

mento delle medesime (24). È, però, agevole replicare che “a conseguenze altrettanto assurde ma indubbiamente esatte si giunge allorchando la prova” decisiva “sia data da intercettazioni telefoniche tanto inequivocabili al fine della dimostrazione della responsabilità degli indagati quanto inutilizzabili per essere state eseguite in violazione delle disposizioni di legge” (25).

Né, ai fini dell'utilizzabilità delle prove acquisite sul presupposto di una perquisizione illecita, si può distinguere a seconda che tale atto abbia influito o no sulla genuinità dei reperti (26); a parte che, consistendo la perquisizione nella ricerca a sorpresa di prove reali (costituenti corpo del reato o pertinenti al reato), risulta difficile immaginare com'essa possa influire negativamente su detta genuinità, a dover esser presa in considerazione, qui, è la tutela di fondamentali diritti dell'individuo, quali la libertà personale e quella domiciliare. Ciò che conta, ai fini dell'esclusione della valenza probatoria dei risultati illecitamente raggiunti, è il fatto dell'avvenuta violazione di tali situazioni giuridiche soggettive, senza che possa rilevare la bontà o no degli scopi conseguiti.

PAOLO MOSCARINI
Associato di Procedura penale
nell'Università di Siena

INIDADE VI

elitura facoltativa
MAGLIERINI, In tema di onere della prova nel
processo penale, p. 1255-72.

IN TEMA DI ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE

Sommario: 1. Premessa. — 2. Il fondamento normativo dell'onere della prova: la presunzione di innocenza. — 3. La configurazione teorica dell'onere della prova. — 4. Il dibattito dottrinale vigente il codice di procedura penale del 1930. — 5. I principi fondamentali del codice di procedura penale del 1988. — 6. L'onere della prova in senso formale. — 7. L'onere della prova in senso sostanziale.

1. *Premessa.* — Negli ultimi anni il tema dell'onere della prova nel processo penale è oggetto di un rinnovato e crescente interesse scientifico. Se vigente il codice di procedura penale del 1930 prevaleva in dottrina l'opinione che negava la configurabilità dell'onere della prova nel processo penale, l'entrata in vigore del codice del 1988 ha dato inizio ad un graduale ripensamento della problematica alla luce del mutato quadro normativo di riferimento.

Mentre qualche autore (1) nega ogni e qualsiasi rilievo al principio dell'onere della prova, altri studiosi (2) ravvisano in varie norme del codice del 1988 sicuri riferimenti che ne attestano l'esistenza, esistenza strettamente collegata al riconoscimento del « diritto alla prova » delle parti ed alla conseguente loro responsabilizzazione.

A chi individua nell'onere della prova un onere esclusivamente formale di indicazione e produzione dei mezzi di prova, che « non fissa, in quanto tale, alcuna regola di giudizio, improntata al rischio della prova mancata » (3), si contrappone l'opinione secondo cui « ogni processo... pone questioni sul rischio della prova mancata, indipendentemente dai meccanismi istruttori » (4).

(1) G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 98 s. Secondo l'Autore si tratta soltanto di « una formula evocativa, eco di un dibattito ormai spento riguardante un problema che, in ambito penale, sembra avere perso gran parte del suo fascino » (p. 100).

(2) E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, vol. I, Milano, 1989, p. XXXVII s.; P. P. PAULISU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 687.

(3) Così D. SIRACUSANO, *Prova (III nel nuovo codice di procedura penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 6.

(4) Così F. CORDERO, *Procedura penale*, 3^a ed., Milano, 1995, p. 845. L'Autore os-

(24) CORDERO, *Procedura*, cit., ed. 1995, 722.

(25) Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, 2^a ed., Ristampa aggiornata al settembre 1997, Torino, 1997, 236.

(26) GALANTINI, *op. cit.*, 220.

Occorre quindi verificare in concreto, con riferimento alla normativa vigente, l'esistenza e l'effettiva portata del principio in ambito processual-penalistico. Nell'affrontare la questione è necessario assumere quale punto di partenza il dettato dell'art. 27, comma 2, della Costituzione, che costituisce il principale fondamento normativo dell'onere della prova.

2. *Il fondamento normativo dell'onere della prova: la presunzione di innocenza.* — L'art. 27, comma 2, della Costituzione afferma che « l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva ». Come è noto, il Costituente ha accolto una formulazione « in negativo », in luogo di quella tradizionale (5) secondo cui l'imputato è presunto innocente, per sottolineare la compatibilità costituzionale della custodia cautelare prima della sentenza irrevocabile di condanna (6). Ciò ha fatto sì che in dottrina si manifestassero opinioni divergenti in ordine all'effettivo significato del principio costituzionale.

Alcuni studiosi (7) hanno sostenuto che la formula adottata non esprime alcuna presunzione di innocenza e hanno ridimensionato la portata del principio, intendendola come la semplice constatazione della situazione « neutrale » dell'imputato nel corso del processo, non considerato colpevole, ma neppure innocente. La Corte costituzionale (8) ha aderito a questa interpretazione riduttiva, escludendo che l'art. 27, comma 2, Cost. abbia previsto una presunzione di innocenza, dal momento che durante il processo non esiste un colpevole né un innocente, ma soltanto un imputato.

Secondo tale indirizzo, dunque, la condizione di « non colpevole »

serva che « esiste onere-probatorio anche dove lo spettro cognitivo abbia la massima estensione, essendo acquisibile *ope iudicis* ogni materiale ».

(5) La formulazione « in positivo » era adottata già nell'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino approvata dall'Assemblea costituente francese nel 1789.

(6) Secondo A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p. 474, la norma porta « i segni della battaglia fra i fautori e gli oppositori della presunzione di innocenza dell'accusato ».

Per un approfondito esame dei lavori dell'Assemblea costituente v. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 20 s. e O. DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 232 s.

(7) V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, 4^a ed., Torino, 1952, p. 202 s.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. IV, Torino, 1958, p. 178; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 476-477.

Recentemente è stato sostenuto che « l'art. 27 comma 2 Cost. pone un principio, non una presunzione » e che, « ad osservarlo con un certo disincanto, quel principio si rivela — ad un tempo — del tutto ovvio e del tutto assurdo ». Così F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 228 s.

(8) C. cost., sent. 22 giugno-6 luglio 1972, n. 124, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1325.

non si identificherebbe con quella di « innocente », con il rischio, però, di privare la norma costituzionale di qualsiasi effetto giuridico (9).

