del processo, quando non vi sono ragioni per credere nell’esistenza, né ragioni per credere nell’inesistenza, degli elementi suddetti (es.: cause di giustificazione), non ha senso avere alcun dubbio sull’una, né sull’altra. Una volta che l’imputato abbia adempiuto al proprio onere di fornire un principio di prova dell’esistenza di uno degli elementi in esame, ha invece senso, sì, parlare di “dubbio”, ma non relativamente alla sua esistenza, bensì alla sua inesistenza. In questo momento, infatti, sebbene non vi siano ragioni adeguate per credere nella esistenza dell’elemento, vi sono quanto meno ragioni adeguate per ipotizzarla. Ora, dunque, dal punto di vista epistemico, l’esistenza e l’inesistenza dell’elemento non stanno più sullo stesso piano, come invece valeva in partenza, bensì la prima, a differenza della seconda, gode di un principio di conferma. Tutto ciò con la conseguenza ultima che, da un lato, bisogna - appunto - nutrire un dubbio sull’inesistenza dell’elemento presupposta dal p.m., dall’altro, è onere (secondario) di quest’ultimo superare tale dubbio, fornendo una conferma adeguata dell’inesistenza che ne forma oggetto. Alla luce di ciò, anzi, si può concludere che sarebbe stato meglio se le due disposizioni indicate si fossero espresse, non già nei termini negativi del dubbio (in concreto non può dirsi con certezza che non sia andata così), bensì in quelli positivi del principio di conferma che lo radica (in concreto può essere che sia andata così).

¹¹⁷ Su tale evoluzione, culminata nella sentenza della Corte Suprema americana Winship (1970), sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi*

fatto valere via via per “tutti gli elementi costitutivi del reato, nonché per le circostanze che incidono sulla pena”¹¹⁸.

3.4. Condizioni degli oneri probatori.

Come anticipato a più riprese, gli oneri probatori incumbenti sul p.m. e sull'imputato valgono a due precise condizioni, comuni a entrambe le parti, alle quali se ne aggiunge una terza, valevole solo per l'imputato.

La *prima* condizione, valevole per l'onere giuridico in generale, è *comune* a entrambe le parti: è necessario che ciascuna di esse voglia perseguire certi fini precettivi di giustizia, più precisamente generare o precludere il dovere del giudice di adottare determinate pronunce definitive.

La *seconda* condizione, che ora si illustra per la prima volta e caratterizza l'onere della prova (non solo penale), è *parimenti comune* a entrambe le parti. Essa richiede preliminarmente la messa in luce di un limite condiviso dalle concezioni scettiche illustrate¹¹⁹ e dalle consimili concezioni dell'onere della prova professate per gli altri tipi di processo. In sostanza, tutte queste concezioni partono dal presupposto, più o meno sottaciuto, che il problema in esame debba essere affrontato in relazione a una sorta di “punto 0” del dibattito, coincidente col suo inizio, come se si trattasse di stabilire *una volta per tutte* cosa deve fare chi mira a un certo fine precettivo (p.m.) e, rispettivamente, chi mira al fine precettivo contrario (imputato). In breve, tutte queste concezioni sembrano avere una visione piuttosto *statica* dell'onere della prova, che non sembra corrispondere alla *fenomenologia* del giudizio.

In effetti, nel dibattito, in quanto dimensione *dinamica*, ciascuna parte ha bisogno, momento per momento, dall'apertura fino alla discussione conclusiva, di avere direttive precise sulle attività probatorie da compiere per conseguire il proprio fine precettivo¹²⁰. E tali direttive, dato il carattere altresì dialettico del dibattito e il principio di acquisizione probatoria che lo pervade, non possono non tener conto di ciò che è emerso nel frattempo a favore della controparte. A ciò mi sono riferito in precedenza quando ho evidenziato che l'onere della prova nel processo, in particolare penale, va concepito come qualcosa di “contestuale”¹²¹. Anzi, a ben vedere, tale contestualità investe non solo il dovere in cui consiste lo stesso onere, ma anche la volontà che ne condiziona la generazione, che peraltro resta sempre retrattabile¹²²: in

teoria, San Lazzaro di Savena (BO), 2018, pp. 56-63.

¹¹⁸ Così F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 182.

¹¹⁹ Cfr. § 2.2.

¹²⁰ Che solo una visione dinamica del processo consenta di cogliere la reale funzione dell'onere della prova, è ben evidenziato, con riguardo al processo civile, da D. MITIDIERO, *L'onere della prova*, cit., p. 881: “Azione e difesa sono posizioni giuridiche complesse e dinamiche: complesse perché comprendono ruoli diversi fra le parti, e dinamiche, perché si evolvono secondo lo sviluppo del processo”.

¹²¹ Cfr. § 3.1.B).

¹²² Su tale caratteristica, denominata “refutabilità”, v. le precise osservazioni di M. GOMETZ, *Le regole tecniche*, cit., spec. pp. 148-162.

tanto si deve provare, in quanto si voglia raggiungere un fine precettivo; e in tanto si può voler raggiungere un fine precettivo, in quanto le prove emerse abbiano rivelato che ciò è almeno possibile.

