

Dipartimento di / Department of Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in / PhD program..... Scienze Giuridiche.....

Ciclo / Cycle..... XXXI.....

Curriculum in Procedura penale.....

L'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE

Cognome / Surname Tavassi..... Nome / Name Ludovica.....

Matricola / Registration number 810464.....

Tutore / Tutor: Prof. Oliviero Mazza.....

Coordinatore / Coordinator: Prof. Maurizio Arcari.....

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2017/2018.....

*Alla mia città,
che con la forza della sua contraddittoria bellezza
mi ha accompagnato ovunque la vita mi abbia condotto*

INDICE

CAPITOLO PRIMO L'ONERE NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

1. *Da mihi factum, dabo tibi ius*
2. Le situazioni giuridiche soggettive
3. L'onere e il dovere
4. L'onere e il potere
5. L'onere e la norma
6. *Segue*. Le norme costitutive

CAPITOLO SECONDO L'ONERE DELLA PROVA FRA DIRITTO E PROCESSO

1. *Veritas, non auctoritas facit indicium*
2. *Onus probandi incumbit ei qui dicit, reus in excipiendo fit actor*: il principio
3. La regola nel codice civile: l'art. 2679 c.c.
4. *Segue*. L'onere imperfetto della prova
5. La regola di giudizio

CAPITOLO TERZO
**L'ONERE DELLA PROVA
NEL PROCESSO PENALE**

1. Oltre ogni ragionevole dubbio
2. La probabilità logica
3. L'obbligatorietà dell'azione penale
4. Il dovere di prova del pubblico accusatore
5. I poteri probatori del giudice

Capitolo I

L'onere nella teoria generale del diritto

SOMMARIO: 1. Da mihi factum, dabo tibi ius. - 2. Le situazioni giuridiche soggettive. - 3. L'onere e il dovere. - 4. L'onere e il potere. - 5. L'onere e la norma. - 6. Segue. Le norme costitutive.

1. *Da mihi factum, dabo tibi ius.*

È un'operazione cognitiva estremamente complessa e dagli esiti necessariamente imperfetti quella che, su domanda del pubblico ministero¹, si affida alla giurisdizione penale: affermare che un individuo è colpevole delle accuse ascrittegli oltre ogni ragionevole dubbio richiede che tutti gli elementi necessari a fondare il reato siano stati provati.

L'onere della prova sulla colpevolezza dell'imputato grava su chi ha proposto, attraverso l'azione, il tema dell'accertamento. Nel nostro sistema costituzionale, processuale e ordinamentale, si ritiene che l'incombenza ricada sul pubblico ministero. Egli, obbligatoriamente quando ricorrono gli elementi idonei a sostenere la sua domanda,

¹ P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, p. 6, riteneva che «la domanda rivolta al giudice contiene in sé già formulata una sentenza, nella quale la parte, che ha conoscenza di certe circostanze di fatto, deduce da queste la esistenza di un diritto soggettivo». Cfr. H. SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, trad. it. a cura di G. Cristofolini, Padova, 1927, p. 819, secondo cui «la petizione è il progetto di sentenza (*Urteilsantrag*) di una parte, che apre l'intero procedimento; la richiesta che la petizione sia respinta in tutto o in parte - ciò che si usava chiamare contestazione della lite - è il progetto di sentenza della parte contraria».

deve richiedere l'intervento giurisdizionale per risolvere il quesito giuridico formatosi in seguito alle indagini svolte sulla notizia *criminis*.

Tuttavia, ciò non basta, l'obbligo previsto dall'art. 112 Cost. non si adempie soltanto promuovendo l'azione²; da quel momento, su di esso incomberà l'onere (*rectius*, il dovere, si vedrà) di addurre, a sostegno della sua ipotesi, tutte le prove necessarie per dimostrare la fondatezza dell'imputazione.

La sfida cognitiva così lanciata si presenta connotata da un elevato coefficiente di difficoltà. La costruzione del tortuoso percorso verso la verità giudiziale³, per questo motivo di cui si dirà diffusamente, non può fare a meno dell'apporto doveroso non solo dell'accusa ma anche, eventualmente, del contributo probatorio "volontario" della difesa, se non delle altre parti. Inoltre, *in extremis*, essa potrebbe richiedere anche che sia lo stesso giudice a doversi attivare per l'acquisizione di ulteriori prove nelle modalità consentitegli dalla legge.

L'accertamento dovrà snodarsi, allora, per conseguire l'ineludibile fine cognitivo, come nel gioco del domino, lungo una serie

² O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, VI ed., 2018, Torino, p. 118, ha specificato il concetto, sostenendo che «il dovere di prova, definibile anche come dovere di accusare provando, non è altro che il portato dell'obbligatorietà dell'azione e la sua eventuale inosservanza non potrebbe che determinare l'invalidità dell'azione stessa».

³ Con questa espressione si intende far riferimento all'unico risultato conoscitivo processualmente conseguibile verso cui le regole e le forme sono assiologicamente nonché legislativamente orientate. Sul tema, su cui v. *infra* cap. 2 § 1, si richiamano le parole di T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 858, secondo cui «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato».

progressiva di atti cronologicamente e formalmente ordinati per raggiungere l'ultimo di essi, la sentenza sul merito⁴.

Per cogliere appieno la complessità dei meccanismi che si combinano nel giudizio è indispensabile soffermarsi, preliminarmente, sui concetti necessari a definire la natura giuridica del processo penale⁵, soprattutto per inquadrare come si pongono,

⁴ Non tralasciando che, secondo G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 127, «ad essere precisi, qui l'ultimo fatto giuridico, salvo il caso in cui il processo non si concluda con un provvedimento non impugnabile, non è già il provvedimento, bensì il fatto negativo della sua mancata impugnazione».

Sul tema, in generale, v. anche P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 208; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 952.

⁵ Fra i tanti che si sono occupati di questo argomento, definendo la natura giuridica del processo come una ordinata combinazione di atti giuridici, v. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 121 ss.; E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 190 ss.; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, 1956, p. 14; GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 11-19.

Tuttavia, si accenna anche alla dottrina più risalente che ha qualificato il processo come “rapporto giuridico processuale”, in tal senso v., per tutti, G. BELLAVISTA-G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, pp. 183-196; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1938, pp. 28-30; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, p. 84; G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1949, pp. 184-185; A. MARTUCCI, *Sulla teoria del rapporto giuridico processuale penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, pp. 231 ss.; GIUS. SABATINI, *Progressività causale e procedimento istruttorio*, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 52; O. VANNINI-G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, ed. agg. da P. Miletto, Milano, 1986, pp. 15-22.

Va anche ricordato l'orientamento che, invece, definisce la natura del processo come “situazione giuridica”: questa definizione si deve principalmente a J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlino, 1925, pp. 336 ss. e P. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, pp. 27 ss.; ID., *Un maestro di libertismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pp. 1 ss. Sul tema v. anche, fra gli altri, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale. Studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956, pp. 19-27; V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Nvss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, pp. 468-471; E. T. LIEBMAN, *L'opera scientifica di J. Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 328 ss.

all'interno della sua dinamica, le situazioni soggettive, fra le quali tradizionalmente viene ricondotta la figura dell'onere⁶.

È stato ritenuto, non a caso, che quest'ultimo assurga, in ambito processuale, al ruolo di un utile criterio ricostruttivo in base al quale poter cogliere «uno dei possibili nessi che intercorrono tra gli atti procedimentali»⁷.

È noto che essi - gli atti⁸-, intesi come tessere del domino giudiziario, possono definirsi tali soltanto quando producono effetti

Si segnala, in ultimo, che nel processo penale italiano questo indirizzo è stato ripreso da G. GUARNIERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, pp. 79 ss.

⁶ Del resto, proprio agli studiosi del processo si deve la più raffinata elaborazione della sua struttura. Sulla figura dell'onere, infatti, si impernia l'intera ricostruzione del sistema processuale secondo J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, cit., pp. 335-362, per il quale l'onere si attesta come «al lato passivo della situazione processuale, vale a dire si risolve nella necessità di scongiurare uno svantaggio processuale, cioè in ultima istanza una decisione sfavorevole, mediante la realizzazione di un atto processuale».

Sull'argomento, fra gli altri, si sono soffermati G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1931, pp. 139 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 112-113; ID., *Dovere giuridico (Cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 5; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, Roma, pp. 172 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 256 ss.; V. DURANTE, *Onere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.; G. GAVAZZI, *L'onere, tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, pp. 39 ss.; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico, obbligo-onere*, Napoli, 1973, pp. 66; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, pp. 85 ss.; A. PALERMO, *Onere*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 915 ss.; S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 457; O. T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 99 ss.

⁷ Così secondo F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 257. Su questo aspetto sono dello stesso avviso, fra gli altri, anche F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 212 ss.; S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, pp. 525 ss.

⁸ Sul tema degli atti processuali, v., tra i molti, E. BETTI, *Atti giuridici*, in *Nss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1505; G. BORTOLOTTI, *Saggio di studi sul processo penale secondo il nuovo codice*, Milano, 1915, p. 198-200; M. DONDINA, *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1964, pp. 1516 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, cit., p. 117; R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Parte seconda. Diritto processuale penale*, IV, Torino, 1958, pp. 199-200; G. LOZZI, *Atti processuali*:

rilevanti in quest'ambito, difatti, «per accertare se un fatto giuridico [fra cui, anche gli atti] abbia carattere processuale e, in caso positivo quale carattere processuale, è decisiva la considerazione della sede o ambito in cui il fatto storico relativo viene posto in essere: così la sentenza penale è un fatto giuridico processuale penale, mentre la dichiarazione di fallimento è un fatto processuale civile»⁹.

Tuttavia, questa definizione descrive la terminazione finale di un complesso procedimento di qualificazione giuridica che origina all'interno dei fatti giuridici¹⁰, dove l'atto assume una sua propria

II) *diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.; O. VANNINI-G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 167-168.

⁹ Sono stati così definiti, nello specifico, da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 41. In generale, sul tema, fra gli altri, v. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1935, p. 24; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 26; A. GALATI, *Atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 358-359; F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, p. 90; A. JAZZETTI-M. PACINI, *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale. Il libro II del c.p.p.: atti, notificazioni, termini, invalidità*, Milano, 1993, p. 19-21; G. LOZZI, *Atti processuali: II) diritto processuale penale*, cit., p. 2-3; B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale (1929)*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 558-559; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 125-127.

¹⁰ Con questa espressione si intende far riferimento alla definizione offerta ancora da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., pp. 48-49, secondo cui per fatto giuridico si intende «un avvenimento, un qualcosa che si verifica nella realtà e che consiste in un fenomeno naturale o in un comportamento umano, di solito positivo ma anche negativo. [...] Il fatto giuridico può venire esaminato o dal punto di vista dinamico, cioè nel suo verificarsi, o dal punto di vista statico, cioè dopo l'essersi verificato. Solo nel primo caso viene in considerazione il vero e proprio avvenimento, vale a dire il vero e proprio fatto (o atto) giuridico; nel secondo caso, più che l'accaduto, vale il risultato. Ed è in questo senso e sotto questo profilo che si possono qualificare fatti giuridici, anzi atti giuridici, la sentenza, il testamento, la proposta di legge, ecc.». In argomento, per tutti, v. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947, p. 8; A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1991, p. 139; A. GALATI, *Atti processuali penali*, cit., p. 357; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, pp. 10-11; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., p. 124-125; O. VANNINI-G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 167-168; G. UBERTIS, *Premessa al titolo I del libro II*, in

autonoma rilevanza¹¹ distinguendosi dai fatti in senso stretto. In particolare, procedendo secondo un metro di grandezza definitoria decrescente, l'atto assume la veste giuridica e dunque diviene rilevante quando la realizzazione di un comportamento materiale in sé descritto corrisponde perfettamente alla fattispecie¹², ossia a quell'elemento della norma che si pone come condizionante¹³ per la produzione dell'effetto da esso condizionato.

Commentario del nuovo codice di procedura penale, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, II, Milano, 1989, pp. 3-4.

¹¹ Per una più approfondita descrizione del concetto di rilevanza giuridica si rinvia a G. BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, Palermo, 1945, p. 179; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, 1929, p. 399; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, pp. 29-30; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 100; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 24; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., pp. 27-28; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 25; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Ius*, 1967, pp. 55 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 48; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 44; R. SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 5.

¹² G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949, p. 15, definisce la fattispecie come «l'astratta descrizione di un fenomeno contenuta in una norma ovvero l'insieme delle note mediante le quali il fenomeno cui la norma vuole concedere rilevanza viene da esso individuato». Sul tema, fra gli altri, E. BETTI, *Diritto Romano*, I, Padova, 1935, p. 169; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, cit., p. 400; F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 138; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 230; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 6; G. DELITALIA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Milano, 1927, p. 116; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 9; C. MAIORCA, *Fatto giuridico-fattispecie*, in *Nss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 111 ss.; S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, p. 593; G. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966, p. 108; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 3; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 3; F. SANTORO-PASSARELLI, *Le dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 87; R. SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, cit., pp. 1 ss.

¹³ Per le riflessioni sulla struttura delle norme si rinvia *infra*, § 4.

Ciononostante, queste coordinate di massima non bastano per distinguere come gli atti si distinguano dai fatti in senso stretto, ossia dai meri fenomeni naturali.