Un'altra corrente dottrinale (10) ha invece affermato l'equivalenza delle due formule, superando la dicotomia « innocenza »-« non colpevolezza », scarsamente plausibile sia dal punto di vista semantico sia sotto il profilo squisitamente logico (11). Le due espressioni costituiscono infatti semplici varianti lessicali del medesimo concetto (12): negare la colpevolezza non può significare altro che riconoscere l'innocenza.

Quest'ultima interpretazione del precetto costituzionale trova autorevole conforto nella formulazione del medesimo principio nelle carte internazionali sui diritti dell'uomo ratificate dall'Italia. L'art. 6 n. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (13) e l'art. 14 n. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (14) affermano in positivo la presunzione di innocenza. Quale che sia la loro collocazione nella gerarchia delle fonti, è certo che tali norme, essendo state ratificate dal nostro Paese, risultano fonti di diritto interno, comportando il recepimento, quanto meno con efficacia di legge ordinaria, della presunzione di innocenza (15).

Secondo l'opinione più diffusa, nella presunzione prevista dall'art. 27, comma 2, Cost. è possibile cogliere un duplice significato: una regola di trattamento dell'imputato e una regola probatoria o di giudizio, strettamente collegate dal punto di vista logico (16).

Sotto il primo profilo, la norma costituzionale vieta di assimilare

(9) Cfr. A. MALINVERNI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. III, Torino, 1969, p. 16.

(10) G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1956, p. 116; M. PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche*, in *Foro it.*, 1967, V, c. 77; A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 474.

(11) Cfr. G. ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1-2. V. pure P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 673.

(12) Cfr. M. PISANI, *L'assoluzione*, cit., c. 77.

(13) « Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata ».

(14) « Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente ».

(15) Cfr. M. CHIAVVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 51; A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 474; G. ILLUMINATI, *Presunzione*, cit., p. 2.

Recentemente la Corte costituzionale ha affermato che le norme della Convenzione europea e del Patto internazionale « sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione », ma sono « insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria » (C. cost., sent. 12-19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, p. 52).

(16) Cfr. G. ILLUMINATI, *Presunzione*, cit., p. 2.

l'imputato al condannato e conseguentemente di limitare, nel corso del processo, la sua libertà personale con finalità di anticipazione della pena.

Sotto il secondo profilo, presumere l'innocenza dell'imputato equivale ad affermare che egli non è tenuto a dimostrare la sua innocenza, ma spetta all'accusa dare la prova della sua responsabilità: « per giungere alla condanna occorre provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, il contrario di quanto è garantito dalla presunzione costituzionale » (17).

Nonostante l'apparente ovvietà di quest'ultimo corollario (18), vedremo in prosieguo (19) quante opposizioni abbia incontrato l'affermazione di una regola di giudizio che ponga l'onere della prova a carico dell'accusa.

3. *La configurazione teorica dell'onere della prova.* — L'onere di provare un fatto in un processo si risolve essenzialmente nell'onere di convincere il giudice dell'esistenza del fatto stesso (20). Il momento in cui viene fornita la prova del fatto, tuttavia, di regola non coincide con quello in cui il giudice si convince dell'esistenza o meno dello stesso, giacché il suo convincimento è conseguente alla valutazione che egli dà delle prove (21). Si tratta di due momenti diversi del procedimento: la fase dell'introduzione delle prove e quella della loro valutazione e della decisione.

Si distingue così dal punto di vista delle parti tra l'onere di introdurre nel processo i mezzi di prova (onere formale, detto anche processuale) e l'onere di convincere il giudice dell'esistenza del fatto affermato (onere sostanziale) (22).

Nel primo caso l'istituto ha funzione di stimolo all'attività processuale delle parti. La parte che allega un fatto, affermandolo come storicamente avvenuto, deve introdurre nel processo elementi di prova idonei a dimostrarne la veridicità. Con ciò non si allude ad un dovere della parte (23), che resta libera di decidere il proprio comportamento processuale, ma si vuole indicare che per essa è « vantaggioso » introdurre i mezzi di prova che consentono di provare i fatti affermati e posti a fon-

damento della propria posizione o, in termini negativi, è « svantaggioso » arrivare al termine del processo senza averli introdotti.

Nel momento della « decisione » l'onere della prova opera, invece, come criterio per l'accertamento dei fatti ignoti, in quanto individua i soggetti che subiscono il pregiudizio derivante dalla mancata prova degli stessi. L'onere sostanziale della prova di un determinato fatto fa dunque carico alla parte a cui la decisione risulterebbe sfavorevole se quel fatto fosse ritenuto non esistente (24).

Tra i due momenti esiste certamente un nesso molto forte. Una regola di giudizio che addossi ad una parte il rischio della mancata prova di un fatto costituisce infatti un forte stimolo per la parte stessa a fornire la prova (25); tale regola responsabilizza le parti a ricercare le fonti ed introdurre i mezzi di prova, a non confidare nel potere suppletivo eventuale del giudice o nell'attività d'ufficio della polizia giudiziaria, non sempre interessata ad accertare tutti i fatti.

Non c'è tuttavia un collegamento necessario, né positivo né negativo (26). Non sussiste infatti un rapporto immediato tra l'assunzione di un mezzo di prova e l'accertamento giudiziale dell'esistenza del fatto né, del resto, tra l'inerzia e la « mancata prova ».

Per un verso l'adempimento dell'onere formale non garantisce affatto una decisione finale favorevole, ma si limita a creare una situazione processuale idonea, nella prospettiva della parte, al conseguimento di tale risultato (27). Si ha infatti la mancata prova di un fatto non solo quando sullo stesso non sono state dedotte o comunque assunte prove, ma anche nel caso in cui gli elementi probatori acquisiti non ne abbiano dimostrato l'esistenza (o non abbiano comunque convinto il giudice).

Sotto altro profilo, se la parte onerata non introduce mezzi di prova è, con ogni probabilità, destinata a soccombere, ma il mancato convincimento del giudice non è una conseguenza diretta né necessaria dell'inadeguata (o addirittura mancante) deduzione probatoria, ben potendo il giudice trarre il suo convincimento anche da mezzi di prova introdotti dalle parti non onerate o acquisiti ex officio (28).