La *terza* condizione, che pure si illustra ora per la prima volta e caratterizza l'onere della prova (non solo penale), riguarda soltanto quello dell'*imputato*. Secondo le regole codicistiche illustrate, in particolare quella dell'art. 533, comma 1, I parte, c.p.p., è il p.m. che deve provare che l'imputato ha commesso il fatto di reato con atteggiamento colpevole, non è l'imputato che deve provare il contrario. Pertanto, gli oneri del principio di prova che incombono su di lui, a differenza di quelli probatori del p.m., sorgono solo a condizione che questi abbia adempiuto ai propri oneri primari. In breve ed esemplificando: in tanto può dirsi che l'imputato abbia l'onere di fornire un principio di prova dell'esistenza di una causa di giustificazione, in quanto si tratti di giustificare un fatto tipico e colpevole di cui il p.m. abbia già provvisoriamente provato l'esistenza e la commissione da parte dell'imputato. In questo senso, tra gli *oneri probatori primari del p.m.* e quelli *dell'imputato* esiste una differenza fondamentale, in quanto i primi sono *assoluti*, sussistono di per sé, mentre i secondi sono *relativi*, vengono a esistenza solo dopo il provvisorio adempimento dei primi.

D'altro canto, dicendo che il p.m. deve compiere determinate attività probatorie, se vuole raggiungere certi fini precettivi di giustizia, non si intende dire che egli sia *in assoluto* libero di non volere, dunque di non compiere tali attività, né tanto meno che i fini precettivi che deve perseguire corrispondono *necessariamente* alla condanna dell'imputato.

La prima precisazione si rivolge agli autori per i quali il p.m. avrebbe sempre un *obbligo*, anziché un *onere* della prova, i quali, a mio avviso, considerano solo un aspetto del problema. Infatti, è certamente vero che il p.m., se dispone di dati che confermano l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato, ha l'obbligo di presentarli in dibattimento. In caso contrario – si pensi a un p.m. che decidesse di non depositare la lista testi in una serie di processi a carico di uno stesso imputato, magari perché prezzolato –, egli potrebbe incorrere in responsabilità amministrativa (esposizione a valutazioni negative di professionalità), disciplinare (assoggettamento a sanzioni di varia gravità, fino alla destituzione), civile (condanna all'obbligo di risarcire le parti civili soccombenti), contabile (condanna all'obbligo di risarcire lo Stato, anche solo per danno all'immagine) e persino penale (condanna, tra l'altro, per reati contro la pubblica amministrazione). Ma è pur vero che, in base al principio, già esposto ad altro fine¹²³, secondo cui uno stesso fatto può formare oggetto di qualificazioni giuridiche multiple, nulla esclude che il comportamento in esame possa sottostare, *in aggiunta*, a un onere probatorio.

La seconda precisazione si rivolge agli autori per i quali l'onere della prova del p.m. non può dipendere dalla sua volontà, dato che egli non è necessitato a volere la condanna dell'imputato. Tale premessa è senz'altro vera, perché il p.m., in quanto organo giudiziario, deve in effetti volere che sia fatta *giustizia*. Ciò significa l'assoluzione, se non dispone di una conferma adeguata della responsabilità dell'imputato o,

¹²³ Cfr. § 3.1.

addirittura, ha una conferma adeguata della sua innocenza, oppure la condanna, in caso contrario. Nella mia ricostruzione ho fatto riferimento a quest'ultima ipotesi, semplicemente perché è quella fisiologica: se il p.m. ha deciso di spendersi per arrivare al dibattimento, normalmente è perché dispone di una conferma adeguata della responsabilità, sicché è naturale che voglia ottenere la condanna. Ma non è l'unica ipotesi: nulla esclude che egli, avendo constatato nel corso dello stesso dibattimento che non ci sono prove di colpevolezza o, addirittura, ci sono prove di innocenza, possa maturare la volontà di ottenere l'assoluzione dell'imputato e determinarsi di conseguenza.

3.5. Oggetti degli oneri probatori.

Il problema degli oggetti degli oneri probatori nel giudizio penale di primo grado concerne l'identificazione degli elementi della punibilità in senso lato che ciascuna delle parti è chiamata a provare alle condizioni appena indicate. Alla luce di quanto detto finora, esso può essere risolto seguendo uno dei seguenti approcci alternativi.

Un primo approccio, seguito da buona parte della letteratura *processualpenalistica* esaminata¹²⁴, specie prima della diffusione di una sensibilità costituzionale, è improntato dal principio generale di matrice *civilistica* "*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*", secondo il quale chi afferma l'esistenza di un fatto deve provarla, sicché il dubbio su quest'ultima non gli giova. In tale prospettiva, si distingue, dunque, tra elementi la cui esistenza fonda la punibilità (costitutivi), che, in quanto affermati dal p.m., sono collegati al suo onere probatorio, ed elementi la cui esistenza la esclude (impeditivi – es.: cause di giustificazione – o estintivi – es.: cause di estinzione del reato –¹²⁵), che, in quanto affermati dall'imputato, devono essere provati da lui.

Questo modo di ragionare è stato seguito, tra l'altro, sotto il vigore del c.p.p. del 1930, specie per sostenere l'onere dell'imputato di provare l'esistenza delle cause di giustificazione. Esso, tuttavia, non può più essere seguito oggi. A parte il fatto che le cause di giustificazione, appartenendo alla struttura del reato, non sono elementi impeditivi della punibilità, bensì costitutivi, sia pure in negativo, dello stesso reato¹²⁶ (o tutt'al più intermedi¹²⁷), il punto è che il suddetto principio "*onus probandi*", in alcuni casi, non trova affatto o pieno riscontro nelle regole codicistiche di riparto degli oneri probatori¹²⁸. Mi riferisco, da un lato, alle regole che pongono a carico del p.m. che nega

¹²⁴ Cfr. § 2.2.