L'atto giuridico, difatti, benché possa esser descritto come «un avvenimento naturale che trova la sua specificità, rispetto al fatto giuridico in senso stretto, nella circostanza di essere riconducibile a un comportamento umano positivo realizzato secondo uno schema normativo»¹⁴, deve far riferimento, secondo una certa dottrina¹⁵, ad un ulteriore requisito, la volontarietà, che connoterebbe l'azione per la presenza del coefficiente psicologico insito nell'agente. Di conseguenza, ciò orienterebbe, per esclusione, fra i fatti in senso stretto tutti quegli accadimenti puramente naturali e tutti i comportamenti umani di cui non è regolato il processo di

¹⁴ O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 12.

¹⁵ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., pp. 55 ss.; nonché ID., *Atti processuali: b) diritto processuale penale*, cit., p. 141-142. Dello stesso avviso anche, fra gli altri, A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, IV ed. agg. Da G. D. Pisapia, Napoli, 1966 pp. 106-107; ID., *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1938, pp. 101-104; A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., pp. 949-950; E. FORTUNA, *Gli atti*, in *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1995, pp. 273-274; A. GALATI, *Atti processuali penali*, cit., p. 357; ID., *Gli atti*, in *Diritto processuale penale*, I, Milano, 1994, p. 258; A. JAZZETTI-M. PACINI, *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale. Il libro II del c.p.p.: atti, notificazioni, termini, invalidità*, cit., p. 11; G. LEONE, *Degli atti processuali*, in *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, diretto da U. Conti, I, Milano, 1937, pp. 530-531; ID., *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., pp. 208-210; ID., *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1961, pp. 594-596; C. MASSA, *Atti processuali penali*, in *Enc. forense*, Milano, 1958, p. 572; E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, I, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1932, pp. 284-287; R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, I, *Dottrina*, Napoli, 1933, pp. 32 e 57; GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., pp. 618-619; G.P. VOENA, *Libro II. Atti (art. 109-186)*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, diretto da G. Conso - V. Grevi, Padova, 1993, pp. 231-233.

formazione, o quegli eventi che producono delle conseguenze non in correlazione alla volontà dell'agente¹⁶.

Tuttavia, la distinzione tracciata non ha trovato corrispondenza nel codice di procedura penale dove si attribuisce rilievo giuridico a diversi atteggiamenti non necessariamente connotati dal coefficiente psicologico volontario del soggetto¹⁷: fra questi, ad esempio, rientrano le operazioni per le notificazioni, o per gli arresti, o per le perquisizioni oppure per le intercettazioni, che sebbene compiute al di là della volontà di eseguirle sono comunque da ritenersi valide quando conformi al modello legale di riferimento.

Si condivide, allora, la diversa opinione di chi ritiene «tutto sommato, [che] vale la pena sacrificare l'univocità del nome 'atto' all'esigenza realistica di costruire una nomenclatura che non sia troppo lontana dal linguaggio comune: conviene quindi rinunciare, nel processo, a una definizione universale dell'atto, visto come *pendant* del fatto, meglio definire singole classi di atti processuali: in alcune è richiesta la volontarietà e in altre no. Ciò che le due figure

¹⁶ Questa conclusione è tratta da G. CONSO, *Atti processuali: b) diritto processuale penale*, cit., p. 141. Sull'argomento, fra gli altri, cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 216; E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., 284; P. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, p. 392.

¹⁷ La volontarietà dell'atto è stata messa in discussione in occasione del ripristino nell'ordinamento processuale penale dell'istituto della restituzione in termini che, storicamente, si deve al conio dell'art. 183-*bis* c.p.p. 1930 ad opera dell'art. 4 della l. 18 giugno 1955, n. 517: al riguardo, G. LOZZI, *Atti processuali: II) diritto processuale penale*, cit., p. 3, ha osservato criticamente «come non sia affatto vero che nel nostro ordinamento si esiga la volontarietà del comportamento processuale tanto positivo quanto negativo». Sul tema, per ampi cenni, v. anche V. CAVALLARI, *La restituzione in termini nel sistema processuale penale*, Padova, 1957, pp. 38-48; G. CONSO, *Atti processuali: b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 141-142; ID., *I fatti giuridici processuali penali*, cit., pp. 59-60; A. GALATI, *Atti processuali penali*, cit., p. 358; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 12, nota 27.

hanno in comune è un risultato fisico causato dall'uomo secondo un modo di procedere stabilito dalle norme»¹⁸.

Per un utile inquadramento giuridico, allora, l'unico meccanismo di qualificazione a cui bisogna concretamente badare è la sussunzione¹⁹. Quando essa è perfetta, ossia quando si realizza una piena corrispondenza dell'atto concreto con tutti gli estremi del modello legale, dal punto di vista oggettivo, l'atto può considerarsi non solo giuridico ma anche valido.

¹⁸ Con queste parole, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 369 ha chiuso la *querelle*, sulla quale v. anche ID., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 184.

Tuttavia, se ciò è valido per i comportamenti positivi, altrettanto non può ritenersi per quelli omissivi. Essi potranno esser ritenuti degli atti giuridici (omissivi), e non dei meri fatti, soltanto quando il mancato compimento di un'attività corrisponde ad un atteggiamento psicologico espressamente orientato in tal senso, sussumibile nel corrispondente nesso precisamente richiesto nella norma. Sul tema delle condotte omissive si è soffermata principalmente la dottrina nell'ambito del diritto penale sostanziale: v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, pp. 151 ss.; ID., *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, pp. 795 ss.; I. CARACCIOLI, *Condotta*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1989, pp. 3-5; ID., *Omissione (dir. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 895; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*; ID., *Omissione (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, pp. 546-557; T. GIULIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, pp. 7 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 97; P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, pp. 433-439; F. SGURBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, pp. 69 ss.; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, pp. 3 ss.

¹⁹ Quanto mai calzante risulta la definizione data a questo meccanismo della logica giuridica da L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, p. 27, secondo cui «la verifica giuridica, al pari di quella fattuale, è il risultato di un'inferenza: non quindi dell'osservazione diretta dei fatti e neppure della semplice interpretazione della legge, ma di un ragionamento comunemente detto 'sussunzione', che ha la natura di un procedimento classificatorio. Tale ragionamento, a differenza di quello che perviene induttivamente dall'esame delle prove all'accertamento del fatto da giudicare, consiste in un'inferenza deduttiva, la cui conclusione è analiticamente vera rispetto alle premesse ma altrettanto opinabile quanto lo sono quest'ultime».

Ciononostante, la sola perfezione non basta per poter ritenere l'atto al contempo anche efficace: l'avvenuta sussunzione indica un presupposto necessario ma non necessariamente sufficiente per imprimere quella forza processuale tale da produrre le conseguenze prefissate, l'elemento condizionato della norma. Essa, difatti, descrive un meccanismo di relazione la cui misura di grandezza varia a seconda della diversa struttura della fattispecie intesa secondo la sua tradizionale accezione, ovvero come il «complesso degli elementi astratti a cui l'ordinamento ricollega un certo effetto giuridico»²⁰.

Se ne evince che le fattispecie possono presentarsi nelle due diverse varianti di semplice o complessa, a seconda che per perfezionarle sia richiesto il compimento di un solo atto oppure di più atti distinti.

In quest'ultimo caso, il singolo atto è idoneo a realizzare soltanto una parte del modello, dunque, sebbene individualmente esso si presenti come perfetto, non produrrà l'effetto previsto dalla norma, perciò si attesterà come meramente rilevante, ossia solo potenzialmente idoneo a produrre effetti in attesa del compimento degli altri atti richiesti dalla fattispecie complessa²¹.

²⁰ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, cit., p. 2. Analogamente, v. anche, oltre ai riferimenti bibliografici già in nota 13, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 33, secondo il quale «il concetto di fattispecie è usualmente concepito come una 'categoria funzionale' il cui significato si esaurisce nel recare ad espressione che un dato effetto giuridico non si produce se non si siano avverati certi estremi predeterminati dalla norma»; S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, cit., pp. 338 ss.

²¹ Su questi aspetti, per tutti, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 395-396.

Diversamente, invece, nel caso di un paradigma semplice, il singolo atto, integrando essa perfettamente, sarà anche immediatamente efficace.

Se ne può trarre, allora, che «la perfezione [è] sempre indispensabile per far assumere all'atto la caratteristica *rilevanza giuridica* che ne descriva *l'idoneità a produrre conseguenze nella sfera del diritto*, da solo, ed è l'ipotesi dell'atto semplice, o con il concorso necessario di altri atti, nel caso del singolo atto parte di un atto complesso. La rilevanza, pur essendo il minimo comune denominatore di tutti gli atti processuali, assume una diversa gradazione nelle due ipotesi considerate. L'atto semplice, integrando l'intera fattispecie (semplice) di riferimento, può dirsi *immediatamente efficace*. Nell'ipotesi di fattispecie complesse ogni singolo atto risulta invece perfetto rispetto al frammento dello schema legale a cui va rapportato, ma non immediatamente efficace, poiché la produzione di effetti viene collegata all'integrazione della fattispecie nel suo complesso»²².

In questa distanza fra perfezione ed efficacia segnata dalle fattispecie complesse, allora, si può cogliere il preciso significato della nozione presupposta di effetto²³. Esso rappresenta il secondo

²² O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 19.

²³ Secondo F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 87, «per effetto giuridico si intende il verificarsi della condizione in presenza della quale sorge la possibilità che un eventuale comportamento sia assoggettato ad una valutazione positiva ovvero negativa, a seconda che esso si riveli o meno conforme all'ipotesi normativa. [Esso esprime] un semplice giudizio di relazione in cui i termini si identificano colla norma e colla qualificazione che alla stregua di essa si imprime ad un comportamento, ipoteticamente considerato, di un dato soggetto». Cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., pp. 33 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., pp. 4 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 471; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della*

polo della norma descrivendo le conseguenze giuridiche rilevanti innescate²⁴ dall'integrazione perfetta del paradigma astratto²⁵. L'effetto, quindi, si concretizza nel mutamento giuridicamente rilevante²⁶ che può più agilmente essere inquadrato se si muta l'angolo di visuale spostandosi da una postazione oggettiva a quella in cui si trovano i soggetti interessati dal momento che esso può cogliersi rapportando la situazione posteriore a quella anteriore: «se coincidessero, non sarebbe accaduto nulla e diremmo che l'atto non ha causato alcun effetto. Qui il discorso cade in una tautologia, per uscire dalla quale bisogna sottoporre ad analisi il concetto di situazione giuridica. Nessun avvenimento giuridico può essere definito fuori dal riferimento a un soggetto, essendo il diritto un metodo per disciplinare i rapporti sociali»²⁷.

democrazia, I, Bari, 2007, p. 217; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 20; R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., p. 48.

²⁴ Tuttavia, con ciò non si intende di certo delineare un rapporto di causalità fra l'atto e l'effetto che possa aggirare la fattispecie. Secondo G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., p. 6, «da fattispecie si ricollega alle conseguenze non per virtù propria ma per virtù della norma». Della stessa opinione, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 88; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 20; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938, p. 41-42; GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., p. 4.

²⁵ Per chiarire la dinamica in cui si pone il rapporto fra la “fattispecie” e il prodursi delle conseguenze giuridiche può soccorrere la descrizione del «principio di imputazione» di H. KELSEN, *Causalità ed imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, trad. di R. Treves, p. 216, secondo cui «la forma grammaticale del principio di causalità così come quella del principio di imputazione è un giudizio ipotetico (proposizione) che collega un fatto considerato come condizione a un fatto considerato come conseguenza. Ma il significato del collegamento, nei due casi, è diverso. Il principio di causalità afferma: se c'è A, c'è B. Il principio di imputazione afferma: se c'è A deve esserci B».

²⁶ In tal senso, cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, cit., p. 130; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 218 e 229.

²⁷ In tal modo, nelle parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 407.

In questi termini, l'effetto si identifica con le vicende costitutive o estintive delle situazioni giuridiche soggettive²⁸. Infatti, esse offrono il parametro attraverso cui è possibile svolgere quel giudizio ipotetico, che, sulla base della norma, attribuisce valore giuridico ad un dato comportamento²⁹. Ogni qual volta si realizza un atto, ovvero si esercita un potere o si adempie un dovere, se questo corrisponderà alla fattispecie di riferimento si verificheranno le conseguenze previste a loro volta in termini di dovere o potere.

Le situazioni soggettive rappresentano allora «il momento in cui si attua il processo di soggettivazione della norma; [allorquando] nei confronti di un dato soggetto si sono verificate tutte le condizioni normativamente richieste perché l'eventuale comportamento dello stesso sia fatto segno ad una valutazione positiva o negativa a seconda della sua conformità o meno ad un dato modello»³⁰.

Da queste basi, la dottrina si è spinta fino a cogliere anche quegli intrecci che si innestano fra le situazioni soggettive, scomponendole

²⁸ Così secondo F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 89. Cfr. A. BERTINI, *Norma e situazione nella semantica giuridica*, Milano, 1958, p. 102; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 472; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., p. 253.

²⁹ Del resto, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., pp. 439-440, chiarisce che «la differenza tra effetto giuridico ed effetto fisico deve riportarsi alla differenza, allo stato ancora approssimativa, tra piano dei fatti e piano dei valori. In altri termini, se l'effetto fisico esprime una necessità di fatto, l'effetto giuridico esprime una necessità di un valore: appunto un'esigenza, un dover essere».

³⁰ Così nelle parole di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 71. In argomento v. anche G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 19, che definisce la relazione fra il comportamento e la facoltà come «fattispecie normative e cioè schemi astratti di comportamento da tenersi distinti dai comportamenti effettivi che traducono in realtà quegli schemi e danno luogo alle fattispecie reali».

e distinguendole in situazioni giuridiche complesse e figure atomiche, altrimenti definite «modalità deontiche»³¹.