L'onere della prova non comporta che il giudice possa ricavare l'esi-

(17) Così M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.*, 1965, p. 3.
 (18) Cfr. V. Manzini, *Trattato*, cit., vol. III, p. 169, secondo cui « ... è naturale che il così detto onere della prova, cioè il carico di fornire, spetti a chi accusa... ». L'autore subito dopo precisa tuttavia che « 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 » (p. 170).

(19) V. *infra*, § 4.
 (20) Cfr. A. Malinverni, *Principi*, cit., p. 477.
 (21) Cfr. M. Taruffo, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 66.

(22) Cfr. A. Malinverni, *Principi*, cit., pp. 478-479.
 (23) Cfr. F. Cordero, *Procedura*, cit., p. 845.

(24) Cfr. F. Cordero, *Procedura*, cit., p. 846.

(25) « ... sulla regola di giudizio — e sulle aspettative che ne derivano circa il contenuto della decisione — si modellano le iniziative probatorie delle parti ». Così G. Illuminati, *Presunzione*, cit., p. 7.

(26) Cfr. A. Malinverni, *Principi*, cit., p. 478.

(27) Cfr. G. De Stefano, *Onere (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 114.

(28) Cfr. M. Taruffo, *Onere della prova*, cit., pp. 73-74; A. Malinverni, *Principi*, cit., p. 478; F. Cordero, *Procedura*, cit., p. 845 parla al riguardo di « onere imperfetto, perché l'interessato inerte non ha ancora perso ».

stenza di un fatto dalle sole prove fornite dalla parte onerata (29): tutto il materiale probatorio acquisito al processo è globalmente e complessivamente utilizzabile dal giudice per formare il suo convincimento. La soccombenza si verifica soltanto qualora, in sede di decisione finale, il fatto, che la parte afferma esistente, risulti indimostrato.

L'insistenza di un collegamento necessario tra l'osservanza o meno dell'onere di introdurre i mezzi di prova e l'esito finale del processo non fa comunque venir meno la funzione dell'onere sostanziale consistente in uno stimolo all'adempimento dell'onere formale. La parte che ha interesse a che sia fornita la prova di un fatto sa di doversi attivare in tal senso, in quanto l'acquisizione d'ufficio, al pari di quella ad opera delle altre parti, costituisce una mera « eventualità » sulla quale non è possibile fare affidamento. La parte inerte si assume dunque il « rischio » della sua inattività.

4. *Il dibattito dottrinale vigente il codice di procedura penale del 1930.* — Vigente il codice di procedura penale del 1930 larga parte della dottrina (30), pur con diversità di sfumature, negava la possibilità di configurare l'onere della prova nel processo penale.

Il maggior ostacolo veniva ravvisato nella incompatibilità dell'istituto con il modello probatorio delineato dal codice del 1930, imperniato sui principi dell'iniziativa probatoria officiosa e della libera ricerca della verità materiale (31). In tale sistema il giudice aveva il dovere, indipendentemente dalle istanze delle parti, di ricercare, ammettere ed assumere le prove necessarie all'accertamento della verità, mentre le parti stesse non erano titolari di un diritto al compimento di determinate attività istrut-

(29) In senso contrario v. R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, in Riv. dir. civ., 1957, I, p. 399 s., secondo cui « l'onere della prova è incompatibile non solo con la "ricerca" d'ufficio della verità, ma anche con un meccanismo processuale che tenga conto della prova non offerta dall'interessato », in quanto « asserto un onere della prova, il soggetto onerato dovrebbe soccombere tutte le volte in cui la prova medesima non è acquisita per effetto della sua propria attività processuale ». Un fenomeno del genere non è tuttavia riscontrabile negli ordinamenti moderni. Cfr. F. CORDEIRO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 89.

(30) E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, 2^a ed., Torino, 1932, p. 344 s.; GIUS. SABATINI, *Sull'onere della prova nel processo penale*, in Giust. pen., 1952, III, c. 404 s.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 25; R.A. FROSALI, *Sistema penale*, cit., vol. IV, p. 250 s.; G. LEONE, *Trattato*, cit., vol. II, p. 328; G. LOZZI, *Favorei e processo penale*, Milano, 1968, p. 18 s.; A. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, in Enc. dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 661 s. In senso analogo i giudizi dei processualcivili sul codice di procedura penale: v. per tutti G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 228 s.

(31) Cfr. A. MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in Critica pen., 1969, p. 194 s.

rie. Si affermava in dottrina che l'istituto dell'onere della prova presupponeva un « giudice inattivo » (32) e pertanto non era configurabile quando al giudice era attribuita una « facoltà istruttoria suppletiva autonoma » (33).

Tale argomento, fondato su una pretesa libertà illimitata del giudice nella ricerca della verità, poteva tuttavia condurre a negare l'esistenza sostanziale dell'onere formale e non anche di quello sostanziale. La prevalenza dei poteri inquisitori del giudice escludeva l'esistenza in ambito probatorio di un potere dispositivo delle parti, al quale l'onere formale in qualche misura si ricollega, ma non certamente l'operatività di una regola di giudizio sulla decisione del fatto incerto.

Ulteriore fondamento alla tesi dell'inesistenza dell'onere della prova veniva ravvisato nella peculiare posizione del pubblico ministero nel processo. Essendo soggetto pubblico, istituzionalmente obbligato all'osservanza della legge, il pubblico ministero — si affermava — agisce solo per dovere e non per interesse (34), è organo di giustizia e non parte (35). Non si potrebbe dunque parlare di un conflitto di interessi del pubblico ministero con l'imputato (36); in altri termini non sarebbe configurabile una lite, considerata condizione essenziale perché l'onere possa funzionare come meccanismo di stimolo delle parti.

L'assunto appare in realtà privo di consistenza. Si può convenire sul fatto che il pubblico ministero non è un organo necessariamente di accusa (37): perseguendo un interesse pubblico, egli ha, infatti, un obbligo istituzionale di accertare la verità (38), un dovere di correttezza e di lealtà in base al quale deve mirare alla condanna soltanto del colpevole. È tuttavia altrettanto sicuro che il pubblico ministero, nel momento in cui, esercitando l'azione penale, afferma la colpevolezza dell'imputato e ne chiede la condanna, mostra un interesse, sia pure non personale, in contrasto con quello dell'imputato e si assume l'onere di provarne la responsabilità (39).

A ben vedere il motivo più valido per negare l'esistenza dell'onere formale nel sistema processuale del codice del 1930 era il mancato riconoscimento, in concreto, del diritto alla prova.