¹²⁵ Dunque, non vi sarebbe spazio per elementi *modificativi*. Ma un imputato interessato a degradare il titolo del reato di cui è accusato (es.: da peculato ad appropriazione indebita) non è forse almeno onerato secondario della prova dell'esistenza della sua qualità privatistica, dunque di un fatto *modificativo*?

¹²⁶ Per una critica incisiva dell'inquadramento delle cause di giustificazione come elementi impeditivi, cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., spec. pp. 260-262 e nt. 321.

¹²⁷ Sul punto, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 178, nt. 13, cui si rinvia anche per approfondimenti bibliografici.

¹²⁸ Che anche nel processo civile le regole probatorie (speciali) abbiano la funzione di modificare il regime di riparto derivante dall'applicazione dei principi generali relativi alle fattispecie sostanziali, è lucidamente chiarito da L. PASSANANTE, *L'onere della prova*, cit., p. 15: "Fare a meno del concetto di onere della prova implica la necessità per il giudice di derivare le conseguenze della mancata prova di un determinato fatto

l'esistenza degli elementi negativi della procedibilità in senso lato (art. 529, comma 2, c.p.p.)¹²⁹ e del fatto tipico (art. 530, comma 2, c.p.p.)¹³⁰ l'onere di *provare tale inesistenza*; dall'altro, alle regole che pongono a carico dell'imputato che afferma l'esistenza delle cause di giustificazione, delle cause personali di non punibilità e delle cause di estinzione del reato l'onere di fornire un *mero principio di prova* di tale esistenza (artt. 530, comma 3, II parte, e 531, comma 2, c.p.p.)¹³¹.

Un *secondo* approccio, seguito dagli studiosi di *diritto criminale* attenti alle implicazioni della teoria del reato e alle istanze della presunzione di innocenza, risolve il problema rilevando che, in base a quest'ultima, la pretesa punitiva del p.m., quale oggetto del processo penale, deve essere confermata in tutte le sue componenti. Pertanto, la pubblica accusa deve provare sia l'esistenza degli elementi positivi sia l'inesistenza di quelli negativi della tipicità, dell'antigiuridicità, della colpevolezza e della punibilità¹³², mentre il dubbio sul punto (sull'esistenza degli elementi positivi e sull'inesistenza di quelli negativi) giova all'imputato, che, secondo i più, avrebbe un mero "onere di allegazione" dell'esistenza degli elementi negativi estranei al fatto tipico (scriminanti, scusanti e cause di esclusione della punibilità)¹³³.

Anche questo modo di ragionare, seguito, tra l'altro, sotto il vigore del c.p.p. del 1930 per motivare l'onere del p.m. di provare l'inesistenza delle cause di giustificazione, non può più essere seguito. A parte il fatto che non è ben chiaro il fondamento e il contenuto normativo del suddetto onere di allegazione¹³⁴, né perché la presunzione di innocenza dovrebbe estendersi anche alle cause di esclusione della punibilità, che sono estranee alla struttura del reato, il vero problema è che pure l'approccio in esame sottovaluta il complesso delle regole di riparto degli oneri probatori nel processo penale. In particolare, esso non considera che tali regole: innanzitutto, si riferiscono anche ad elementi processuali (condizioni di procedibilità in senso lato), come tali non ricadenti sotto la presunzione di innocenza (art. 529, comma 2, c.p.p.); in secondo luogo, quando si riferiscono ad elementi sostanziali ricadenti certamente sotto la presunzione di innocenza, talora la attuano pienamente (art. 530, comma 2, c.p.p.), talaltra no, giacché la contemperano con altre istanze (in particolare: di maggior semplicità della prova), prevedendo un onere della prova attenuato (onere del principio di prova) a carico dell'imputato che beneficia della stessa presunzione (si pensi all'art. 530, comma 3, II parte, 1^a ipotesi, c.p.p., relativo alle cause di giustificazione)¹³⁵; infine, quando si

sempre in via diretta dalla norma e dalla fattispecie di diritto sostanziale invocata".

¹²⁹ Cfr. § 3.3.1.

¹³⁰ Cfr. § 3.3.2.

¹³¹ Cfr. §§ 3.3.3-3.3.4.

¹³² Ma questa estensione non è da tutti condivisa: ad esempio, nel senso che "La presunzione costituzionale di innocenza di cui all'art. 27 comma 2 Cost. [...] 'si arresta' alla commissione del fatto", cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 177.

¹³³ Così, in sostanza, F. VIGANO, *Stato di necessità*, cit., spec. pp. 260-262 e nt. 321.

¹³⁴ Sul punto, cfr. ancora una volta *supra*, nt. 110.