Quest'ultime, partendo dagli archetipi aletici, ovvero dal necessario, dal possibile, dal contingente e dall'impossibile, distinguono i modi dell'agire in base a ciò che è permesso. Dalla coniugazione affermativa o negativa di questo termine primitivo, articolabile in quattro possibilità dell'agire, - permesso che, permesso che non, non permesso che, non permesso che non - si ramificano le modalità deontiche fondamentali: l'obbligo (permesso che + permesso che non); il divieto (non permesso che + permesso che non) e le facoltà (permesso che + permesso che non)³².

La figura dell'onere non rientra fra quest'ultime. Essa ha cercato piuttosto una propria autonomia concettuale proponendosi, senza troppa fortuna almeno nel processo penale, come parametro

³¹ Sul tema, si rinvia, fra gli altri, per ben più ampi cenni a G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione. Un'analisi logica*, (1963), trad. it. a cura di A. Emiliani, Bologna, 1989, p. 55. Sulle sue opere v. P. DI LUCIA, *Deontica in Von Wright*, Milano, 1992.

Più specificamente sulla logica puramente deontica v. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., pp. 34 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 86, 323; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 57 ss.; G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica* (1965), trad. it. a cura di M. Corsale, Milano, 1971, pp. 103 ss.; T. MAZZARESE, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1992, pp. 3 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, 1990, p. 149 s.; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 130.

³² Per una ben più approfondita ricostruzione del sistema deontico, qui sommariamente descritto, si rinvia per tutti a L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 43 ss. Per delle riflessioni sul ruolo delle modalità deontiche in rapporto alle situazioni soggettive nelle dottrine sulla natura del processo, in una vasta letteratura, v., fra gli altri, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., pp. 36-41; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 84; F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, cit., p. 98; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 83; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 21; S. RANIERI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1948, pp. 13-18; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 60.

complesso di qualificazione giuridica di quelle modalità dell'agire in cui si combinano la libera scelta del fine, l'esercizio di una facoltà (permesso che), con la prescrizione dei comportamenti per raggiungerlo, una modalità di dovere (permesso che non).

Tuttavia, proprio in ragione della sua complessa struttura bicefala, l'onere è stato per lungo tempo oggetto di controverse riflessioni impegnate nello stabilire se potesse ritenersi una situazione giuridica dotata di una propria identità indipendente da quelle di potere o di dovere, o se, in via subordinata, in esso debba cogliersi la prodromica espressione del primo o le susseguenti situazioni del secondo per stabilire se la sua collocazione nella tavola delle figure di qualificazione giuridica si trovi fra le une piuttosto che fra le altre. La risoluzione dell'enigma non ha trovato una risposta univoca; ciononostante, per addivenire ad una riflessione utile, in grado di cogliere i risvolti della complessità dell'onere nell'ambito del processo, appare necessario dapprima inquadrare la funzione che svolgono le situazioni giuridiche soggettive, precisando, in che modo, si distinguono nella tassonomia delle figure di qualificazione le diverse sfaccettature del dovere, del potere e dei loro derivati.

2. Le situazioni giuridiche soggettive.

Il ventaglio delle situazioni giuridiche offre la possibilità di attribuire, in chiave soggettiva, rilevanza giuridica ad un dato comportamento reso nel processo. Non a caso esse sono state definite come quelle «condizioni in forza delle quali un eventuale

comportamento di un soggetto è assunto ad oggetto di una determinata valutazione normativa, espressa in termini ipotetici»³³.

Quanto avviene per la sussunzione fra il fatto storico e la fattispecie³⁴, si ritiene accada, attraverso il medesimo meccanismo di relazione, nel rapporto fra le situazioni giuridiche e i comportamenti. In tal senso, è stato affermato che «la situazione soggettiva ruota intorno a due termini costituiti da un soggetto e dalla 'fattispecie normativa di un comportamento', tra i quali la norma si pone come criterio istitutivo di una relazione, raffigurabile come un'imputazione ipotetica»³⁵.

Le due dinamiche, tuttavia, sembrerebbero funzionare allo stesso modo se non fosse per un particolare: i parametri attraverso cui è possibile cogliere la corrispondenza fra il fatto e la fattispecie sono sempre descritti nelle disposizioni del codice. Difficilmente, invece,

³³ Così secondo M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1959, I, p. 266. Dello stesso avviso, A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, p. 45; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 65; V. FRAGOLA, *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Napoli, 1939, p. 27 e ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., pp. 15 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, pp. 43 ss.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, 1943, p. 5; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 46 ss., G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 3.

Di opinione parzialmente diversa F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 108, per il quale «il mezzo più agevole per comprendere come la situazione si possa astrarre dal fatto è quel paragone con la cinematografia, [...] la situazione sta al fatto come un fotogramma nella serie, in cui consiste il film. Una situazione giuridica è l'oggetto, come risulta alla visione istantanea del dato. [...] gli elementi nei quali la situazione giuridica si risolve sono tre: parti, bene e rapporto. Aggiungo subito che dei tre elementi quello a cui la situazione deve la sua giuridicità è il rapporto giuridico».

³⁴ Quest'analogia si deve a M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 121. Allo stesso modo è descritta anche da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 69; G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 15; A.M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, 1953, p. 80; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 3.

³⁵ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 69.

nelle stesse proposizioni normative è fatto espresso riferimento alle vicende estintive o costitutive delle situazioni soggettive. Nella generalità dei casi, quest'ultime, sebbene orientino il giudizio di qualificazione giuridica, sono descritte, quando lo sono, come meri fatti. Nelle norme, soprattutto quelle che regolano il processo, non è specificato ogni volta quali siano le prerogative necessarie per qualificare giuridicamente i comportamenti prescritti per i soggetti coinvolti nel processo.

Un esempio a riguardo può trarsi prendendo a modello l'art. 358 c.p.p. secondo cui «il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini». Si osserva che la disposizione non descrive in che vesti giuridiche debba inquadrarsi "l'attività" che l'organo dell'accusa è chiamato a compiere, cioè non si specifica se si tratti di una situazione di dovere o di potere, né si statuisce quali siano le conseguenze soggettive per la mancata osservanza di questa norma.

Ciononostante, come nella disposizione citata, così generalmente nella dinamica processuale, il progredire della serie degli atti processuali è mosso dall'espletamento di un dovere, di un obbligo, di un potere o di una facoltà³⁶. Queste situazioni compongono il

³⁶ G. CONSO, *Fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 132, nel delineare la fisionomia del procedimento e delle fattispecie complesse, osserva i rapporti fra l'effetto della fattispecie e i relativi fatti giuridici descrivendoli in questo modo: «nei procedimenti, invece, un numero più o meno vasto degli atti che ne costituiscono l'ossatura vengono compiuti in adempimento ad un obbligo nascente da un altro fatto del procedimento. Deve cioè, trattarsi di obblighi che si determinano in seguito al verificarsi di un altro fatto rientrante nella fattispecie del procedimento».

quadro delle ipotesi astratte³⁷ in cui si rinvengono le vicende costitutive o estintive di ogni “azione giuridica”³⁸. Essa, infatti, è stata definita, nella scienza giuridica, come «un ‘fatto’ già inserito o che può inserirsi in una molteplicità di fatti, naturalisticamente concepiti: un ‘contegno’ o una possibilità di contegno ora assunto come oggetto, ora come presupposto di qualificazione in termini di obbligatorietà, liceità o illiceità: e che a rigore non ‘attua’ la norma ma la ‘osserva’ o la viola a seconda che il contegno sia conforme o difforme al tipo determinato dalla norma medesima»³⁹.

Per osservare, allora, in che modo può qualificarsi il comportarsi di un soggetto, può assumersi come parametro primo «la potenza di agire»⁴⁰. In base ad essa, si distinguono le figure di potere da quelle di dovere⁴¹, a seconda che sia prevista la possibilità di determinarsi secondo libertà o secondo necessità⁴².

³⁷ Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, cit., p. 408, le situazioni giuridiche costituiscono un numero chiuso «in quanto consistono in giudizi ciascuno dei quali è identificato dal predicato; e poiché i predicati si deducono dalle norme, sono enumerabili tanti tipi di situazione soggettiva, quante sono le valutazioni legali del comportamento».

³⁸ Nel significato che le attribuisce, per tutti, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 215, secondo cui «quell'azione, la quale si risolve nello svolgimento di una situazione giuridica e perciò nell'esercizio di un potere o nell'adempimento di un dovere». Sul tema, fra gli altri, v. anche N. ABBAGNANO, *Azione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 92; G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione*, cit., pp. 99 ss.

³⁹ In tal modo si esprime A.E. CAMMARATA, *La positività del diritto e il valore «pratico» della norma di condotta*, (1925), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Rocca San Casciano, 1962, p. 200.

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 142-143.

⁴¹ Secondo F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 239, «il dovere e il potere non soltanto incarnano due esemplari di situazioni soggettive ma esauriscono la gamma di tutte le ipotizzabili situazioni soggettive».

⁴² Secondo H. KELSEN, *Causalità ed imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 219-220, «la libertà è generalmente intesa come esenzione dal principio di causalità. E causalità è (o era in origine) interpretata come espressione di assoluta necessità. Si suol dire: il fatto che un essere umano è

Fra le prime, si identifica la possibilità di determinarsi secondo il proprio giudizio; fra le seconde, la necessità⁴³ di agire secondo quanto prescritto da un comando normativo⁴⁴.

Una situazione di dovere, quindi, si profila «ogni qual volta esiste una regola tale per cui è valutato negativamente ogni comportamento che non sia quello collimante col tipo in essa descritto»⁴⁵.

libero, o ha una volontà libera costituisce la ragione per cui egli è capace di una imputazione morale, religiosa o giuridica. [...] Generalmente si afferma che soltanto la sua libertà, cioè la sua esenzione dal principio di causalità, rende possibile l'imputazione. È invece giusto l'opposto. Gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione, malgrado la sua determinazione in base a leggi causali, perché questo comportamento umano è il punto finale dell'imputazione».

⁴³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 142, osserva che «in tanto un uomo è necessitato (da *nec esse*, non essere) in quanto non ha libertà ossia potere di essere quello che non è. Allora in luogo della libertà il diritto impone, mediante un comando, un dovere ossia costituisce una necessità contraria a quella, per la quale il soggetto non può fare quanto occorre al fine della composizione etica del conflitto».

⁴⁴ Il termine “comando”, in questa sede, deve essere inteso come quella parte delle proposizioni normative che ne distinguono la funzione prescrittiva, ovvero l'attitudine a determinare un dato comportamento.

Secondo G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Roma, 1953, p. 230, «importantissimo ed essenziale carattere della norma giuridica è l'imperatività. Non possiamo concepire una norma che non abbia carattere imperativo, sia pure sotto condizioni determinate. Il comando (positivo o negativo) è un elemento integrante del concetto del diritto, perché questo pone sempre di fronte due soggetti, attribuendo all'uno una facoltà o pretensione, ed imponendo all'altro un dovere, un'obbligazione corrispondente».

Sul tema, fra gli altri, vedi anche K. BINDING, *Le norme e la loro violazione*, 1890, Leipzig, pp. 549 ss; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 55; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 67-68; H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M. Torre, Torino, 1985, p. 6; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto (1878)*, trad. it. a cura di A. Levi, Padova, 1951, p. 11; R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto (1877)*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972, p. 312.

⁴⁵ Così secondo la definizione coniata da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 100.

Nell'art. 438 c.p.p., ad esempio, si prospetta un potere che spetta all'imputato: egli "può" chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti. Diversamente, una volta accolta la sua richiesta e svolto il giudizio abbreviato, stando all'art. 442 c.p.p., il giudice "dovrà" decidere, allo stato degli atti, nei modi stabiliti dalla legge. L'esercizio di un potere da parte dell'imputato pone le premesse per la costituzione del dovere di decidere in capo al giudice.

Da ciò, può evincersi che, nella meccanica giuridica, il potere implica un mutamento in grado di gettare le fondamenta per la costituzione di un dovere in capo ad un altro soggetto. Invero, stando all'esempio precedente, già la sola richiesta non condizionata dell'imputato innesca il dovere di ammettere il rito alternativo e di celebrare il giudizio nelle forme differenziate.

Del dovere, invece, emerge che lo stesso sarebbe tale anche se non producesse nessuna conseguenza esterna in caso di mancata ottemperanza al comando, poiché esso si attesta come parametro di riferimento per valutare il comportamento come conforme o meno alla norma, ovvero come doveroso o antidoveroso⁴⁶.

Tuttavia, osservando l'esperienza giuridica, deve constatarsi che queste due figure non esauriscono la varietà dei contegni giuridicamente rilevanti. Essi, difatti, richiamano la necessità di un quadro più complesso di situazioni che accolga ben più

⁴⁶ In tal senso E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 256; A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., pp. 17 e ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 168 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 108; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., p. 24; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938, pp. 32 e ss.

particolareggiate sfaccettature. Nella ricostruzione più nota⁴⁷, già usata per grandi linee fin qui, si osserva che all'interno della macrocategoria dei poteri giuridici, si presentano le potestà, il diritto soggettivo e le facoltà; mentre nella contrapposta classe dei doveri, si ritiene possano incardinarsi quelle dell'obbligo, della soggezione e dell'onere.

Questa redistribuzione si presta però, come si è detto, ad un rovesciamento di fronti proprio con riguardo alla figura dell'onere. Le posizioni dottrinali si sono sostanzialmente suddivise in tre diversi orientamenti: a) le teorie negazioniste di una sua autonoma identità; b) le teorie che ne esaltano la libera scelta del risultato; c) le teorie che ne sottolineano, invece, la doverosità dei comportamenti prescritti.