(32) Così V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. III, p. 169.

(33) E. FLORIAN, *Principi*, cit., p. 345.

(34) F. CARNELUCCI, *Prove civili e prove penali*, in *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padova, 1925, p. 210. Per analoghe considerazioni con riferimento al codice di procedura penale del 1988 v. A. MELCHIONDA, *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in Enc. dir., Agg. Milano, 1997, p. 852.

(35) Contra G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 245.

(36) G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 234.

(37) Cfr. G. CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, 3^a ed., Milano, 1969, p. 96 s.

(38) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 477.

(39) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 476.

Se concettualmente l'onere presuppone che il soggetto onerato abbia la reale possibilità di evitare le conseguenze negative collegate al suo mancato adempimento (40), nel caso in esame le parti dovrebbero avere effettivamente diritto al compimento degli atti processuali che esse reputano necessari. Nel sistema processuale previgente, invece, l'esistenza di un diritto alla prova, fortemente sostenuta ed argomentata dalla dottrina sulla base delle norme costituzionali ed internazionali (41), si traduceva nella prassi giudiziaria in non più di una mera aspettativa. Le parti potevano solamente formulare istanze probatorie che il giudice non era obbligato ad accogliere, avendo ampia discrezionalità tanto sui criteri di ammissione quanto sui tempi e sulle modalità della decisione (42). Da un lato, infatti, le norme facevano costante riferimento al generico parametro della « necessità ai fini dell'accertamento della verità »; dall'altro neppure era garantita una decisione immediata e distinta da quella conclusiva della fase. Il carattere prevalentemente inquisitorio del codice del 1930 ha indotto parte della dottrina (43) a ritenere esistente l'onere della prova nel momento della sola decisione, elaborandone una nozione fondata esclusivamente sulla regola di giudizio, sul rischio della mancata prova.

5. I principi fondamentali del codice di procedura penale del 1988. — Il codice di procedura penale del 1988 ha introdotto importanti innovazioni nella disciplina delle prove, tanto da far parlare di una vera e propria « rifondazione » (44) della materia. Da un lato il procedimento probatorio è stato regolamentato nei momenti fondamentali della ricerca, dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione della prova. Da un altro lato è stato accolto, pur con alcune eccezioni, il principio dispositivo (45); le parti hanno l'onere di ricercare le fonti di prova e di introdurre i mezzi

(40) Cfr. M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 67.

(41) Cfr. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in questa Rivista, 1968, p. 3 s.; M. CHIAVARO, *Processo e garanzie della persona*, 3^a ed., vol. II, Milano, 1984, p. 99 s.

(42) F. CORAI, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, 1975, p. 238 s. in chiave critica individuava i principi regolatori del fenomeno dell'ammissione della prova nel « principio della riserva della prova al giudice », nel « principio della mancanza di autonomia della decisione sull'ammissione » e nel « principio della sussidiarietà dell'intervento delle parti ».

(43) Cfr. G. DELTRAVA, *Il « fatto » nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 140, n. 2; G. BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in questa Rivista, 1936, p. 253 s.

(44) L'espressione è utilizzata da M. NOLLU, *Il « diritto delle prove » ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavaro, vol. II, Torino, 1990, p. 381.

(45) Secondo E. AMOCIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. XXXVII, « il nuovo sistema si caratterizza... come un processo di parti fondato sul principio dispositivo probatorio ».

di prova nel processo, nonché, ove si tratti di dichiarazioni, quello di formulare le domande (46).

La ricerca delle fonti di prova spetta alle parti: in primo luogo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, che nella fase delle indagini preliminari compiono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le investigazioni necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ma anche alla difesa, avendo l'art. 38 disp. att. c.p.p., pur nella sua incompletezza, definitivamente legittimato l'indagine difensiva (47).

Circa l'ammissione delle prove la regola generale, prevista dall'art. 190, comma 1, c.p.p., secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte, comporta un vero e proprio ribaltamento di prospettiva rispetto al modello processuale previgente, basato, come detto, sull'iniziativa officiosa del giudice, alla quale oggi il comma 2 dell'art. 190 riserva invece un ruolo esclusivamente residuale.

L'iniziativa probatoria, precedentemente monopolio del giudice, viene adesso attribuita in via prioritaria alle parti, alle quali è riconosciuto il « diritto alla prova », e cioè il diritto ad ottenere l'ammissione di tutte le prove richieste che non siano vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti. L'art. 190 c.p.p. non si limita infatti all'enumerazione del principio, ma individua gli specifici criteri in base ai quali deve essere accolta la richiesta di ammissione di un mezzo di prova, obbliga il giudice ad una pronuncia immediata sulle richieste delle parti e pone il contraddittorio quale passaggio obbligato per la revoca dei provvedimenti sull'ammissione della prova.

È inoltre significativo che il codice richieda l'attuazione del contraddittorio tra le parti prima di qualsiasi ordinanza che comporti il diniego di acquisizioni probatorie (artt. 190 commi 1 e 3, 495 commi 1 e 4, 603 comma 5) (48).

Anche nel momento dell'assunzione della prova il ruolo primario è svolto dalle parti, che, all'interno dei rispettivi « casi », presentano le proprie prove al giudice nell'ordine che ritengono più opportuno, « senza essere vincolate ad una successione predefinita delle acquisizioni probatorie » (49), e formolano le domande. Al giudice spetta il controllo sull'ammissibilità delle domande.

Rispetto al sistema previgente, dunque, il baricentro si sposta decisa-

(46) Cfr. G. FRUCCO, sub art. 496, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavaro, vol. V, Torino, 1991, p. 199.

(47) Cfr. P. TONINI, sub art. 22, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 296 s.

(48) Cfr. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 14.

(49) A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in *La conoscenza del fatto*, cit., p. 52.

mente dal potere d'ufficio del giudice all'iniziativa delle parti. Così operando, il legislatore mostra una chiara propensione per l'adozione del principio dispositivo (50): la disponibilità della prova è stata ritenuta la tecnica più idonea ad assicurare il contraddittorio ed a garantire la terzietà, anche psichica, del giudice. L'iniziativa probatoria viene affidata alle parti nella consapevolezza che il metodo dialettico e il contraddittorio sono i migliori strumenti per la ricerca e l'accertamento della verità, che emerge meglio dall'attività di parti contrapposte che non dalla solitaria ricerca di un giudice (51).