¹³⁵ A metà strada tra le due tesi esaminate sembra collocarsi quella, come sempre stimolante, di M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2016, pp. 699-701, spec. p. 700 nt. 1. Infatti, dopo aver distinto, nell'ambito degli elementi della punibilità, tra cause costitutive del reato (ivi comprese le negative, tra cui annovera, in particolare le cause di giustificazione e le scusanti) e cause non costitutive del reato, dunque, se negative, impeditive o estintive della punibilità (cause di non punibilità), egli valorizza la distinzione per

riferiscono ad elementi sostanziali che sembrano esulare dalla presunzione di innocenza, non sono soggette ai vincoli di quest'ultima (art. 530, comma 3, II parte, 2^a ipotesi, c.p.p., relativo alle cause personali di non punibilità in senso stretto, nonché art. 531, comma 2, c.p.p., relativo alle cause di estinzione del reato).

Alla luce di tutto ciò, in questa sede, sempre più convinto della *dialettica* tra *diritto sostanziale* e *diritto processuale*, ho preferito inaugurare una *terza via*, strettamente modellata sui contenuti delle *regole di riparto* degli oneri probatori nel giudizio penale di primo grado, ma, al contempo, attenta alle indicazioni provenienti dalla *teoria del reato*. Più precisamente, ho preferito fare ricorso alla distinzione originale tra elementi *accusatori* ed elementi *difensivi*. Così, dopo aver raccolto gli elementi (positivi e negativi) della punibilità in senso lato, come individuati dalla teoria del reato, mi sono chiesto se e in che modo ciascuno di essi viene effettivamente trattato dalle regole di riparto degli oneri probatori ricavabili dagli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p. All'esito di questa rassegna, sono giunto alla conclusione che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, del quale cercherò di verificare tra breve la compatibilità con i principi costituzionali¹³⁶, ha addossato al p.m. l'onere della prova di alcuni (non di tutti gli) elementi della punibilità in senso lato, positivi o negativi (*elementi accusatori*), e all'imputato l'onere di fornire un principio di prova dei restanti elementi, tutti negativi (*elementi difensivi*).

3.6. *Quantità degli oneri probatori.*

Le parti del processo penale (ma lo stesso potrebbe dirsi – *mutatis mutandis* – per quelle di ogni altro processo) si differenziano innanzitutto perché, a causa della marcata impronta falsificazionista di tale giudizio, non sono soggette allo stesso numero di oneri.

Se il processo penale serve a controllare se sia davvero giusta, come assume il p.m., la punizione dell'imputato (perché la merita, ne ha bisogno ed è legittima), allora il primo dovrà fornire una prova non soltanto di ciascuno, ma anche del complesso degli elementi accusatori, mentre il secondo potrà neutralizzarla limitandosi a fornire un principio di prova contrario a uno solo di tali elementi o favorevole a uno solo di quelli difensivi. Siffatta asimmetria può esprimersi ricorrendo alla distinzione, già tratteggiata,

ricostruire il regime codicistico di riparto degli oneri probatori (anziché ricavarlo direttamente dalla presunzione costituzionale di innocenza). Più precisamente, facendo riferimento esplicito al solo art. 530, comma 3, c.p.p., Donini ritiene che il dubbio rileverebbe sempre solo per le cause costitutive negative esterne al fatto tipico e mai per quelle negative non costitutive del reato, cioè impeditive (o estintive) della punibilità (cfr. *ivi*, p. 700 nt. 1). Sennonché, a me pare che, in questo modo, continuandosi a ricostruire le regole di riparto degli oneri probatori in una prospettiva prettamente *sostanzialistica*, diversa da quella *mista* che in effetti le ispira, si finisca per compiere o, almeno, far supporre equiparazioni che non trovano riscontro nel codice di rito. In particolare, non è vero, perlomeno esplicitamente, che il c.p.p. delinea due regimi omogenei di riparto degli oneri probatori, uno riservato agli elementi costitutivi del reato (ossia del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza), l'altro agli elementi non costitutivi del reato, dunque, se negativi, impeditivi o estintivi della punibilità (lo stesso Donini lo riconosce, là dove ammette che il c.p.p., in quest'ultimo ambito, limita la rilevanza del dubbio alle cause personali di non punibilità).

¹³⁶ Cfr. § 3.8.

tra gli oneri probatori *analitici* rispettivamente incombenti sul p.m. e sull'imputato, e l'onere probatorio *sintetico* gravante sul solo p.m.¹³⁷.

Confrontiamo più a fondo le due posizioni. Che il p.m. abbia sia oneri probatori analitici sia un onere probatorio sintetico, significa che, quando i fini di giustizia che persegue passano per la condanna dell'imputato, egli deve profondere un impegno probatorio bifasico.

Innanzitutto, deve preoccuparsi di fornire una conferma adeguata per ciascuno degli elementi accusatori esaminati, oggetto dei suoi oneri probatori, nonché superare il principio di conferma o, addirittura, la conferma che l'imputato abbia eventualmente fornito per gli elementi oggetto dei propri oneri probatori. Tali oneri, analitici, sono dunque disciplinati dalle regole sull'onere della prova ricavabili dalle norme di giudizio degli artt. 529, 530 e 531 c.p.p.

In secondo luogo, il p.m. deve armonizzare tutte queste conferme e controconferme adeguate in una cornice unitaria, generalmente rappresentata da una narrazione strutturata da nessi intenzionali e spazio-temporali tra i suoi vari momenti, in modo da far risultare la complessiva ipotesi accusatoria come l'unica spiegazione plausibile dei dati probatori emersi in dibattimento¹³⁸. Tale onere, sintetico, è disciplinato dalla regola ricavabile dalla norma di giudizio dell'art. 533, comma 1, I parte, c.p.p.