⁴⁷ Ci si riferisce a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 151-175. Tuttavia questa non è la sola ricostruzione rinvenuta: v. D. BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, pp. 79 ss.; A. BERTINI, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche*, Milano, 1951, pp. 30 e ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 81 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 165 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, pp. 25-95; G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., pp. 15 e ss., 37 e ss.; G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, pp. 97 ss.; W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali (1923)*, a cura di M. Losano, 1969, Torino, pp. 16-17; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pp. 130, 210 e ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 42-67; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1948, p. 48; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 51-60; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 6 e ss., 60 e ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., p. 71, 93 e ss.

3. Tentativi della dottrina di definire la figura di onere: l'onere e il dovere.

Per affrontare la dottrina impegnata nel dar preminente risalto agli elementi doverosi presenti nella struttura dell'onere, è necessario soffermarsi sulla morfologia dei doveri giuridici, osservando come, a seconda della strettezza del *vinculum* imposto ad un soggetto dalla norma, possano diversificarsi le situazioni passive di soggezione, di obbligo ed eventualmente di onere.

La necessità di agire, *rectius* di subire in quanto essa scaturisce da «una modificazione che si verifica in una sfera giuridica subiettiva per opera di un potere giuridico altrui»⁴⁸, in base a quanto prescritto da un comando, è assoluta nei rapporti connotati dalla soggezione⁴⁹. Diversamente, invece, le sfumature nette dell'impotenza di agire si attenuano nell'obbligo⁵⁰, in cui è ammessa «la scelta» di osservare il precetto o di incorrere nella sanzione⁵¹. Questa figura, quindi,

⁴⁸ Con questi termini G. MIELE, *Principi*, cit., p. 49, chiarisce come mai si tratta, in questo caso, di un comportamento passivo invece che attivo.

⁴⁹ Fra gli altri G. GUARINO, *Potere*, cit., p. 55, specifica che «gli effetti degli atti di un soggetto si ripercuotono automaticamente su di un altro soggetto, senza che questi possa intervenire per provarli o per opporsi ad essi».

Sul tema vedi anche, fra gli altri, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 169-170; F. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 182; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., pp. 40 ss.

⁵⁰ Per ben più ampi cenni sul tema, v. E. BETTI, *Dovere giuridico (Cenni storici e teoria generale)*, cit., pp. 53 ss.; N. BOBBIO, *Considerazioni in margine*, in *Riv. di filosofia*, LVIII, 1966, pp. 235-246; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 170 ss.; G.R. CARRIO', *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. di Filosofia*, LVIII, 1966, pp. 141-155; W. CESARINI-SFORZA, *Sul concetto di obbligo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1963, pp. 435 ss.; R. GUASTINI, *Obbligo giuridico*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, pp. 1 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto (1961)*, trad. it. a cura di M. Cattaneo, 1965, Torino, pp. 98 ss.; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, pp. 16 ss.; A. PALERMO, *Obbligo giuridico*, in *Nss. dig. it.*, Torino, XI, 1965, pp. 699 ss.; F. ROMANO, *Obbligo (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, pp. 500 ss.; F. SANTI-ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 104 ss.

⁵¹ G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., pp. 133-134, descrive così il punto: «solo basti aver accennato, come la volontà, quando si tratti di obbligo, è vincolata, e precisamente nel senso che la scelta non può avvenire come

delinea il parametro che qualifica come illecito il comportamento che non è stato conforme al modello descritto dalla norma esponendo il soggetto alla sanzione giuridica in essa prevista⁵² in modo da esaltare la doverosità della condotta prescritta attraverso la previsione di una pena.

Per distinguersi dall'onere, ammesso che quest'ultimo sia concettualmente riconducibile alla macro categoria dei doveri, si è fatto ricorso ad un ulteriore indice di riferimento, l'interesse⁵³. Il soggetto obbligato è astretto da un vincolo giuridico per la tutela di un interesse altrui; l'onerato, invece, deve osservare una data condotta per il conseguimento di un risultato proprio⁵⁴.

Nel *genus* dei doveri, dunque, mentre la *necessitas* di agire conformemente a quanto comandato si attesta come il tratto comune di tutte le situazioni soggettive passive che ne scaturiscono,

estrinsecazione del diritto di libertà alla legge riconosciuto. La scelta può avvenire, invece, solo perpetuando un illecito, ossia la volontà rompe, se riesce, l'argine del vincolo (violazione) e determina o la esecuzione o la pena».

⁵² Così secondo A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., pp. 396 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 170-171; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 132 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pp. 14-15; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., pp. 9-11; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., pp. 35 ss.

⁵³ L'interesse, oltre a rappresentare la pietra angolare della sistematica di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 11 ss., 170 ss., ha alimentato anche le riflessioni sul tema dell'onere di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 112-113; ID., *Diritto romano e dogmatica odierna*, estr. dall' *Arch. Giur.*, vol. XCIX, fasc. 2, Modena, 1928, p. 31; ID., *Diritto romano*, cit., pp. 77; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 36; ID., *Diritto processuale civile italiano*, II, Roma, 1936, p. 233.

Sul tema v. anche le osservazioni mosse da N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., pp. 54 ss.; ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, pp. 130 ss.; nonché da G. GAVAZZI, *L'onere, tra la libertà e l'obbligo*, cit., pp. 39 ss.

⁵⁴ Sulla scorta dello stesso parametro offerto dall'interesse anche S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, cit., pag. 453 traccia i profili della figura di onere affermando che «quando si riscontra l'esistenza di un onere, anziché di un obbligo è evidente che l'ordinamento giuridico mira alla protezione immediata dell'interesse del soggetto a cui spetta l'iniziativa».

la *differentia specifica* si attesta sulla diversa titolarità dell'interesse da raggiungere rispetto a quello da sacrificare.

L'onere, in questo contesto, si ritiene possa risolvere un conflitto di interessi inter-subiettivo, nel senso che, come è stato ritenuto, «il diritto può porre un conflitto di interessi allo stesso soggetto, per guisa che questi, se vuole che un suo interesse prevalga su un interesse altrui, debba sacrificare un altro interesse proprio: se io voglio escludere gli altri cacciatori dal mio fondo, debbo sobbarcarmi a tutte le noie e le spese necessarie per ottenere e per conservare la riserva di caccia»⁵⁵.

In tal prospettiva, osservando la natura degli atti che ne possono derivare, si rileva che nell'obbligo, a seconda dell'ottemperarsi o meno al precetto, si ricomprende l'alternativa fra un atto dovuto e un atto illecito⁵⁶. Invece, nella situazione prevista dall'onere, l'alternativa è segnata dal compimento di un atto necessario oppure dal mancato ottenimento del proprio vantaggio.

Da queste osservazioni ne discende che anche le conseguenze “sanzionatorie” sono diverse: nel caso dell'inosservanza dell'obbligo, ovvero dal compimento di un atto illecito conseguirà “la pena” espressamente prevista nella composizione della norma; in capo al soggetto onerato, che ha mancato di tenere la condotta prescritta, invece, si ritiene possa comminarsi soltanto “il pregiudizio” dovuto al mancato conseguimento del risultato

⁵⁵ Così secondo F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 174.

⁵⁶ Si determina in questo senso, per tutti, ancora F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 173, ricordando che «anche l'onere come l'obbligo si risolve in una *necessitas*, ossia in un'impotenza, la quale però è ancora più attenuata che quella dell'obbligo in confronto con la soggezione».

sperato⁵⁷. In questo modo, risalta che la libertà di scelta concessa all'obbligato spetterebbe all'onerato con una differenza: «anziché tra il sacrificio spontaneo e uno coatto del suo interesse, [il soggetto avrà] da scegliere tra il sacrificio di uno e la lesione di un altro suo interesse»⁵⁸.

Dunque, all'atto illecito compiuto in violazione del dovere, non corrisponde, simmetricamente nel campo del diritto strettamente inteso, nessuna figura speculare fondata sulle situazioni di onere. In altre parole «l'azione non è imposta a tutela di un interesse altrui, come oggetto di un obbligo verso altra persona, ma è coordinata in modo esclusivo o prevalente ad un interesse proprio, per l'effetto utile (di conseguire un vantaggio o di evitare un pregiudizio) che è subordinato al suo esplicamento»⁵⁹.

Queste riflessioni spostano il punto di osservazione dalla struttura degli interessi che animano *ex ante* questa situazione (infra)sogettiva, al momento *ex post* della sua inosservanza.

La teoria carneluttiana ha lasciato irrisolto il quesito circa “il cosa” consegue giuridicamente al non agire in maniera conforme dell'onerato, se non limitatamente al sacrificio dell'interesse sperato. Ciononostante, su quest'aspetto la dottrina civilistica ha osservato

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1931, p. 128, nota che «la differenza (tra onere e obbligo) si fonda sulla diversa sanzione comminata a chi non compie un atto: obbligo vi è solo quando l'inerzia dia luogo alla sanzione giuridica (esecuzione o pena); se invece la astensione dall'atto fa perdere soltanto gli effetti utili dell'atto medesimo, qui ricorre la figura dell'onere. In fondo, la distinzione fra onere e obbligo corre sul filo della antitesi Kantiana tra imperativo ipotetico e imperativo categorico».

⁵⁸ Così testualmente nella ricostruzione di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 173.

⁵⁹ Così nelle parole di E. BETTI, *Dovere giuridico*, cit., p. 5; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 112-113.

che «la sanzione per l'inosservanza dell'onere sta nel soggiacere dell'onerato alle conseguenze dannose dell'inerzia o della negligenza propria»⁶⁰. Essa ha inteso qualificare, quindi, quest'aspetto sotto i profili dell'autoresponsabilità⁶¹ della parte che, stando a questo parametro, subirà un pregiudizio imputabile prettamente a se stessa. Tuttavia, seguendo la meccanica di questa visione, il comportamento dell'onerato si risolverebbe in una scelta di conformarsi alla previsione normativa sotto la propria responsabilità, dunque nell'esercizio di una facoltà e non più sotto un vincolo di necessità.

Ciò comporterebbe un'inevitabile esclusione dell'onere dalla formazione delle situazioni di dovere in quanto proprio nel riflesso dell'autoresponsabilità si scorge che dalla propria inerzia, ovvero dalla scelta di non compiere l'atto necessario, non sussegue nessun atto illecito, dunque nessuna sanzione, se non quella di veder sfumare il proprio scopo, procurandosi un mancato vantaggio⁶².

⁶⁰ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 412; ID., *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 57; ID., *Istituzioni*, cit., p. 233.

Sull'argomento cfr. le riflessioni critiche di N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 134 ss.

⁶¹ Sulla base di questo parametro S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 455, ha distinto che «l'obbligo [...] è uno strumento di tutela dell'interesse altrui. L'autoresponsabilità, come è stata caratterizzata, si circoscrive nella sfera degli interessi del soggetto agente. Così che appare più proprio il richiamo al concetto di onere, che non implica l'idea di un *vinculum iuris* verso altri, ma, se mai, quella di una valutazione in lato senso economica della opportunità di tenere un determinato comportamento per il conseguimento di un dato risultato».

In generale, sull'argomento v. anche F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 828, in cui si fa riferimento a «un dovere che la parte ha verso se stessa, ossia di un onere al quale si deve assoggettare».

⁶² G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 80, nota che «le varie dottrine che cercano di dare una spiegazione dommatica dell'onere, inquadrandolo tra le situazioni passive, giungono ad indentificarlo con la tipica manifestazione

Le peculiarità che distinguono in questi termini l'onere dall'obbligo, soprattutto quando dal campo astratto delle sussunzioni si passa a quello concreto degli atti, finiscono per sollevare, come detto, insuperabili criticità sulla possibile collocazione della figura di onere nella categoria dei doveri.

Non può non notarsi, ulteriormente, che il tentativo di superare questi rilievi critici, concedendo cittadinanza nel mondo del diritto a delle sanzioni dai contorni "economici", invece che giuridici, come quelle rappresentate da uno svantaggio secondo il parametro dell'ofelimità rappresenta un rimedio mal congegnato. A ben guardarlo, esso ammette che al mancato ottemperamento del modello consegue un danno patrimoniale per l'onereato "disobbediente". In questo modo, acconsentendo indebitamente all'accesso di canoni extra-giuridici nel mondo delle qualificazioni in diritto, si finisce soltanto per alterare i parametri della sussunzione e dunque per confondere i connotati della figura dell'onere⁶³, relegandola fuori dalle figure di qualificazione giuridica.

dell'autoresponsabilità di parte [offrono] un risultato non affatto soddisfacente, nel senso che in tal modo ci si limita a constatare il carattere imperativo della norma giuridica, anche quando essa conferisce poteri. L'esercizio di ogni diritto può pertanto essere configurato quale dovere, ed allora la nozione di onere perde la sua autonomia concettuale, oppure ogni vincolo giuridico viene considerato come riconoscimento ad un soggetto della libertà di seguire un certo imperativo, e pure allora l'onere perde la propria ragion d'essere senza che d'altro canto resti sufficientemente illuminato il valore dommatico costruttivo del potere (conferito al soggetto per il conseguimento di uno scopo) differenziandolo da altre nozioni, con cui di regola viene confuso».