Il codice di procedura penale del 1988 ha comunque accolto un principio dispositivo « attenuato », in quanto il potere attribuito alle parti non giunge a condizionare irrimediabilmente l'accertamento giudiziale. Terzietà ed imparzialità non significano passività, indifferenza del giudice rispetto alla definizione del processo secondo giustizia (52). L'istruzione non è un « affare delle parti » rispetto al quale il giudice ha funzione nota, di mero arbitro. Quando le parti non abbiano esaurientemente illustrato il *thema probandum* il giudice può infatti intervenire d'ufficio sia formulando domande (art. 506, comma 2) sia assumendo nuovi mezzi di prova (art. 507).

Diversamente da quanto accade nel giudizio civile, il principio dispositivo non si accompagna affatto al potere delle parti di disporre dell'oggetto del processo. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'art. 112 Cost., impedisce di attribuire al pubblico ministero il potere di disporre dell'imputazione. Nemmeno l'imputato può disporre della propria-diritto di libertà, in quanto, a differenza del processo civile, la confessione non ha valore di prova legale.

Nel nostro ordinamento il principio dispositivo non attiene dunque alla tutela giurisdizionale, ma esclusivamente alla tecnica di accertamento del fatto (53) e risulta comunque temperato da alcuni poteri residuali di iniziativa probatoria riservati al giudice.

6. *L'onere della prova in senso formale.* — Il testo del nuovo codice contiene varie norme che attuano il principio del diritto alla prova posto

(50) Cfr. E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 203. Contra A. MELCHIONDA, *Prova in generale* (dir. proc. pen.), cit., p. 853, il quale nega l'esistenza di un « potere dispositivo » in tema di prove.

(51) Cfr. P. FERRUA, *Studi sul processo penale. Il Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 185.

(52) Anche negli ordinamenti di *common law* la cosiddetta « *sporting theory* », che attribuisce al giudice il ruolo di mero « arbitro sportivo » della contesa fra le parti, è stata da tempo superata. Cfr. M. SCARABONE, « *Common law* » e *processo penale*, Milano, 1974, p. 147 s.

(53) Cfr. E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. XL.

dall'art. 190, evidenziando altresì l'esistenza di un onere di iniziativa probatoria delle parti (54).

L'art. 468 c.p.p. pone, a pena di inammissibilità, uno specifico onere di indicazione, che investe determinati mezzi di prova, le relative fonti personali e l'oggetto di prova (55). Tale onere fa carico alle parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici ed è assolto mediante il deposito preventivo di un'apposita lista.

L'art. 493 c.p.p. disciplina l'esposizione introduttiva ponendo a carico delle parti l'onere di indicare i fatti che intendono provare, in relazione ai quali il giudice valuta la non manifesta irrilevanza (56), e di richiedere l'ammissione dei mezzi di prova. Il sistema è tendenzialmente ispirato al principio della contestualità della deduzione probatoria: le parti devono formulare tutte le loro istanze istruttorie nell'esposizione introduttiva e il giudice con l'ordinanza di ammissione determina il contenuto dei « casi » (57). L'esposizione introduttiva è articolata in modo da riservare l'esordio al pubblico ministero, che uscirà « allo scoperto per sottoporre al giudice ed alla controparte la trama della sua ipotesi accusatoria » (58), mentre l'ultima parola spetta alla difesa dell'imputato.

L'art. 496 c.p.p. prevede la stessa scansione temporale per l'istruzione dibattimentale, che inizia dunque con le prove richieste dal pubblico ministero (59) e si conclude con quelle della difesa. Le parti devono precisare l'ordine di assunzione dei mezzi di prova all'interno dei rispettivi « casi » (60).

Emblematica appare la differenza rispetto al codice del 1930, in base al quale prima di iniziare l'assunzione delle prove si procedeva all'interro-

(54) Cfr. P. TONINI, *L'attività di investigazione privata nel nuovo processo penale*, in *L'investigazione privata nel nuovo processo penale*, a cura di P. Tonini, Padova, 1990, p. 253 s.; v. anche P.P. PAULESU, *Presunzione*, cit., p. 685 s.

(55) Cfr. A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale*, cit., p. 52 s.

(56) Come osserva A. AVANZINI, *I limiti dell'esposizione introduttiva e il controllo del giudice*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 3, p. 361, « l'indicazione dei fatti rappresenta la soglia minima e necessaria, al disotto della quale non sarebbe assolto l'onere di definizione dell'oggetto dei mezzi di prova richiesti ».

(57) Cfr. G. FRICO, sub art. 496, cit., pp. 207-208.

Nel processo di *common law* la difesa può invece attendere l'esito del caso *for the prosecution* prima di decidere se aprire o meno il proprio caso (*case for the defence*) e quali prove introdurre. Cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, p. 141.

(58) E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, cit., p. 198.

(59) Secondo G. FRICO, sub art. 496, cit., p. 208 « la precedenza al "caso" dell'accusa corrisponde all'onere probatorio, che appunto al pubblico ministero compete e che discende dalla presunzione di innocenza dell'imputato ».

(60) Il diritto della parte di stabilire liberamente l'ordine interno del proprio « caso » ha il suo referente testuale... nel 1° comma dell'art. 497, che, pur riferendosi solo all'ordine dei testimoni, altro non è se non l'espressione di una regola generale discendente dalla logica del sistema dei « casi ». Così G. FRICO, sub art. 496, cit., p. 209.

gatorio dell'imputato, che veniva « invitato a indicare le sue disci- »
 (art. 441 c.p.p. 1930).

L'art. 507 c.p.p. concretizza, invece, il disposto del comma 2 dell'art. 190, prevedendo una deroga alla regola generale secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte: « terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova ».

In ordine ai limiti di operatività della norma in esame sono emersi, sia in dottrina sia in giurisprudenza, forti contrasti interpretativi (61), risolti poi da un intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione (62) e da una successiva sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale (63). Nell'interpretazione dei supremi organi giurisdizionali il potere officioso del giudice concerne tutte le prove comunque non precedentemente assunte, comprese quelle che le parti non hanno tempestivamente dedotto, ed anche in assenza di qualsiasi precedente acquisizione probatoria, a condizione che esse risultino dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva (64). È pure necessario che le parti siano poste in condizione di ottenere l'ammissione delle eventuali prove contrarie (65).