Questa complessità manca sul versante dell'imputato. In effetti, è vero che egli, esattamente come il p.m., può proporre una propria versione del fatto ascrittogli, prospettando una storia che smonti pezzo per pezzo quella del p.m.: una storia costituita da una controipotesi difensiva confermata in tutti i suoi aspetti dalle prove che sia riuscito a far emergere in giudizio. Ma è pur vero che quella appena indicata è una mera evenienza, dunque non forma oggetto di alcun onere probatorio dell'imputato. Quest'ultimo, in effetti, ben può limitarsi a fornire un principio di prova a discredito di singoli elementi accusatori o a credito di singoli elementi difensivi.

Nel primo caso, essendo ciascuno degli elementi accusatori essenziale per l'affermazione di responsabilità, basta fornire un principio di prova dell'inesistenza di uno, se positivo (es.: condotta), o dell'esistenza di un altro, se negativo (es.: permesso di costruire), per far crollare l'intera ipotesi accusatoria e generare l'obbligo di proscioglimento del giudice.

Nel secondo caso, essendo ciascuno degli elementi difensivi sufficiente per il proscioglimento e di carattere negativo, basta fornire un principio di prova dell'esistenza di uno di essi (es.: causa di giustificazione), per giustificare l'accoglimento della relativa ipotesi difensiva e generare, di nuovo, l'obbligo di proscioglimento del giudice¹³⁹.

¹³⁷ Cfr. § 3.3.5.

¹³⁸ Sulle due componenti, inferenziale e narratologica, del giudizio di fatto, in particolare penale, nonché sul loro intreccio, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *L'obbligo di motivazione rafforzata nel processo penale. Un contributo teorico-generale*, in *Sist. Pen.*, 1/2022, spec. pp. 59-62.

¹³⁹ È appena il caso di rilevare che, poiché il canone della conferma "oltre ogni ragionevole dubbio" opera solo per la prova della colpevolezza, il concetto di "prova" valevole per le ipotesi de p.m. non coincide con quello valevole per le ipotesi dell'imputato (rilevante, ad esempio, ex art. 530, comma 1, c.p.p.). Più precisamente, mentre nel primo caso esso consiste in una conferma adeguata nel senso di escludente ogni ragionevole dubbio, nel secondo caso, invece, consiste in una conferma *tout court* nel senso (indicato nella

3.7. Modalità degli oneri probatori.

Finora ho parlato pressoché esclusivamente degli oneri probatori principali delle parti del giudizio penale di primo grado, in particolare distinguendoli in oneri analitici e onere sintetico. Sennonché, se si vuole prendere sul serio la dinamica dell'istruttoria dibattimentale, ossia la continua trasformazione del quadro probatorio che si verifica nel suo corso, grazie all'assunzione di nuove prove, bisogna riconoscere che, accanto a tali oneri *principali*, ve ne sono altri, *sussidiari*, che entrano in gioco una volta che la parte onerata dei primi abbia adempiuto al proprio compito.

Più precisamente, all'inizio del processo, fino a che nessun dato probatorio sia emerso a favore o contro l'esistenza di un elemento accusatorio o di un elemento difensivo, il p.m. è onerato *primario* della prova dell'esistenza degli elementi accusatori, se positivi, o della loro inesistenza, se negativi. Nel corso del processo, non appena il complesso degli elementi accusatori offra una conferma adeguata dell'ipotesi del p.m., sia pure in via provvisoria, l'imputato diviene, innanzitutto, onerato *primario* di un principio di prova dell'esistenza degli elementi difensivi, tutti negativi. Gli oneri primari incombono, dunque, sulla parte tenuta in origine alla prova (in senso stretto o principio di prova) di un elemento accusatorio o di un elemento difensivo. Essi sorgono all'inizio o nel corso del dibattimento e permangono fin quando non emergano in qualche modo dati capaci di provare l'ipotesi dello stesso onerato primario, ma possono risorgere in seguito, se sopraggiungono altri dati capaci di neutralizzare la forza probatoria dei primi. In altri termini, gli oneri probatori primari sorgono e risorgono a carico delle rispettive parti, in un gioco destinato a protrarsi fino a che, con la chiusura del dibattimento, viene meno, in linea di massima e nel relativo grado di giudizio, la possibilità di rimettere in discussione i risultati probatori raggiunti. Così, ad esempio, posto che il p.m. deve provare, tra l'altro, l'esistenza della condotta ascritta all'imputato, egli deve, innanzitutto, impegnarsi per ottenere una conferma adeguata in tal senso producendo dati idonei; in secondo luogo, se la forza probatoria di tali dati viene vanificata da altri sopraggiunti, il p.m. deve impegnarsi per ricavare dalle fonti ancora da esaminare nuovi dati capaci di riabilitare la capacità di conferma di quelli emersi in origine.