⁶³ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 259, descrive le conseguenze che discenderebbero seguendo questo eccentrico parametro extra-giuridico sostenendo che «se si trasgredisce questo limite si incorre nella stessa indebita sovrapposizione di piani speculativi che potrebbe essere rimproverata al moralista, il quale dopo aver definito il reato come un'azione contraria a certi principi etici, pretendesse di servirsi di questa massima nello

È chiaro, stando a quanto fin qui sostenuto che i doveri sono sempre prescritti da una disposizione giuridica secondo cui, dalla mancata corrispondenza fra atto e norma, deve discenderne una sanzione giuridica, non economica, o quantomeno un giudizio di difformità dai risvolti negativi. Diversamente, invece, anche volendo concedere che i fra i parametri che descrivono i profili delle modalità di comportamento oneroso ve ne siano alcuni corredati di un carattere doveroso, resterebbe comunque che l'inosservanza di quella fattispecie si riterrebbe ugualmente lecita secondo la sua stessa ipotesi astratta che rimetterebbe, invece, nelle facoltà del soggetto proiettato verso il conseguimento del proprio risultato, la libertà - e non la necessità - di conformarsi o meno ad esso⁶⁴.

In altre parole, osservando il piano delle conseguenze derivanti dall'inosservanza della combinazione dei comportamenti prescritti da questa "impropria" situazione soggettiva non potrebbe scorgersi null'altro che il mancato conseguimento dell'effetto giuridico prefissato, ossia niente più di ciò che accade nelle situazioni in cui si esercita un potere dal momento che, come visto, queste figure sono orfane di una sanzione, giuridicamente intesa, prevista nel caso in cui il modello astratto non sia stato ottemperato.

studio scientifico della giurisprudenza». Dello stesso avviso anche G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 69.

⁶⁴ R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., p. 114, afferma che «si parla di facoltà quando taluno può determinare la completezza di una fattispecie giuridica. Ma esaminata da un diverso punto di vista, la facoltà costituisce un onere, in quanto la sua attuazione è necessaria per poter conseguire il risultato favorevole».

Nell'ambito delle conseguenze giuridiche, inoltre, si è confrontata con il tema dell'onere anche quella dottrina⁶⁵ che, in un sistema di contrapposizioni, ha opposto alla sanzione comminata per il compimento di un atto illecito, l'invalidità dovuta alla mancata integrazione dello schema legislativo per mezzo di un atto di per sé lecito, ma imperfetto, se non del tutto manchevole, dunque improduttivo di effetti⁶⁶. All'interno di questa ricostruzione, il raggiungimento della perfezione giuridica e dunque il superamento della soglia di rilevanza dipenderebbe dall'assolvimento di un onere⁶⁷, che in questo modo assurgerebbe ad un elemento della fattispecie.

⁶⁵ L'accostamento della figura di onere alle nozioni di validità di un atto si rinviene, fra gli altri, in E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 118-122; A. LEVI, *Teoria generale*, cit., p. 365; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pp. 90 ss. Tuttavia, la sua rigorosa affermazione la si deve a G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, pp. 61 ss.

⁶⁶ Secondo G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 61 «quando l'atto giuridico è un atto lecito, gli effetti ricollegatigli dal legislatore si presumono utili, vantaggiosi per chi compie l'atto, cioè conformi ai suoi interessi, o almeno all'interesse che lo spinge al compimento dell'atto. Nel configurare uno schema di atto giuridico lecito e nel ricollegarlo ad uno o più effetti giuridici, il legislatore viene a mettere a disposizione di tutti coloro che sono legittimati al compimento dell'atto il mezzo, la via per dar vita in concreto ad un effetto di quel tipo».

⁶⁷ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 62, chiarisce che «ogni schema di atto giuridico lecito importa, cioè la statuizione di un onere. Ad ogni integrale, perfetta, riproduzione dello schema si avrà assolvimento dell'onere e, quindi, ricollegamento degli effetti: e dell'atto che tale onere ha assolto si dirà che è valido, espressione che, oltre alla perfezione sottolinea con la sua etimologia - «atto che ha valore» - la valutazione favorevole dell'atto da parte dell'ordinamento e il ricollegamento al relativo effetto».

Ciononostante, su questa impostazione si tiene conto delle osservazioni critiche proposte da G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., p. 142, secondo cui «se si vuole parlare da un punto di vista generale di onere e di validità-invalidità, non si può ignorare la differenza che passa tra l'onere di proporre l'impugnazione contro una sentenza e l'«onere», perché così bisognerebbe chiamarlo, di sottoscrizione della sentenza. In realtà quest'ultimo

Tuttavia, anche questo punto di vista finisce per avvalorare l'idea che l'onere sia più facilmente assimilabile ai poteri piuttosto che ai doveri. Infatti, diversamente da quanto accade per quest'ultimi, le ripercussioni sull'onerato, anche dell'inadempimento di una modalità prescritta dalla fattispecie, non sono diverse da ciò che accade per il non compiuto o mancato esercizio di un potere: non si producono gli effetti per non aver integrato il modello astratto⁶⁸.

A fortiori, dunque, ciò potrebbe indurre nella tentazione di affermare che l'onere avrebbe le carte in regola per iscriversi nella categoria dei poteri⁶⁹. Si potrebbe addirittura sostenere che la sua diversa collocazione trovi risalto proprio nell'ambito processuale⁷⁰ dove,

non è un onere, ma un dovere del giudice, dovere dalla cui omissione deriva l'invalidità della sentenza».

⁶⁸ Sul punto, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 101, con qualche precisazione che sembra approdare a diverse conclusioni, considera che «rispetto all'onere, la sanzione possa essere comminata quando, una volta che il soggetto ha scelto quale propria linea di condotta, quella stabilita dal legislatore per il conseguimento di un certo fine, il soggetto stesso non vi si adegua. In tale ipotesi l'invalidità dell'atto costituisce la conseguenza dell'inosservanza del precetto obbligatorio (dato che tu voglia conseguire un certo effetto x, devi tenere la condotta y), non si è più quindi nell'ambito della libertà conferita al soggetto dalla norma che riconosce a questo un potere. Libertà che si è esaurita nell'atto di scelta dei fini; una volta infatti che il soggetto si è determinato a perseguire uno scopo, rispetto al quale la legge prescrive una data condotta, quest'ultima diviene obbligatoria. [...] ecco perché sotto questo profilo onere e obbligo pare abbiano la stessa struttura; ma il vero è che in tali casi il potere si è ormai esaurito nell'atto di scelta della condotta giuridicamente rilevante»; tuttavia nella nota 89 apposta a questa osservazione chiarisce che «preme qui ancora sottolineare come l'onere possa ravvisarsi nell'esercizio di un potere non già nel compimento di ciò che al soggetto è comandato dalla legge o dal giudice».

⁶⁹ Di quest'avviso O.T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, cit., p. 111, secondo cui «l'inosservanza dell'onere è un fatto giuridicamente rilevante, come tutte le inosservanze di una situazione di dovere, e la sua rilevanza si manifesta nell'impedire che la diversa fattispecie dell'esercizio del potere possa spiegare i suoi effetti e conseguire il suo normale risultato giuridico».

⁷⁰ L'analisi della stretta connessione fra le dinamiche dell'onere e quelle del processo si devono a J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., pp. 252-254, 268 ss., 279-280.

come si vedrà, la proposizione della domanda onera la parte attrice a fornire adeguato sostegno probatorio all'azione al fine di ottenere una pronuncia giudiziale in proprio favore⁷¹.

A ben vedere, però, nel processo, più che in altri ambiti, la figura in questione entra in crisi per effetto delle implicazioni che il suo assolvimento ha sulla condotta imposta ad altri soggetti, *in primis* al giudice⁷².

Pertanto, come si analizzerà nel prosieguo, non riuscendo a smarcarsi da un'accusa di incompletezza nemmeno questo tentativo di intendere l'onere come una situazione giuridica autonoma riuscirà a smarcarsi dal rischio di una smentita.

⁷¹ In argomento, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 212, precisa che «[l'attività delle parti] che tendono a mutare a proprio vantaggio la estensione del campo di conoscenza giudiziale della realtà materiale è dunque l'elemento fondamentale (statico) del metodo dispositivo. Ma appunto il fatto che esso si svolga in un'attività che si incontra, essendo sullo stesso suo piano, con quella dell'avversario, ne svela, dal lato dinamico, un nuovo aspetto e cioè il suo coordinarsi con una situazione giuridica dell'avversario che, quando è svantaggiosa, viene denominata onere; il quale è dunque il riflettersi della situazione di vantaggio di una parte sulla posizione giuridica dell'altra parte».

In quest'ambito specifico si vedano anche, fra gli altri, le osservazioni di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, pp. 19, 256 ss.; E. ESPOSITO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2008, pp. 753 ss.; S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, pp. 525 ss. e G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 85 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 66 ss.

⁷² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 377, «nel lessico goldschimidiano l'onere è la 'coazione ad atti che scongiurino scacchi culminanti nella decisione sfavorevole'. Spesso sono oneri imperfetti perché l'interessato inerte talvolta schiva l'esito infausto *ope iudicis* (ad esempio quando a istruzione conclusa acquisisce prove non dedotte), ma corre seri rischi».

4. L'onere e il potere.

Se l'inquadramento dell'onere nella categoria dei doveri presenta insuperabili criticità, l'alternativa obbligata sembra esser quella di verificare se sussistono maggiori affinità con le situazioni di potere. Si osserva, allora, che, in base ad esse, ogni qual volta un soggetto, per sua libera scelta, traduce una possibilità giuridica in esistenza, ossia in un atto concreto, sta esercitando un potere⁷³.

Come nei doveri in cui la necessità rappresenta la loro matrice, così nei poteri l'archetipo da cui originano va individuato nella libertà di determinarsi per modificare la realtà giuridica, ossia per produrre quegli effetti che l'ordinamento riconosce al titolare di un diritto⁷⁴. Alla categoria, secondo quest'ordine di idee, si ritiene appartengano le facoltà, i diritti soggettivi e le potestà.

Esse si distinguono in base alla forma che assume il comportamento materiale, ovvero se esso consiste in un *agere* o in uno *iubere*.

⁷³ G. MIELE, *Principi*, cit., p. 45, descrive il potere giuridico «non già come una posizione, ma come una forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica».

⁷⁴ Per la definizione di potere così ricostruita, fra gli altri, v. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano, 1957, pp. 26 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 43 ss.; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, pp. 114; F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., pp. 151 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., p. 218; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, p. 2; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 211 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 308-309; G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., pp. 238 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 26, 75 ss.; A. LENER, *Potere e potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 610 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 114 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 119; F. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 172 ss.

La potestà è la situazione soggettiva in cui si descrive «la potenza di comandare *super partes*»⁷⁵. La figura si pone al vertice della piramide rappresentando la massima espressione del potere. Il legislatore che emana una legge, ad esempio, emette una prescrizione *super partes*, dunque, esercita la potestà legislativa.

Ad un gradino più basso, invece, si attesta il diritto soggettivo, ovvero «la potenza di comandare *inter partes*»⁷⁶. Esso spetta al soggetto che al tempo stesso è parte del rapporto in cui esso si esplica.

Dunque, importando anche qui l'ulteriore parametro rappresentato dall'interesse, può osservarsi che nel caso del diritto soggettivo, l'individuo rivendica la tutela di un interesse proprio⁷⁷. Quest'aspetto lo distanzia dalla potestà, dove l'interesse tutelato non appartiene al soggetto che esercita il potere⁷⁸.

La facoltà, invece, sebbene si proponga anch'essa per la tutela di un interesse proprio, si distingue da entrambe consistendo in un libero agire e non nell'esercizio propositivo di un comando o di una

⁷⁵ Così icasticamente descritto da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 152.

⁷⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 152.

⁷⁷ R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, p. 76, descrive questa situazione come «il potere attribuito ad un soggetto al fine di esplicitare la prevalenza del proprio interesse su quello contrapposto di un altro soggetto, al quale incombe un contrapposto obbligo di subordinare il proprio interesse a quello del primo, in modo da dar luogo a soddisfacimento di questo primo interesse».

⁷⁸ Specificamente sulla figura di diritto soggettivo, v. W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 661 ss.; A. LENER, *Potere e potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 610-642; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 36 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 54 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 70.

domanda di tutela⁷⁹. Essa, difatti non tende a coartare le condotte altrui⁸⁰ ma si contraddistingue come un “*agere licere*” agli antipodi

⁷⁹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 85, ha sostenuto l'autonomia concettuale della facoltà, definendola come una «leceità giuridica, libertà di compiere un atto conforme al diritto oggettivo, sia esso o meno produttivo di effetti giuridici». Analogamente v. anche V. FROSINI, *Facoltà*, in *Nvss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1119 che ha ricondotto la facoltà sotto «lo stesso principio interno di arbitrio giuridico del soggetto, che può avvalersi del diritto oggettivo, cioè immettere la sua azione nella vita delle forme giuridiche, o può rinunciare ad esercitare tale prerogativa». In generale sul tema, fra gli altri, v. A. ANASTASI, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 207 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 166; U. CARNEVALI, *Facoltà*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 172; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 54; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., p.284; S. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nvss. dig. it.*, IV, Torino, 1981, pp. 872 ss.; C. MORTARI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 175; S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 60; ID., *Esecuzione forzata*, cit., p. 92; G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 546; F. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 175 ss.; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pp. 325 ss. che afferma la concezione esterna delle facoltà, ritenendo esse come delle possibilità giuridiche esterne alla sfera del diritto soggettivo.