Di fronte a tali riferimenti normativi non sembra possibile negare l'esistenza di un onere di iniziativa probatoria delle parti semplicemente richiamandosi ad una pretesa libertà del giudice di procedere all'accertamento della « verità materiale ».

In realtà la contrapposizione tra verità materiale e verità formale, ritenute tipiche l'una del processo penale e l'altra del giudizio civile, appare arbitraria se non addirittura fuorviante (66).

Ogni processo, pur nella diversità dei mezzi di accertamento, aspira alla ricerca ed all'accertamento della verità, di una verità tendenzialmente

(61) Per una sintetica esposizione delle tesi contrapposte v. F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286.

(62) *Cass.*, Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280.

(63) *Corte cost.*, sent. 24-26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901.

(64) Il requisito dell'assoluta necessità « può dirsi esistente... in quanto il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua assunzione appaia decisiva ». *Così Cass.*, Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., p. 284.

(65) « ... all'ammissione di una prova nuova ai sensi dell'art. 507 il giudice non potrebbe non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie ». *Così Cass.*, Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., p. 284.

Diversamente verrebbe violato il diritto alla controprova, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. In tal senso v. P. FERRUVA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in questa Rivista, 1994, pp. 1070-1071.

(66) La netta contrapposizione tra verità materiale e verità formale era sostenuta da V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1932, pp. 184-185.

oggettiva, « presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto » (67).

Nessun modello probatorio garantisce, tuttavia, l'effettivo accertamento della verità reale. Il fatto non può essere constatato, in quanto appartiene ad un passato non riproducibile sperimentalmente (68); il giudice infatti « ricostruisce un passato che fu reale sulla base... dei fatti probatori del presente » (69).

All'inizio del processo il fatto non è certo, ma ignoto, e deve pertanto essere ricostruito dal giudice secondo le regole che disciplinano il procedimento probatorio (70), utilizzando gli strumenti di convincimento previsti dalla legge (71). Data l'importanza dell'accertamento dei fatti, momento essenziale per l'applicazione del diritto al caso concreto, è infatti inevitabile un intervento legislativo che disciplini le modalità di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova (72), in modo da permettere la ricostruzione più attendibile possibile del fatto storico.

Parte della dottrina (73) nega peraltro l'esistenza dell'onere della prova, rilevando che la Corte costituzionale ha affermato che il principio dispositivo in materia di prova « non trova riscontro né nei principi della legge delega né nel tessuto normativo concretamente disegnato dal codice » (74) e che l'art. 507 c.p.p., così come interpretato dalle Sezioni unite e dalla Consulta, consente al giudice di assumere d'ufficio anche mezzi di prova dai quali le parti siano decadute.

Come già osservato (75), tuttavia, l'onere della prova non comporta che il giudice debba convincersi dell'esistenza di un fatto sulla base dei soli mezzi di prova introdotti dalla parte onerata, ben potendo egli trarre elementi di prova anche da quelli introdotti dalle altre parti o assunti d'ufficio (76).

(67) G. UBERTS, *La prova penale*, cit., p. 7.

(68) Cfr. E. FASSONE, *Dalla « certezza » all'« ipotesi preferibile »: un metodo per la valutazione*, in questa Rivista, 1995, p. 1109.

(69) *Così P. Ferruva*, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1078.

(70) « La prova consiste in un fatto noto da cui si desume l'esistenza di un altro fatto, ignorato e che si vuole accertare ». A. MALINVERNI, *La sentenza di non luogo a procedere ed i problemi della prova*, in *Giur. pen.*, 1992, III, c. 194.

(71) Si parla in dottrina di « verità giudiziale ». Cfr. G. UBERTS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 129; L.P. COMOGGIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in questa Rivista, 1990, p. 131.

(72) Cfr. G. UBERTS, *La ricerca della verità*, cit., p. 16.

(73) E. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2942; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, p. 264; L. MARAFIOTTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in questa Rivista, 1993, p. 842 s.; G. UBERTS, *La prova penale*, cit., p. 98 s.

(74) *Corte cost.*, sent. n. 111 del 1993, cit., p. 916.

(75) *V. supra*, § 3.

(76) Cfr. P. FERRUVA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1072, se-

Del resto l'interpretazione estensiva dell'art. 507 c.p.p. non appare tale da sconvolgere il modello probatorio delineato dal codice del 1988, che resta ispirato ad un principio dispositivo « attenuato ». Infatti è assicurata la priorità dell'iniziativa delle parti in quanto il giudice può esercitare il potere d'ufficio solo quando si è conclusa l'attività probatoria delle parti, se vi è stata (77). L'ambito di operatività del potere d'ufficio del giudice risulta così inversamente proporzionale alla professionalità delle parti (78) che, esercitando correttamente il loro diritto alla prova, limitano fino ad escluderla la possibilità di intervento *ex officio* del giudice. Il giudice non può « avvalersi dell'art. 507 per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione » (79). La condizione della rilevanza *ex actis* del mezzo di prova da assumere e della sua decisività appare idonea ad « evitare incontrollabili iniziative giudiziarie » (80).

L'art. 507 c.p.p. non individua un potere di autonoma investigazione del giudice dibattimentale, che non può « impegnarsi nell'accertamento di fatti e circostanze diversi da quelli dedotti nell'imputazione dal pubblico ministero » (81).

Si tratta dunque di un'iniziativa probatoria suppletiva, complementare, cronologicamente successiva all'eventuale attività delle parti, subordinata ad una situazione di necessità, ad un'istruzione dibattimentale non esauriente, quando dagli atti emergano tematiche non sondate o non sufficientemente approfondite.

Pertanto l'interpretazione estensiva dell'art. 507 non comporta l'insussistenza a carico delle parti dell'onere formale di introdurre i mezzi di prova idonei a dimostrare i fatti allegati. Tanto l'assolvimento quanto il mancato assolvimento di tale onere ha rilevanza giuridica.

Alla parte che richiede l'ammissione dei mezzi di prova osservando le formalità ed i termini previsti nel codice, e così adempie l'onere della prova formale, è assicurato il conseguimento di un risultato giuridica-

condo cui « non è possibile... emulare dall'art. 27, 2° comma, Cost. un diritto dell'imputato ad esigere che le prove a carico siano fornite esclusivamente dall'accusatore o comunque dalle parti ».

(77) La locuzione « terminata l'acquisizione delle prove » indica « il momento iniziale... e non il presupposto per l'esercizio del potere del giudice ». Così Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., p. 285.