D'altro canto, una volta che la prova o il principio di prova cui l'onerato primario era tenuto in origine sia in qualche modo emerso, l'altra parte, da un lato, diviene onerato *secondario*, avendo il compito di neutralizzare l'adeguata conferma o, rispettivamente, il

nt. 97) di sostegno di probabilità in misura superiore al 50% (ossia corrispondente al canone "più probabile che non" tipico del processo civile). Ne deriva, innanzitutto, che, quando parlo di "principio di prova" (o di "principio di conferma") da parte dell'imputato, mi riferisco a una situazione in cui egli offre dati capaci, se non di confermare la sua ipotesi relativa alla esistenza degli elementi difensivi o all'inesistenza di quelli accusatori, almeno di giustificare in concreto la supponibilità di tale esistenza o inesistenza, cioè di far apparire l'una o l'altra, non più come qualcosa di astrattamente asserito da lui, bensì di concretamente ipotizzabile da chiunque. In secondo luogo, ne deriva che, per l'imputato, a differenza che per il p.m., si può parlare indifferentemente di "principio di prova" o di "principio di conferma", mentre "principio di conferma adeguata" suonerebbe pleonastico.

dubbio ingenerato dall'onerato primario, dall'altro, permane in questa condizione fin quando non sopraggiungano, anche per merito altrui, dati effettivamente dotati di tale efficacia neutralizzante. Nondimeno, esattamente come gli oneri primari, anche quelli secondari possono risorgere e permanere fino alla chiusura del dibattimento, allorché, con l'esaurimento dell'attività di assunzione delle prove, si determinerà o il definitivo consolidamento del risultato probatorio raggiunto dall'onerato primario o, a seconda dei casi, il definitivo superamento di esso a favore dell'onerato secondario. Così, volendo fare anche qui un esempio, l'imputato, una volta che siano emersi dati capaci di provare l'esistenza degli elementi accusatori, se positivi, e la loro inesistenza, se negativi, diviene non solo onerato primario rispetto agli elementi difensivi, ma anche onerato secondario rispetto a quelli accusatori. Sotto quest'ultimo profilo, egli deve, cioè, impegnarsi per far emergere un principio di prova dell'inesistenza di quelli positivi e dell'esistenza di quelli negativi¹⁴⁰; in secondo luogo, se la forza probatoria dei dati così prodotti viene vanificata da altri sopraggiunti, anch'egli deve cercare di trarre dalle fonti esaminande nuove risultanze utili per la riabilitazione della forza probatoria dei primi.

Alla luce di tutto ciò, è dunque evidente che le due parti del processo penale sono chiamate a ricoprire entrambi i ruoli di onerato primario e di onerato secondario, nonché ad alternarsi di continuo nel loro rispettivo svolgimento, a seconda delle sopravvenienze probatorie del dibattimento, che determinano il compito di turno (prova/principio di prova dell'esistenza/inesistenza degli elementi accusatori/difensivi, positivi/negativi). Questo complesso movimento, situato a metà strada tra una dialettica (per i fini di giustizia cui *dovrebbe* servire) e una tattica (per i fini strategici che entrambe le parti *possono di fatto* perseguire, non necessariamente convergenti con quelli di giustizia), costituisce la dinamica tipica della fase dibattimentale.

3.8. Disciplina codicistica degli oneri probatori primari e principi costituzionali del giudizio penale.

Dopo aver illustrato le regole sugli oneri probatori primari ricavabili dalle norme di giudizio stabilite dagli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p., e dopo aver specificato le condizioni, le quantità e le modalità dei relativi oneri, si tratta di capire se le stesse regole siano compatibili con i principi costituzionali del giudizio penale. Mi riferisco, in particolare, alla presunzione di innocenza, al diritto di difesa e al principio del giusto processo con tutti i suoi corollari.

A ben vedere, tale compatibilità si dà sempre:

A) la regola ricavabile dall'art. 529, comma 2, c.p.p., che stabilisce l'onere del p.m. di provare l'esistenza delle *condizioni di procedibilità in senso lato*, se positive, e la loro inesistenza, se negative, riguarda elementi meramente processuali¹⁴¹. Pertanto, qui la presunzione di innocenza è alquanto inconfidente, mentre il diritto di difesa e il principio del giusto processo hanno valore neutro, dato che, almeno di regola, la

¹⁴⁰ Cfr. § 3.6.

¹⁴¹ Cfr. § 3.3.1.

difficoltà della prova da parte del p.m. è pressoché pari a quella della prova contraria da parte dell'imputato. Ne deriva, in ultima analisi, che la scelta codicistica in esame è frutto di una decisione del legislatore libera da vincoli costituzionali, che potrebbe essere tanto conservata quanto ribaltata.

B) la regola ricavabile dall'art. 530, comma 2, c.p.p., che stabilisce l'onere del p.m. di provare l'esistenza degli *elementi positivi del fatto tipico*, della *sua ascrivibilità all'imputato*, del *dolo o della colpa*, dell'*imputabilità*, nonché l'inesistenza degli *elementi negativi dello stesso fatto*, riguarda elementi non solo sostanziali, ma anche appartenenti alla struttura del reato come fatto tipico, antiggiuridico e colpevole¹⁴². Pertanto, qui la presunzione di innocenza, così come gli altri principi costituzionali del giudizio penale sono conferenti. Essi, inoltre, risultano rispettati, in quanto esigono un vantaggio probatorio per l'imputato che, sul presente terreno, si traduce nel suddetto onere della prova a carico del p.m.