In contrasto con questo orientamento si pone quella dottrina che nega, invece, l'indipendenza giuridica alla facoltà rispetto al diritto soggettivo, ritenendo che essa «concorre a costituire il contenuto dei diritti soggettivi complessi consenzienti l'esplicazione di attività diverse» (U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 62). Fra gli altri, a cui si rinvia, non si tralascia che anche F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit. p. 244, ha descritto la qualificazione giuridica dei comportamenti facoltativi come «il tentativo di dare corpo alle ombre» in cui si rinviene «una non qualifica, desunta dalla constatazione che quel dato comportamento che non forma oggetto di alcuna previsione normativa, non potrà mai costituire il tema di una valutazione». Cfr., per questa dissenziente posizione dottrina F.S. AZZARITI- G. MARTINEZ, *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943, p. 14; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1951, p. 83; F.B. CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Torino, 1905, pp. 61 ss.; ID., *Rapporto giuridico*, Milano, 1959, pp. 111 ss.; G. CRISCUOLI, *Diritti facoltativi*, in *Enc. forense*, III, Milano, 1958, p. 167; B. DUSI, *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche*, in *Studi Senesi*, 1902, XLX, p. 225; A. FALZEA, *Capacità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 201 ss., nota 186; G. PUGLIESE, *Diritti reali, ivi*, XII, pp. 768 ss.; F. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 50; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 92; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 84 ss.; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, p. 85.

delle situazioni di dovere. Si ritiene infatti che, in maniera perfettamente chirale, il concetto di facoltà possa configurarsi come l'esatto rovescio di quello di obbligo: il primo, «denota semplicemente qualsiasi 'fare', ovvero il 'fare' nelle sue generiche possibilità o virtualità, posizione pratica espressa dal dilemma 'poter fare - poter non fare'; quindi la negazione del facoltativo non è il non-facoltativo, bensì l'obbligatorio, posizione esprimibile, parallelamente, con il dilemma 'dover fare - dover non fare'. Facoltà e obbligatorietà hanno tuttavia un'origine comune nello specificarsi del generico 'fare' nel fare tipico o regolato: soltanto questo, infatti, può diventare oggetto di un comando o di un obbligo, dato che è possibile volere un comportamento altrui solo attraverso il procedimento astrattivo che stacca l'azione dalla volizione»⁸¹. La facoltà, in altre parole, descrive «le varie specie di possibilità offerte ad un soggetto di indirizzare gli atti ed i fatti attraverso cui esercitare i suoi diritti nella direzione prescelta (entro i limiti cui la legge gli assicura protezione)»⁸².

⁸⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 166, offre alcuni esempi per spiegare il significato di questo assunto: «un dubbio può sorgere, invece a proposito dell'elemento formale nella facoltà e perciò intorno al suo carattere di potere giuridico. Certo a chi osserva superficialmente il dato può sembrare che nel fatto di chi coglie, in seguito al permesso, una rosa nel mio giardino, come di me che respingo in seguito ad un divieto, un intruso dalla mia casa, nulla più che una possibilità fisica si manifesti; ma il vero è che il diritto aggiunge a tale possibilità la sua garanzia, vietando agli altri di menomarla; e proprio in questo accrescimento della possibilità dovuto all'esistenza del comando, sta il carattere giuridico del potere».

⁸¹ In tal modo secondo W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, cit., p. 679. Analogamente, v. anche, fra gli altri, S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pp. 218 ss.; G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, cit., p. 546.

⁸² In tal modo l'ha definita C. MORTARI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 175.

Nella dinamica processuale, osservando come si configurano i diritti fondamentali spettanti all'imputato, si può trarre che rispetto alla statica titolarità dei diritti inalienabili e inviolabili, le facoltà definiscono la possibilità dinamica di esercitarli o la scelta di non avvalersene⁸³.

Da queste riflessioni ricostruttive può dedursi che le situazioni di potere, comunque si voglia intenderle, traducendo in azione la statica titolarità di un diritto, si connotano per la proiezione teleologica dei comportamenti sul fine, il conseguimento dell'effetto, che si raggiunge una volta che le condotte materiali assunte abbiano corrisposto il modello astratto descritto nella norma⁸⁴.

Ciò non basta per spiegarne anche la portata *ab externo*: i poteri, quando espletati conformemente alla norma di riferimento, instaurano le vicende costitutive di ulteriori situazioni giuridiche nella sfera di altri soggetti⁸⁵ in una proiezione dinamico-strumentale

⁸³ Per questa ricostruzione, fra gli altri, v. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, pp. 39-41; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, VII. 1, Milano, 2004, pp. 23-24. Di diverso avviso, O. DOMINIONI, sub *artt. 64-64*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, I, Milano, 1989, pp. 404-405 che invece contrappone il diritto alla facoltà, considerando quest'ultima come qualcosa di meno del diritto stesso. Sui rapporti fra diritti soggettivi e facoltà, si rinvia, per tutti a A. ANASTASI, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 207 ss.

⁸⁴ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 212, descrive il così passaggio: «applicando i concetti fissati in sede di analisi della situazione soggettiva intesa come struttura formale, è dato rinvenire nel potere il rapporto dialettico di due termini, costituiti dal soggetto e dalla fattispecie legale di un comportamento appartenente al tipo degli atti normativi. Non ogni attitudine a porre in essere un comportamento giuridicamente rilevante, ma soltanto quella che si esprime nella realizzazione di un atto che rivesta la forma di una proposizione normativa finale o strumentale-dinamica costituisce un potere».

⁸⁵ Questa affermazione è condivisa da quella parte della dottrina impegnata a sostenere che nella descrizione della figura del potere si rinviene un utile valore

che rappresenta perfettamente le interconnessioni che legano gli atti, l'uno susseguentemente all'altro, nella sequenza processuale.

Il danneggiato dal reato, ad esempio, che intenda far valere il suo diritto al risarcimento, deve costituirsi parte civile. Una volta rispettate tutte le forme richieste per la presentazione della domanda (artt. 74 e 523 c.p.p.), determinerà in capo al giudice il dovere di decidere anche sulle pretese risarcitorie.

Sulla scorta di queste riflessioni si può affermare che la figura dell'onere può esser ricompresa, con più facilità, nella categoria dei poteri, dal momento che il tratto distintivo di questa situazione può essere individuato nella libera scelta di voler ottenere un dato risultato da cui discende, subordinatamente, la necessità di conformarsi onerosamente alle modalità di comportamento prescritte. Più specificamente, questa complessa figura di qualificazione giuridica potrebbe descrivere una particolare forma di potere, quella che delinea la possibilità di «porre in essere la condizione (necessaria e sufficiente) per il conseguimento di un effetto giuridico, considerato favorevole per il soggetto stesso»⁸⁶ che altrimenti non potrebbe conseguirsi in altro modo⁸⁷.

ricostruttivo soltanto quando questo descrive gli effetti per o sugli altri soggetti ricompresi nel rapporto che si instaura in seguito al suo esercizio. Sul tema v., fra gli altri, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 211; A. FALZEA, *Capacità (Teoria generale)*, cit., pp. 17-18, 43; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 130-131; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 82; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., p. 614; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, pp. 34 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, p. 118; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, pp. 179-180 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., pp. 24, 72; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 130-131.

⁸⁶ Così, testualmente, secondo G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 85. Della stessa opinione, oltre F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*,

La dottrina così orientata ha spostato concettualmente l'onere dalle situazioni sfavorevoli al soggetto, che quindi lo coinvolgono passivamente come per gli obblighi, a quelle vantaggiose ammantate dalla libertà propria di agire⁸⁸.

In tal modo può osservarsi che questa controversa figura descriverebbe quel nesso teleologico⁸⁹ che lega i mezzi, quando idonei, al raggiungimento dello scopo liberamente prescelto. Ciò implica che l'onere ha la possibilità, il potere, di conseguire il fine attraverso il compimento dell'atto che l'ordinamento giuridico considera a ciò necessario⁹⁰.

Tuttavia, nel tentativo di trovare per l'onere una collocazione indipendente nell'albero genealogico delle figure di potere, parte di

cit., p. 264; v. anche R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., pp. 114 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, p. 303; S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., p. 279; G. GUARNIERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, cit., p. 175; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nuovo digesto it.*, IV, Torino, 1981, p. 874; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 74.

⁸⁷ O. T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, cit., p. 108, colloca l'onere nella categoria dei poteri in questi termini: «l'onere costituisce un criterio di qualificazione giuridica, che va ad incidere sulla stessa morfologia del potere, connotandolo attraverso vincoli che rendono più complessa la situazione giuridica».

⁸⁸ V. le riflessioni sul tema di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 230 e P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., p. 111.

⁸⁹ La scelta semantica dell'aggettivo "teleologico" non è casuale dal momento che esso è orientato a distinguere la diversa considerazione che all'interno della dinamica processuale viene riservata all'esercizio dei poteri delle parti piuttosto che alle semplici facoltà. Sull'argomento si rinvia alle riflessioni di G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 103.

⁹⁰ Per questa posizione v. G. GUARNIERI, *Sulla teoria generale del processo*, cit., p. 175; P. GASPARRI, *Appunti in tema di validità ed invalidità giuridiche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, p. 280; S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 279-281; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, rist., Milano, 1951, p. 21; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 46; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., p. 874; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 102; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed. Padova, 1962, p. 59; G.L. PELIZZI, *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967, p. 104, nota 115; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 74.

questo orientamento è finito per sistemarlo in una ramificazione secondaria⁹¹, perennemente subordinata e dunque servente rispetto all'esercizio dinamico di una facoltà⁹², in cui è comunque sempre intrinsecamente ricompresa la teleologica necessità di conformità al modello legale. Infatti, è stato osservato che «si parla di facoltà quando taluno può determinare la completezza di una fattispecie giuridica. Ma, esaminata da un diverso punto di vista, la facoltà costituisce un onere, in quanto la sua attuazione è necessaria per poter conseguire il risultato favorevole»⁹³.

Resta da chiedersi, allora, se l'onere, nelle vesti di autonoma figura di qualificazione giuridica dei comportamenti, offra quel *quid pluris* necessario a distinguersi definitivamente dalle altre situazioni di potere o se piuttosto, sulle basi tracciate, possa affermarsi definitivamente che esso descriva semplicemente la proiezione teleologica a cui tende fisiologicamente ogni serie di atti ordinati al raggiungimento di uno scopo⁹⁴.

⁹¹ Così, per tutti, nella ricostruzione di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pp. 49-59, che colloca l'onere in una «posizione secondaria e complementare» coordinata all'esercizio di un diritto potestativo». Sul tema v. anche P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., p. 113.

⁹² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 184, nota 39, ha definito l'onere come «un profilo di necessità giuridica riferita al potere come figura obiettiva e dinamica». Della stessa opinione anche P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 174, nota 10. Per alcuni rilievi critici v. N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, pp. 20 ss.

⁹³ R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., p. 114.

⁹⁴ Su quest'aspetto, G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 96, conclude la sua analisi, asserendo che «non si tratta pertanto di un dovere attenuato o di una facoltà aggravata (se così si può dire), non si tratta cioè di un autonomo concetto giuridico da contrapporsi all'obbligo, bensì del modo di essere di una *facultas agendi*, di un potere il cui esercizio è necessario se il titolare di esso vuole raggiungere un dato effetto, sia questo l'accettazione dell'eredità, oppure il porre il giudice nella condizione di pronunciare sulla controversia».

5. L'onere e la norma.

Le riflessioni riguardo i procedimenti di qualificazione giuridica hanno offerto l'occasione per notare che l'unica unità di misura in grado di dotare ogni fatto materiale di rilevanza giuridica, fra cui rientrano, come visto, anche i comportamenti⁹⁵, è racchiusa nelle disposizioni⁹⁶ in cui sono descritti i presupposti necessari per produrre gli effetti da essi condizionati⁹⁷. Il paradigma normativo funge, allora, da criterio generale di regolarità che connota, secondo

⁹⁵ A. E. CAMMARATA, *La positività del diritto e il valore «pratico» della norma di condotta*, (1925), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, cit., p. 196, sostiene che la riprova della giuridicità della norma «è data dalle forme o figure di qualificazione giuridica: solo assumendo una norma come esclusivo criterio di regolarità è possibile qualificare le manifestazioni di una o più attività pratiche - i contegni - come contegni obbligatori, facoltativi o illeciti. Nessun fatto, o più esattamente nessun avvenimento, ha interesse per il giurista, quando questi non possa rinvenirsi i presupposti materiali per la qualificazione di uno o più contegni secondo le forme o figure su dette».

⁹⁶ Con la scelta semantica del termine “disposizione”, per introdurre le osservazioni sulla sua struttura e sulla sua funzione, si intende mettere in luce che esso descrive l'enunciato linguistico, il significante, che appartiene ad una fonte di produzione del diritto; diversamente dal termine “norma” con cui, invece, si indica il significato attribuito, attraverso l'attività interpretativa, alla proposizione normativa, a un frammento di essa, a più frammenti combinati o a più combinate proposizioni. Per più ampi cenni sul tema, si rinvia a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.; R. GUASTINI, *Disposizione vs. Norma*, in *Giur. cost.*, 1989, II, pp. 3 ss.; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1993, pp. 17-18; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, I, 1, Milano, 1998, pp. 15 ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 4; F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 374 ss.; U. SCARPELLI, *Norma*, in AA. VV., *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, pp. 370 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1991, p. 69.

⁹⁷ Esemplicamente, per tutti, si richiamano le parole di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 50, secondo cui «il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impartisce il significato giuridico di modo che l'atto possa essere qualificato secondo questa norma. La norma funziona così da schema normativo».

il diritto, quei fatti materiali, ovvero quegli avvenimenti storici, assunti come oggetto della sussunzione giuridica. Esso si pone, quindi, come quella premessa maggiore del sillogismo, all'interno del quale, la fattispecie riveste la posizione mediana fra l'azione e il suo culmine, la realizzazione dell'effetto giuridico, ovvero lo sviluppo del mutamento giuridico prefissato.