(78) G. ICHINO, *Il giudice del dibattimento e la formazione della prova*, in *Quaderni C.S.M.*, 1989, n. 27, vol. I, p. 501; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1073.

(79) Così Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., p. 284.

(80) D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPALA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1994, p. 380.

(81) Così si esprime la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G. U., suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, p. 60.

mente rilevante: l'ammissione dei mezzi di prova richiesti che non siano vietati dalla legge, manifestamente superflui o irrilevanti (82) e quindi l'assunzione delle prove ritenute idonee a convincere il giudice.

La parte « inadempiente » subisce invece un immediato pregiudizio, consistente nella perdita del diritto all'acquisizione probatoria. Essa può ancora chiedere al giudice di esercitare il potere previsto dall'art. 507 c.p.p., ma questi non è obbligato a disporre l'assunzione delle prove: l'esito positivo della sollecitazione è subordinato al requisito dell'assoluta necessità ai fini della decisione, al fatto che il giudice ritenga l'istruzione non esauriente. Il mancato adempimento dell'onere formale fa sì che il diritto della parte all'ammissione di tutte le prove che non siano vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti si affievolisca in una « ben diversa facoltà di istanza — di "supplica", si potrebbe quasi dire — il cui sbocco positivo è tutt'altro che sicuro » (83).

7. *L'onere della prova in senso sostanziale.* — La presunzione di innocenza dell'accusato costituisce un principio fondamentale del nostro ordinamento al quale si riconnettono le più significative garanzie del « giusto processo ».

Trattandosi di una presunzione, essa atiene anzitutto al diritto delle prove (84) e la sua prima conseguenza investe l'onere della prova. Come già rilevato, presumere l'imputato innocente equivale infatti ad affermare che egli non è tenuto a dimostrare la sua innocenza, ma spetta all'accusa dare la prova della sua responsabilità (85). Si tratta ovviamente di una presunzione legale *iuris tantum*, che vale fino a prova contraria (86).

L'imputato non ha dunque necessità di provare alcunché fin quando la sua *reità* non sia stata provata dall'accusa. Tuttavia, una volta che il pubblico ministero ha dimostrato l'esistenza degli elementi costitutivi del reato, assolvendo così l'onere della prova, spetta alla difesa fornire prove che contrastino efficacemente quelle portate dall'accusa, dimostrando la mancanza di credibilità delle fonti ovvero l'inattendibilità degli elementi

(82) Cfr. V. GREVI, *Prove*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, 4° ed., Padova, 1996, p. 242.

(83) Così P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1069.

(84) M. DELMAS-MARTY, *La prova penale*, in *Indice pen.*, 1996, p. 615.

(85) Cfr. C. cost., sent. 20-24 maggio 1991, n. 221, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1950, che, dichiarando infondata una questione di legittimità costituzionale degli artt. 208, 503, 506, 567 c.p.p., ha affermato che « la subordinazione dell'esame dell'imputato alla sua richiesta o al suo consenso assicura la conservazione del suo stato e della sua posizione in seno al dibattimento e impedisce che egli si trasformi in testimone volontario, fermo restando che non è affatto tenuto a discoprirsi e che l'accusa deve provare la sua colpevolezza ».

(86) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 474; A. GARO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 521.

di prova di accusa o ancora fornendo prove a discarico. Se la difesa riesce a convincere il giudice, l'onere della prova torna a gravare sull'accusa, e così via (87). Fino alla sentenza definitiva l'onere della prova segue la dialettica delle parti e fa carico, di volta in volta, a quella contro cui la prova è stata raggiunta (88).

Poiché, come detto, il momento in cui viene fornita la prova del fatto di regola non coincide con quello in cui il giudice si convince dell'esistenza dello stesso, le parti sono chiamate ad anticipare la valutazione del giudice, formulando un giudizio prognostico circa l'idoneità o meno degli elementi addotti a convincerlo (89). Si tratta di un giudizio di probabilità, in quanto fino al momento della decisione non è possibile sapere con certezza se l'onere di convincere il giudice è stato o meno soddisfatto.

Ciò che le parti devono provare è, in sintesi, la reità o l'innocenza dell'imputato. Al fine di dare concretezza alla regola di giudizio occorre tuttavia stabilire con precisione quali fatti ciascuna parte deve provare e, di conseguenza, come viene ripartito il rischio della mancata prova.

Il soggetto onerato della prova di un determinato fatto è colui che, ove quel fatto risulti indimostrato, subisce una decisione a suo pregiudizio. All'accusa spetta in primo luogo la prova della sussistenza del fatto criminoso e della sua commissione da parte dell'imputato, ma, sotto un profilo più generale, l'onere della prova comprende tutti gli elementi sfavorevoli all'imputato, comprese le circostanze aggravanti e gli indizi di capacità criminale e di pericolosità (90).

Spetta alla difesa provare che il fatto non è avvenuto, che l'imputato non ne è l'autore, che sussistono cause di giustificazione e di non punibilità, nonché la presenza di circostanze attenuanti e degli indizi di attitudine sociale, in una parola tutti i fatti dai quali possono comunque derivare conseguenze favorevoli per l'imputato (91).

Il criterio così delineato di ripartizione dell'onere della prova è analogo a quello previsto nel processo civile dall'art. 2697 del codice civile, che pone a carico dell'attore la prova dei fatti costitutivi del diritto azionato e a carico del convenuto quella dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi (92).

Data la diversità strutturale fra il giudizio civile, in cui si controverte

(87) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 476; P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2^a ed., 1998, p. 22.

(88) «... gli oneri variano caleidoscopicamente...». Così F. CORDESO, *Procedura*, cit., p. 850.

(89) Cfr. A. MALINVERNI, *La sentenza di non luogo a procedere*, cit., c. 196.

(90) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 480.

(91) Cfr. A. MALINVERNI, *Principi*, cit., p. 480.

(92) Recentemente Cass., Sez. IV, 27 marzo 1997, Proc. gen. App. Catanzaro in proc. Riccelli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2875, ha affermato che il parametro logico-giuridico fornito dall'art. 2697 c.c. è « assunto a valore di principio generale del diritto processuale ».

su interessi equivalenti, e quello penale, laddove è riconosciuto prevalente il diritto dell'imputato alla propria libertà, tale criterio non può essere applicato automaticamente, e cioè trasferito *sic et simpliciter*, nel processo penale: la regola di giudizio dell'onere della prova deve combinarsi con il principio secondo cui il dubbio su un qualsiasi elemento comporta il proscioglimento dell'imputato (*in dubio pro reo*) (93). Tale principio è oggi codificato agli artt. 530 e 531 c.p.p.