Discorso in parte diverso va fatto per la regola ricavabile dall'art. 530, comma 2, c.p.p., che stabilisce l'onere del p.m. di provare l'esistenza delle *condizioni obiettive di punibilità intrinseche*, nonché per l'applicazione analogica del principio "*onus probandi incumbit ei qui dicit*", che comporta l'onere dello stesso p.m. di provare l'esistenza delle *condizioni obiettive di punibilità estrinseche*¹⁴³. Nel primo, caso, trattandosi di elementi che concorrono a delineare l'offensività del reato, dunque sostanzialmente appartenenti alla sua struttura, la presunzione di innocenza e gli altri principi costituzionali del giudizio penale sono vincolanti e pienamente rispettati. Nel secondo, trattandosi di elementi che non presentano le suddette caratteristiche, tutti questi precetti sono parimenti rispettati, ma non sono vincolanti, sicché la soluzione proposta, basata sull'applicazione analogica del suddetto principio, potrebbe essere superata teoricamente o esclusa legislativamente senza soverchie difficoltà.

C) la regola ricavabile dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p., che stabilisce l'onere dell'imputato di fornire un principio di prova dell'esistenza delle *cause di giustificazione*, nonché l'applicazione analogica di tale regola, che comporta un simile onere rispetto alle *cause di esclusione della colpevolezza* (cause tipiche di esclusione dell'imputabilità, errore sul fatto, ignoranza inevitabile della legge penale, scusanti tipiche), riguardano elementi che appartengono alla struttura del reato¹⁴⁴. Pertanto, si potrebbe ritenere che almeno la presunzione di innocenza vincoli il legislatore a prevedere l'opposta regola dell'onere del p.m. di provare la loro inesistenza¹⁴⁵. Sennonché, questo modo di ragionare non tiene conto della logica del bilanciamento tipica dello Stato costituzionale. In quest'ultima prospettiva, la materia dell'onere della prova nel giudizio penale deve essere disciplinata tenendo conto di tutti gli interessi che coinvolge. Tra tali interessi rientrano non solo quelli dell'imputato a essere presunto innocente fino a condanna definitiva, a

¹⁴² Cfr. § 3.3.2.

¹⁴³ Cfr. § 3.3.3.

¹⁴⁴ Cfr. § 3.3.3.

¹⁴⁵ In tal senso, come visto, si pronunciarono autori come Bettioli sotto il vigore del c.p.p. del 1930 e prima dell'avvento della Carta costituzionale, dunque in base al principio "*in dubio pro reo*", stante l'assenza di una disposizione come l'attuale art. 530, comma 2, II parte, c.p.p. (cfr. § 2.2.3).

potersi difendere effettivamente e a godere delle condizioni di un giusto processo (contraddittorio, ragionevole durata ecc.)¹⁴⁶, ma anche gli interessi dei consociati alla ricostruzione dei fatti di causa e alla punizione dell'eventuale colpevole non ostacolata da pretese irragionevoli. Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo che emerge la compatibilità della regola in esame con i principi fondamentali del giudizio penale: la pretesa che sia il p.m. a dover fornire la prova dell'inesistenza di ciascuna delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza appare ingiustificata, poiché si tratta di fatti che giovano all'imputato e di cui questi può in genere dimostrare più facilmente l'esistenza. Per contro, la regola ricavabile dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p. realizza l'ottimale contemperamento degli interessi in gioco. Essa evita, sì, l'irragionevolezza di un accollo al p.m. della prova dell'inesistenza di tutte le cause in esame, ma, al contempo, assicura pure all'imputato un certo vantaggio probatorio, consentendogli di ottenere l'agognato esito assolutorio attraverso un mero principio di prova della loro esistenza.

Diverso discorso va fatto per la regola ricavabile dall'art. 530, comma 3, II parte, c.p.p., che stabilisce l'onere dell'imputato di fornire un principio di prova dell'esistenza delle *cause personali di non punibilità*, nonché per l'applicazione analogica di tale regola, che comporta un simile onere rispetto alle *cause oggettive di non punibilità*¹⁴⁷. In effetti l'estraneità di entrambe alla struttura del reato lascia fuori gioco la presunzione di innocenza e gli altri principi fondamentali del processo penale. Pertanto, il mancato accollo al p.m. dell'onere di provare in via primaria la loro inesistenza non può far sorgere alcun problema di legittimità costituzionale.

D) la regola ricavabile dall'art. 531, comma 2, c.p.p., che fissa l'onere dell'imputato di fornire un principio di prova dell'esistenza delle *cause di estinzione del reato*, riguarda elementi estranei alla struttura del reato¹⁴⁸. Pertanto, vale qui un discorso analogo a quello fatto nel punto precedente a proposito delle altre cause di esclusione della punibilità (cause personali e cause oggettive di non punibilità): la regola in esame, sebbene non avvantaggi l'imputato, realizza un ragionevole contemperamento tra tutti gli interessi coinvolti nel processo penale.

E) la regola ricavabile dall'art. 533, comma 1, I parte, c.p.p., che prescrive al p.m. di provare l'esistenza degli elementi accusatori, se positivi, o la loro inesistenza, se negativi, nonché, qualora siano emersi dubbi sull'inesistenza degli elementi difensivi, di provare tale inesistenza, riguarda, in parte, elementi che compongono il reato, in altra parte, elementi estranei alla sua struttura¹⁴⁹. Essa è rispettosa dei principi costituzionali del giudizio penale, perché non fa altro che portare a compimento, in una prospettiva olistica, le garanzie stabilite dalle altre regole di riparto per i singoli elementi accusatori e difensivi. Anzi, come visto nel corso del suo esame, collegandosi a queste regole, quella in esame amplia la portata del canone garantistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio ben oltre la dimensione del reato come fatto tipico, antiggiuridico e colpevole.