Se questa è generalmente la sua funzione, ciò mette in evidenza che ad essa corrisponde, quanto alle forme, una proposizione prescrittiva in forza della quale «dato A deve verificarsi B»⁹⁸. Questi enunciati si costruiscono morfologicamente secondo una struttura condizionale dove ad una *pròtasi*, in cui sono descritte le circostanze condizionanti, le informazioni genetiche, ne discende l'*apòdosi*, le conseguenze giuridiche ad essa ricollegate⁹⁹.

La relazione consequenziale che si descrive ad opera dei sintagmi “se... allora” si sviluppa lungo il congiungimento di due poli, rappresentati dal modello legale astratto e dal suo conseguente effetto giuridico, che scandiscono, come detto, il ritmo sillogistico¹⁰⁰

⁹⁸ La formula si deve a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura*, cit., pp. 63-64; ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1952, trad. it., a cura di S. Cotta e G. Treves, Vicenza, 1963, pp. 43-50.

⁹⁹ Così secondo R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 24-26; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 36-38. Analogamente v. anche N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 86 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 32-33; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 471; O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 4; F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, cit., pp. 328-393; U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, pp. 15-33; ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 140, ss.

¹⁰⁰ In particolare F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 32, con questo concetto spiega quella che sono le dinamiche di ogni «diritto possibile», specificando che «[...] implicazioni filosofiche a parte, possiamo individuare la legge fondamentale di ogni processo conoscitivo concernente qualche fenomeno della realtà giuridica, secondo cui opera la norma giuridica: quest'ultima, insomma, si pone come il criterio in forza del quale, dato A, deve

in modo da porsi non tanto come un comando ma come un giudizio ipotetico¹⁰¹.

Tuttavia, sebbene questo rappresenti il paradigma classico, considerata la sua propria eteronomia, non tutte le sue coniugazioni presentano gli stessi risvolti in ordine alla funzione che le proposizioni normative si propongono di svolgere e di conseguenza alla struttura morfologica che esse assumono.

Nelle situazioni di dovere, si è visto, l'enunciato prescrive un «dover essere»¹⁰² per la cui violazione, il compimento di un atto illecito, è

verificarsi B, intesi tali termini come classi di fatti tra i quali la norma funziona da criterio di determinazione di un nesso pensato come necessario».

¹⁰¹ In questa specificazione in merito alla funzione svolta dalle norme si attesta il superamento dell'imperativismo giuridico ad appannaggio del positivismo giuridico. Sul tema, si riportano per tutti le ben più ampie osservazioni di F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, cit., p. 337, secondo cui «alla concezione imperativa della norma giuridica [...] si oppone allora la concezione della norma come 'giudizio ipotetico' o come qualificazione o valutazione di soggetti, situazioni, comportamenti, oggetti e in generale fatti intesi nell'accezione più generica e comprensiva. [...] Tale qualificazione si risolve nell'attribuzione di una conseguenza al fatto astrattamente e ipoteticamente previsto, nel che consiste la 'rilevanza' giuridica del fatto stesso».

Analogamente, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 160; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 89; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, p. 11; ID., *Disposizione (e norma)*, cit., pp. 238-261; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., pp. 415 ss.; G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, pp. 29 ss.; U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, cit., p. 15.

¹⁰² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 62-64, il quale osserva che nel "dover essere" (*das Sollen*) si rinviene il tratto che distingue le norme giuridiche da quelle morali. Egli afferma, infatti che «come la legge naturale connette un determinato fatto come causa a un altro come effetto, così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto. [...] La conseguenza del diritto è imputata alla condizione giuridica. L'espressione di questo rapporto (che è insieme l'espressione dell'esistenza specifica del diritto, della sua validità, cioè del significato particolare in cui sono posti nel reciproco rapporto i fatti appartenenti al sistema del diritto) non è altro che il dover essere (*das Sollen*) con cui la dottrina pura del diritto rappresenta il diritto positivo; così come la necessità (*das Müssen*) è l'espressione della legge di causalità.

prevista una sanzione. Diversamente, per le situazioni di potere, invece, si prevede ugualmente una prescrizione, cioè un'imposizione di conformità al modello, ma dal cui non adeguamento ne discende il mancato avveramento del mutamento giuridico sperato.

Nel primo caso, dunque, si configura un imperativo categorico, «ovvero una prescrizione di un'azione buona in senso assoluto, che deve essere compiuta senza condizioni, ovvero con nessun altro fine che il compimento dell'azione in quanto azione doverosa»¹⁰³; nel secondo invece un imperativo ipotetico, ossia «una prescrizione di un'azione buona per raggiungere un fine, cioè un'azione che non è buona in senso assoluto, ma è buona soltanto se si vuole, o se si deve, raggiungere un certo fine, e quindi viene compiuta condizionatamente al raggiungimento del fine»¹⁰⁴.

Se ci attenissimo a queste due sole categorie, dovremmo dubitare che l'onere possa distinguersi dalle figure di obbligo o di potere, o addirittura che possa esser dotato di una propria rilevanza giuridica.

¹⁰³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 105. Sebbene questa distinzione si debba a E. KANT, *La fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di P. Chiodi, 1997, *passim*. Cfr. U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1962, *passim*; R. TREVES, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pp. 35 ss.

¹⁰⁴ Così ancora secondo N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 106. In generale, sull'argomento dell'imperativismo giuridico, si rinvia, per una ben più nutrita analisi, a N. BOBBIO, *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1956, pp. 109-122; ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 66 ss.; ID., *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 105 ss.; P. FEDELE, *Dei precetti ecclesiastici*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, pp. 265 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M. Torre, Torino, 1985, pp. 6 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pp. 6-7; K. OLIVECRONA, *L'imperativo della legge*, in *Jus*, (5), 1954, pp. 451-468; F. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 317; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto* (1878), cit., pp. 11 ss.

Esso, piuttosto, rimarrebbe assorbito dall'una o dall'altra a seconda che si intenda esaltare la libera scelta del fine o la doverosità della condotta prescritta.

Tuttavia, un tentativo per provare a prestare un paradigma normativo in grado di sussumere le modalità di comportamento che si combinano nella figura di onere si è fatto largo sulla scorta di quella dottrina che ha estrapolato un *tertium genus* di disposizioni, le cd. norme tecniche o regole finali¹⁰⁵. Esse sono espressione del capovolgimento del modo classico di intendere il rapporto fra la causa e l'effetto, ovvero fra un dato comportarsi e il risultato prefissato¹⁰⁶, stabilendo «azioni non buone in se stesse ma buone per raggiungere un certo fine»¹⁰⁷.

La struttura di queste norme è stata intessuta sfilando la trama degli imperativi ipotetici (*Imperativen der Geschicklichkeit*) per i quali, come visto, «se agisci nel modo A, si verificherà B». Questi precetti, caratterizzati appunto dalla coercitività, descrivono i meccanismi della causalità efficiente dove, secondo la meccanica normativa classica, A rappresenta l'antecedente condizionante, mentre B la conseguenza da esso condizionata.

¹⁰⁵ Questa categoria è stata coniata da A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, pp. 31 ss. Tuttavia, si deve a G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, pp. 63 ss., lo sviluppo teorico in relazione alla figura dell'onere. Sull'argomento v. anche per delle riflessioni critiche G. AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991, *passim*; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., pp. 54 ss.; ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, cit., pp. 109 ss.

¹⁰⁶ Sull'argomento si sono soffermati anche N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 87 ss.; G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., pp. 28 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3.

¹⁰⁷ Così ancora riprendendo le definizioni offerte da N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 160; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 89.

Diversamente, dalla scomposizione ideale della struttura delle disposizioni codicistiche che descrivono di quali elementi l'atto giuridico deve essere dotato per poter essere valido e dunque efficace, è stato osservato che, stando ad esse, le regole finali si distinguono dagli imperativi per non prescrivere un comando: «il cittadino che si astiene dal compiere qualcuno dei fatti [prescritti], non commette una disobbedienza alla legge, una violazione del diritto: soltanto non dà vita ad un atto valido, e quindi non produce quelle conseguenze giuridiche che dall'atto valido sarebbero derivate»¹⁰⁸.

Da ciò può evincersi che, stando alla loro funzione, esse fissano il fine, il perfezionamento di un atto produttivo di effetti, per ottenere il quale bisogna agire conformemente al modello.

Lo schema logico che sostiene queste disposizioni si regge su un'inversione dell'ordine dei fattori per opera del capovolgimento fra l'*apodosi*, l'effetto, e la *protasi*, il comportamento indicato: se vuoi che l'atto produca le conseguenze giuridiche sperate, allora devi agire nel modo prescritto. In tal modo, il giudizio ipotetico efficiente - se agisci nel modo A si verificherà B - si considera tramutato in un giudizio ipotetico finale dove se vuoi che si verifichi B bisognerà agire nel modo A. L'effetto assurge al ruolo di antecedente, il mezzo necessitato a quello di conseguente¹⁰⁹.

¹⁰⁸ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., p. 180.

¹⁰⁹ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., pp. 70-73, chiarisce che «le regole finali possono peraltro essere espresse esattamente nella forma di proposizioni ipotetiche, di giudizi ipotetici, e sono precisamente giudizi ipotetici finali, in quanto esprimono un rapporto di *causalità finale*. È noto che ad ogni rapporto di causalità efficiente corrisponde un rapporto di causalità finale tutte le volte che l'effetto, per sua natura, può essere rappresentato come fine e perciò a sua volta, come causa (finale), dell'operare o dell'agire».

Tutte le leggi che connettono date conseguenze giuridiche ad azioni umane, secondo questa teoria, conterrebbero principi generatori di regole finali: esse consentirebbero, appunto, che l'effetto venga elevato a scopo della volontà ed a causa dell'operare¹¹⁰.

In questa asserzione, tuttavia, si intravedono le crepe di un impianto argomentativo che stenta a reggersi, restringendo il campo a soli presupposti giuridici che non attingano alla sfera della volontà e dunque a valutazioni di convenienza intra-soggettive¹¹¹.

Inoltre, per opera del capovolgimento dei fattori, enfatizzato dal paradigma delle norme tecniche, la dottrina sull'argomento ha coniato, poi, anche una a dir poco "stonata" figura di qualificazione giuridica: "il dovere libero"¹¹².

In questa eccentrica costruzione teorica, il volere individuale - teleologicamente orientato verso il risultato - assurgerebbe a parametro primo dell'agire nel tentativo di obiettivizzare un giudizio prettamente interiore nella dinamica delle sussunzioni fra comportamenti e situazioni soggettive. Esso descriverebbe un

¹¹⁰ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., p. 85.

¹¹¹ N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 116, colloca il rapporto di causalità finale sul piano subiettivo ed individuale della volontà, ritenendo che «il legame tra mezzo e scopo, fra strumento e risultato, riposa sulla direzione della volontà e dunque non ha carattere assoluto e costante ma relativo e mutevole. L'indagine si sposta dal ritmo uniforme di fattispecie ed effetto alle oscure zone della psiche umana, dove sovente gli scopi non appaiono limpidi ed i mezzi sono usati con inconsapevole disattenzione. Il nesso normativo si proietta nel campo del volere individuale che sceglie e subito abbandona uno scopo e adibisce mezzi idonei o inadeguati». Sull'argomento v. anche R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della Università di Macerata*, vol. XII-XII, Padova, 1939, p. 115. Per delle osservazioni sul giudizio di convenienza v. G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 104.

¹¹² G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., p. 73, spiega che per libero si intende «la piena libertà di volere o di non volere conseguire quel determinato scopo, e quindi piena libertà di volere o di non volere compiere quella azione, che è il mezzo per il raggiungimento dello scopo».

modello comportamentale combinato in base al quale, se si vuole, per libera scelta, raggiungere il fine B, allora bisognerà doverosamente agire nel modo A. Mentre se non si vuole raggiungere il fine B, la necessità di adeguarsi al modo A neppure si pone¹¹³. All'interno di questa composita situazione, pertanto, si abbinerebbero una libera scelta del fine, ovvero una connotazione delle figure di potere, che seppur in posizione avanzata cederebbe il passo alla necessità di adeguarsi ad un dato modello, la peculiarità dei doveri, per denotarne la natura giuridica.

Risulta facilmente intuibile, giunti a questo punto, che appaiare il concetto di libertà alle situazioni di necessità¹¹⁴, bollando il tutto con l'etichetta dei doveri, genera una vera e propria *contradictio in adiecto*¹¹⁵: risuona del tutto illogico e oltremodo contraddittorio qualificare come doverosa una fattispecie che acconsente la possibilità di violare se stessa; o l'una o l'altra.

¹¹³ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., pp. 184-185, nota 2, approfondisce questo passaggio, ricordando che, «quando la mia volontà ha deliberato di produrre certe conseguenze giuridiche, che sono *libero*, secondo la legge, di produrre o no, se non tengo la condotta idonea a produrle, si potrà dire che disobbedisco ad un comando della ragione (perché agisce contro ragione chi vuole il fine senza volere i mezzi), ma non ad un comando della legge».

¹¹⁴ N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 118, chiarisce ancora che «le regole imperative e le regole finali non appartengono, come crede la teoria brunettiana, all'identico genere delle 'regole giuridiche'; né la necessità assoluta delle une e la necessità teleologica delle altre si riconducono alla medesima categoria della 'necessità giuridica'. Il carattere di necessità esprime l'oggettiva correlazione di fattispecie ed effetto [...]. Qui necessità è propriamente l'inderogabile ritmo del sillogismo, onde, posta la premessa, segue la conclusione. [...] La necessità teleologica non è vera necessità, ma opportunità e giudizio di convenienza».