A norma dell'art. 530 il giudice pronuncia sentenza di assoluzione sia quando manca, sia quando è insufficiente o contraddittoria la prova di reità (comma 2), nonché quando l'esistenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità sia provata o dubbia (comma 3) (94). Il secondo comma dell'art. 531 prevede poi la pronuncia della sentenza di non doversi procedere anche in caso di dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato.

L'adattamento all'ambito penale del criterio processualciviltistico è possibile distinguendo la questione dell'onere della prova, che individua il soggetto su cui ricade il rischio della prova mancata, da quella concernente la « quantità » di prova necessaria per assolvere l'onere, e cioè per convincere il giudice (95). Ferma restando la ripartizione fra accusa e difesa sopra delineata, il *quantum* di prova richiesto alle parti non è identico come nel processo civile, ma risulta differenziato (96).

Rispetto ai fatti « costitutivi » la regola è la stessa del processo civile: l'accusa deve provarli al di là di ogni ragionevole dubbio, in quanto l'art. 530, comma 2, c.p.p. equipara la prova insufficiente o contraddittoria alla mancata prova.

Per quanto poi concerne i fatti « impeditivi » ed « estintivi », nel processo civile essi devono essere accertati perché il giudice respinga la domanda dell'attore; pertanto il convenuto deve eliminare il dubbio sulla loro esistenza. Nel processo penale, invece, ai fini del proscioglimento dell'imputato è sufficiente che egli faccia sorgere un ragionevole dubbio sull'esistenza del fatto a lui favorevole (97). L'art. 530, comma 3, e l'art.

(93) G. ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 117.

(94) È stato così superato il contrasto tra la giurisprudenza e la maggior parte della dottrina in ordine alla possibilità dell'assoluzione per insufficienza di prove sull'esistenza delle scriminanti.

(95) A. MALINVERNI, *L'assoluzione*, cit., p. 35.

(96) G. ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 117; P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 24.

(97) Poiché l'imputato non ha poteri coercitivi di ricerca delle fonti di prova, allo scopo di far sorgere nel giudice un ragionevole dubbio sull'esistenza di un fatto impeditivo (ad es., una causa di giustificazione o un alibi) egli potrebbe anche limitarsi ad un'allegazione che ponga in maniera sufficientemente detagliata un determinato tema di prova (ad es., in caso di alibi, indicando il luogo esatto in cui si trovava e descrivendo con precisione le persone presenti). Cfr. P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 25-26.

531, comma 2, c.p.p. equiparano infatti il dubbio sulle cause di giustificazione, sulle cause personali di non punibilità e sulle cause di estinzione del reato alla prova delle stesse. Non è tuttavia consentito al giudice assolvere l'imputato quando la prova dei fatti predetti manchi del tutto (98).

La regola dell'onere della prova pone fra le parti una ripartizione del rischio della prova « mancante », ma non di quella « incerta ». Mentre il fatto ignoto comporta una decisione sfavorevole alla parte onerata della prova di esso, l'incertezza si risolve sempre a favore della difesa in virtù del principio *in dubio pro reo*. Infatti l'incertezza dei risultati probatori impedisce di superare il dato di partenza, costituzionalmente garantito, che è rappresentato dall'innocenza dell'imputato.

CORRADO QUAGLIERINI
dell'Università di Firenze

Sull'onere di allegazione a carico dell'imputato v., con riferimento al codice di procedura penale del 1930, D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 199 s.

(98) « L'esimente ignota non esiste, alla lettera, nel quadro decisionario ». Così F. CORDEO, *Procedura*, cit., p. 853. V. pure E. MARZADURI, *sub art. 530*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, p. 525.

CONCORSO EVENTUALE DI PERSONE E REATI ASSOCIATIVI

SOMMARIO: 1. Il concorso di persone nel reato: cenni. — 2. Il concorso *ex art. 110 c.p.* nei reati associativi. Posizione del problema e orientamenti giurisprudenziali. — 2.1. Critica di un modello di concorso esterno. — 2.2. La natura occasionale del vincolo tra i concorrenti ed i reati associativi. — 2.3. Il concorso di persone: tra funzione estensiva dell'ordinamento e funzione estensiva delle singole fattispecie penali. — 2.4. Il bene giuridico nei reati associativi e la tipicità dell'offesa. — 2.5. L'identificazione della condotta atipica di concorso esterno ed i confini del concetto di partecipazione tipica. — 3. L'elemento psicologico nel concorso esterno. — 3.1. La compatibilità del dolo specifico del partecipe con il dolo eventuale del concorrente esterno. — 3.2. Le conseguenze pratiche di una teoria estensiva della punibilità. — 4. Concorso morale: cenni. — 5. La sentenza della Corte di cassazione a Sezioni unite: alcune considerazioni critiche.

1. L'argomento oggetto d'indagine richiede una breve premessa sul concorso eventuale di persone nel reato, disciplinato dagli artt. 110 e segg. c.p. (1).

Aspetto meritevole d'attenzione è quello della discussa compatibilità del concorso di persone nel reato con il principio costituzionale di stretta legalità. L'analisi giuridica prende spunto dalla distinzione esistente tra l'autore della fattispecie criminosa concorsuale ed il partecipe. Come è noto, infatti, si può concorrere nel reato o ponendo in essere una condotta integrante *ex se* la fattispecie criminosa (si suole, in questo caso, indicare il concorrente col nome di *autore*, o di *coautore*), ovvero mediante una condotta che — pur non essendo inquadrabile autonomamente nella norma penale incriminatrice — sia collegata a quella degli altri concorrenti, in modo da contribuire alla realizzazione della fattispecie criminosa (in questa seconda ipotesi si delineano le figure del *complice*, dell'*istigatore*, dell'*ausiliatore*, ecc...).

Per inequivoca volontà del legislatore del 1930, l'istituto del con-

(1) Sul tema la bibliografia è ampissima: cfr., tra le principali monografie, PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1952; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; DELLI'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1957; BOSCARIELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato: le fattispecie di concorso*, Padova, 1958; PECORARO ALBANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1961; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.