¹⁴⁶ Sul punto, per tutti, cfr. P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012.

¹⁴⁷ Cfr. § 3.3.3.

¹⁴⁸ Cfr. § 3.3.4.

¹⁴⁹ Cfr. § 3.3.5.

4. Riepilogo.

Il diritto non è costituito soltanto da imperativi, ma da ogni regola della condotta umana finalizzata alla parità di trattamento dei fatti eguali e alla disparità di quelli diseguali.

Tra le regole giuridiche rientrano anche quelle c.d. finali, che indicano ai loro destinatari cosa devono fare, se vogliono conseguire un certo risultato, consistente nella costituzione, modificazione o estinzione di situazioni soggettive o di *status*, e hanno perciò carattere ipotetico-volitivo-precettivo. Regole finali sono, in particolare, quelle che ripartiscono gli oneri probatori tra le parti dei vari tipi di processo. Esse, infatti, indicano loro quali iniziative probatorie (ammissione all'inizio, assunzione durante e valorizzazione al termine) devono prendere nella fase del giudizio, se vogliono generare o, all'opposto, precludere il dovere del giudice di adottare certe pronunce (di proscioglimento o di condanna). Tali regole compongono, cioè, la bussola delle parti nella fase dell'istruttoria.

Le regole (finali) sugli oneri probatori delle parti variano, peraltro, a seconda del tipo di processo considerato. In estrema sintesi e con riguardo al nostro ordinamento e ai sistemi consimili, mentre le regole vigenti nel processo civile e in quello amministrativo sono stabilite direttamente dalla legge, le regole vigenti nel processo penale e in quello tributario si ricavano dalle norme di giudizio, che prescrivono al giudice le pronunce da adottare nel concorso di certe condizioni. Per quanto riguarda, in particolare, il nostro processo penale, vengono in rilievo le norme di giudizio stabilite dagli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p., dalle quali sono desumibili regole sugli oneri probatori del p.m. e dell'imputato (nonché delle altre parti private).

Contrariamente a quanto si ritiene di solito, tali regole codicistiche non sono incentrate sulla distinzione elementi costitutivi-elementi impeditivi/estintivi della punibilità, né su quella elementi costitutivi-elementi non costitutivi del reato, bensì sulla distinzione tra elementi accusatori ed elementi difensivi, che ho qui proposto di introdurre. In sostanza, il legislatore del 1988, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha collegato all'onere probatorio della pubblica accusa alcuni elementi, e all'onere probatorio della difesa altri elementi.

Più precisamente, per gli *elementi accusatori* (condizioni di procedibilità in senso lato positive e negative, elementi positivi e negativi del fatto tipico, sua ascrivibilità all'imputato, dolo/colpa, imputabilità, condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche) è fissata la regola per cui è il p.m. che deve fornire la prova della loro esistenza (elementi positivi) o della loro inesistenza (elementi negativi). Se viene fornita tale prova, nonché, nel caso sia sorto un dubbio sull'inesistenza degli elementi difensivi, quella di tale inesistenza, il giudice deve condannare l'imputato; altrimenti deve assolverlo. Per gli *elementi difensivi* (elementi negativi dell'antigiuridicità o cause di giustificazione, elementi negativi della colpevolezza – cause tipiche di esclusione dell'imputabilità, errore sul fatto, ignoranza inevitabile della legge penale, scusanti tipiche – ed elementi negativi della punibilità – cause personali di non punibilità, cause

oggettive di non punibilità e cause di estinzione del reato –), vale invece la regola per cui è l'imputato che deve fornire un principio di prova della loro esistenza. Se tale principio di prova viene fornito, il giudice deve assolvere l'imputato; altrimenti, ricorrendo le condizioni dell'art. 533 c.p.p., deve condannarlo.

Infine, tutte queste regole risultano pienamente congruenti o perlomeno compatibili con i principi costituzionali del giudizio penale, a cominciare dalla presunzione di innocenza (art. 27, comma 2), passando per il diritto di difesa (art. 24, comma 2), fino ad arrivare al principio del giusto processo con le sue articolazioni (art. 111, commi 1-5). L'armonia poggia su ragioni diverse a seconda dei casi. Per alcuni elementi costitutivi del reato come fatto tipico, antigiuridico e colpevole (es.: fatto tipico), poggia sul fatto che sono collegati all'onere probatorio del p.m., dunque sono pienamente rispettosi della presunzione di innocenza. Per gli altri elementi costitutivi del reato (es.: cause di esclusione dell'antigiuridicità o scriminanti), poggia sul fatto che sono connessi a un onere del principio di prova dell'imputato, che costituisce un contemperamento ragionevole tra la suddetta presunzione di innocenza e la pretesa che l'onere della prova incomba sul soggetto più facilitato a fornirla. Per gli elementi esterni alla struttura del reato, infine, bisogna distinguere: per quelli positivi, poggia sul fatto che sono collegati all'onere probatorio del p.m. (es.: condizioni obiettive di punibilità intrinseche); per quelli negativi (es.: cause di esclusione della punibilità), sul fatto che, oltre a essere anch'essi estranei alla presunzione di innocenza, sono collegati all'onere dell'imputato di fornire un mero principio di prova, ossia soggetti a un assetto equilibrato di tutti gli interessi in gioco.