¹¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 163, specifica che «ciò che è libero, nelle regole finali, è il fine, ma il fine, appunto perché libero, non è doveroso; ciò che è doveroso è il mezzo, ma appunto per il fatto di essere doveroso, una volta scelto il fine, non è più libero». Dello stesso critico avviso sono anche N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., pp. 120 ss. e G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 101-102.

Del resto, una figura di dovere, inopportunamente ammantata di libertà, finisce anche per rinnegare che le regole finali possano ritenersi delle disposizioni giuridiche dai profili rilevanti al di là del nesso obiettivo che lega già, in ogni giudizio ipotetico, la fattispecie al suo proprio effetto.

Per questa ragione, le norme tecniche sono apparse come delle semplici «trascrizioni psicologiche del nesso normativo fra antecedente e conseguente»¹¹⁶.

D'altro canto, nella stessa messa a punto della struttura del dovere libero, è affiorato nel suo creatore il sospetto che esso non fosse propriamente riconducibile nell'alveo dei doveri assoluti, bensì si sarebbe potuto far rientrare nella più ampia categoria dei «doveri giuridicamente rilevanti, e anche giuridicamente efficaci, nel senso che produttivi di conseguenze giuridiche. Il nome interessa poco, purché ci s'intenda sul concetto: si tratta di un dovere, che non è giuridico, ma non è neppure giuridicamente indifferente»¹¹⁷.

Invece, proprio perché nel mondo delle sussunzioni giuridiche, le qualificazioni contano eccome, tali ricostruzioni dogmatiche offrono la prova esattamente contraria di quanto avrebbero voluto dimostrare: esse svelano che il dovere libero non è una situazione di dovere. Si è già precisato che esso si connota per il giudizio di conformità al precetto che qualifica come illegittime tutte le azioni

¹¹⁶ Così secondo il giudizio di N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 116, che prosegue ritenendo che «il passaggio dal rapporto di causalità efficiente al rapporto di causalità finale non è una semplice conversione, né obbedisce ad un canone di simmetria logica: esso determina variazione di piani e adozione di punti di vista eterogenei. L'un rapporto sta sul piano obiettivo e generale dell'ordinamento giuridico che foggia tipi di fatti e all'accadere di essi ricollega valutazioni di doverosità di contegni umani».

¹¹⁷ G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cit., p. 88.

difforni da quelle prescritte dal comando della norma, rompendo quella posizione di neutralità acconsentita, invece, dalle attribuzioni di potere dove i comportamenti, quand'anche non risultassero conformi al modello normativo, quindi non produttivi di effetti, non sarebbero comunque sanzionati giuridicamente perché, benché necessari, non potrebbero in nessun caso considerarsi illeciti¹¹⁸.

A catena, ciò induce ad affermare che le norme tecniche, allora, descrivono quei comportamenti mossi da una propria libera scelta a cui, soltanto in subordine, si allinea il compimento delle azioni necessarie di conformità.

Malgrado ciò, si deve allo sforzo intellettuale di aver concettualmente isolato le regole finali, la specificazione della necessità teleologica rispetto al più ampio *genus* della necessità assoluta¹¹⁹. Questo parametro ha rappresentato per molti versi il fondamento logico su cui si sono confrontate le teorie moderne per elaborare la figura dell'onere¹²⁰. Infatti, assunto che le regole finali non possono descrivere delle situazioni di dovere, risalta che in esse, in virtù della preminenza concessa all'effetto-risultato, si enfatizza la libertà della sua elezione non a caso posta, nella

¹¹⁸ Per un'ampia critica ai profili del «dovere libero», v. le riflessioni di G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 63-75.

¹¹⁹ Infatti, su questo argomento G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 97, nell'inquadrare l'onere come «il modo di essere di una *facultas agendis*» piuttosto che di un obbligo, osserva che «il *vinculum* imposto in tal modo alla volontà del titolare del potere indica dunque la *necessitas pratica* di un *agere*, necessità invero fondata sulla libertà riconosciuta dalla norma al titolare stesso, ben diversa quindi da quella immediata *necessitas* di osservare il comando della norma giuridica, in che consiste il dovere, sia poi il comando stesso assistito o no da una sanzione».

¹²⁰ Di questo avviso, per tutti, E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 63; G. GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e obbligo*, cit., p. 25; N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 124; R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., pp. 114-115.

struttura morfologica, in posizione motrice del meccanismo sillogistico. In tal modo, piuttosto che di un dovere, esse descrivono, invertendo l'ordine dei fattori, le dinamiche complesse del potere all'interno delle quali è possibile, allora, collocare la figura dell'onere¹²¹.

Del resto, quest'ultimo, si distingue come una tessera del mosaico di cui si compongono le figure soggettive ammantate di libertà, in grado di interporsi come *trade d'union* tra la scelta dello scopo giuridico - se vuoi - e la necessità di conformarsi onerosamente - devi - al modello prescritto per il raggiungimento di esso¹²².

Tale conclusione conferma, tuttavia, quanto si era detto circa i meriti di rilevanza funzionale delle regole tecniche nel panorama normativo, ovvero che non importa in che modo si capovolga l'ordine dell'*apodosi* e della *protasi*, dal momento che questa rappresenta un'operazione prettamente infra-soggettiva compiuta in base ad una propria valutazione in termini di ofelimità, alla fine il risultato in termini giuridici non cambia.

¹²¹ Su quest'aspetto G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., p. 874, ha ritenuto che «in tali ipotesi si parla dell'integrazione della fattispecie giuridica mediante le attività del soggetto, cui l'ordine giuridico attribuisce tale potere, l'esercizio del quale rappresenta appunto l'unico mezzo per il raggiungimento del fine giuridico previsto».

¹²² N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 159, secondo il quale «allora l'onere si palesa come la mera necessità che sia posto un fatto corrispondente allo schema legale: si rivela, cioè come descrizione del nesso normativo di fattispecie ed effetto e non già come figura o situazione subiettiva derivante dalla norma».

6. *Segue.* Le norme costitutive.

Il concetto di onere non è stato accostato solo alle regole tecniche ridefinite, in quanto alla loro funzione, come «quelle regole che prescrivono un comportamento non in sé, ma in quanto condizione di conseguimento d'un fine contingente»¹²³, ma anche ad una diversa categoria di previsioni giuridiche: le norme costitutive¹²⁴,

¹²³ Così nella visione rimeditata da G. AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, cit., p. 13.

¹²⁴ In generale, sul tema, P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, Genova, 1983, pp. 233 ss., osserva che «nella letteratura si possono reperire almeno sei diverse concezioni della costitutività», tuttavia per ragioni analitiche, si assumerà come definizione quella coniata da J.R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 33-53 secondo cui «la regola costitutiva è condizione di esistenza su cui essa verte». Sulle sue opere v. P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano, 1997, p. 38.

Per ben più ampi cenni, nell'ambito del dibattito filosofico, si rinvia a G. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 63, 1986, *passim*; ID., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988, *passim*; N. BOBBIO, *Norma*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 177-214; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, *passim*; ID., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979, pp. 99 ss.; ID., *Le regole del Circolo Pickwick*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 3, 1995, *passim*; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., pp. 59 ss.; A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1989, *passim*; ID., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1982-1994*, Torino, 1995, *passim*; ID., *Filosofia del linguaggio normativo. III. Studi 1995-2001*, Torino, 2001, *passim*; ID., *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1983, pp. 31 e ss.; P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003, *passim*; G. FERRARI, *Regole costitutive e validità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11, 1980, *passim*; A. FILIPPONIO, *Sulla teoreticità delle norme costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 57, 1980, *passim*; R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, cit., p. 170; ID., *Teorie delle regole costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 4, 1983, p. 548-564; ID., *Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1986, *passim*; M. JORI-T. MAZZARESE, *Metaregole*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 3, 1985, p. 65-73; G. LORINI, *Il senso e la norma*, Torino, 2016, pp. 113 ss.; W. ZELANIEC, *Regola costitutiva*, in *Ricerche di filosofia del diritto*, a cura di L. Passerini Glazel, Torino, 2007, pp. 36 ss.

ovvero quelle regole la cui funzione principale è di condizionare¹²⁵ l'esistenza di determinate situazioni alla messa in atto di corrispondenti schemi di comportamento¹²⁶. All'interno di questa *species* si distinguono le norme primarie, impositrici di obblighi, dalle norme secondarie, conferenti poteri. Esse non farebbero altro che svolgere, all'interno dell'ambito processuale, una funzione dinamico-strumentale¹²⁷ attribuendo «il potere giuridico di creare, mediante procedure specifiche soggette a date condizioni, delle strutture di diritti e doveri nella cornice coattiva del diritto»¹²⁸.

¹²⁵ Da un'osservazione etimologica del termine condizione latino *condicio*, il *nomen actionis* del verbo *condicere* sovengono, sebbene da altro contesto, le parole di I. KANT, *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen*, Konigsberg, 1880, trad. it. a cura di L. Amoroso, 1984, pag. 114 secondo cui «*Was unter der Bedingung einer Regel steht, das steht auch unter der Regel selbst*» ossia «Ciò che accade sotto la condizione di una regola, ricade anche sotto la regola stessa».

¹²⁶ Sul tema, la definizione che ha aperto il dibattito dottrinale sulle regole costitutive è quella di J. R. SEARLE, *How to derive «Ought» from «Is»*, 1964, p. 55, in cui egli afferma che «le regole costitutive costituiscono (e regolano anche) forme di attività, la cui esistenza è logicamente dipendente dalle regole». Per delle riflessioni critiche, fra gli altri, cfr. G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 60; ID., *La forza costitutiva delle norme*, cit., pp. 99-109; P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., p. 234.

¹²⁷ Sulla descrizione di queste disposizioni si sofferma F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 198, affermando che «il predicato di giuridicità delle preposizioni strumentali si desume dalla loro attitudine a porsi come termine iniziale o intermedio di un processo di produzione giuridica destinato ad esaurirsi in una situazione finale di dovere, per cui il comportamento ipotizzato in ciascuna di esse, se ricondotto ad una prospettiva che appiattisca ogni fenomeno ad una dimensione uniforme, si riduce al ruolo di elemento di una fattispecie a cui è ricollegata una situazione giuridica finale». Per un'analisi della categoria delle norme strumentali v. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27; A. BARATTA, *Ricerche su "essere" e "dover essere" nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, p. 49; A. BERTINI, *Norma e situazione nella semantica giuridica*, cit., p. 47; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 232; G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967, p. 29; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 35 e ss.; G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà*, cit., p. 447, nota 6.

¹²⁸ Così nelle parole di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 35.

La loro struttura morfologica aggiungerebbe, pertanto, allo schema classico delle norme giuridiche imperative dove «se è A, allora B», un passaggio preordinato per mezzo del quale si attribuirebbe al soggetto il potere di compiere A. In questo modo, verrebbe a crearsi un'ulteriore proposizione normativa in base alla quale «se è C, allora D», dove D indicherebbe il potere di porre A, e C una ancestrale fattispecie a cui il diritto ricollegherebbe la nascita di D¹²⁹. In quest'ultima porzione della retta normativa sarebbero prescritte le modalità dell'agire, ovvero vi sarebbe spiegato che la scelta di intraprendere un'iniziativa giuridicamente rilevante reca in sé la necessità di conformarsi al paradigma astratto - l'onere - che rende efficace quell'azione e dunque necessari gli atti ad essa prodromici¹³⁰.

Queste norme delineano, allora, le modalità di esercizio di un potere descrivendo appunto in che modo, all'interno della sua meccanica, l'onere qualifica il legame tra i comportamenti richiesti per perfezionare la situazione soggettiva di riferimento. Tali regole aiuterebbero, quindi, a fissare dove, nel ritmo sillogistico, è precisamente fissato il nesso teleologico fra mezzo e fine in base al quale, in ogni forma di potere, fisiologicamente insiste l'intrinseca

¹²⁹ A seguito di queste riflessioni N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 159, ha specificato che «dire che esiste una categoria di norme attributive di poteri significa dire che esiste una pluralità di fattispecie, da cui derivano, di volta in volta, i poteri del privato».

¹³⁰ Su quest'aspetto, fra gli altri, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 27-29, ha messo in evidenza che «le norme sulla produzione giuridica, insomma norme dinamiche, qualificate anche strumentali, manifestano la loro proprietà caratteristica nel conferire poteri. S'intende qui per potere, puramente e semplicemente, la condizione nella quale alcuno è in grado di dettare un certo regolamento di atti umani. [...] Dunque di porre atti normativi. Ossia un atto che rende intellegibile, nell'obiettivo del suo tenore, il proprio contenuto giuridico, conforme agli effetti giuridici prodotti».

necessità di conformare il compimento degli atti richiesti al modello astratto per ottenere il mutamento giuridico sperato¹³¹. Non a caso, stando a questa logica, è stato ritenuto che l'esercizio di una facoltà, intesa come paradigma complesso di queste modalità, rappresenta «la chiave di volta del sistema giuridico, poiché principalmente per suo mezzo che si opera il passaggio dalla statica alla dinamica del diritto»¹³².

Tuttavia, non può tralasciarsi, per un certo senso di realismo, che nei sistemi dei codici processuali, non esistono disposizioni di questo genere. Le norme strumentali¹³³, difatti, sebbene possano in astratto aiutare a comprendere gli elementi generatori e qualificanti delle situazioni giuridiche, laddove in concreto venissero tradotte in disposizioni regolatrici di situazioni processuali, generebbero una duplicazione dei fenomeni che regolano l'agire¹³⁴. Questi aspetti

¹³¹ Così secondo H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 50-51. Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 198-199; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 85.

¹³² Con queste parole G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 127 inquadra il valore delle situazioni di potere nella dinamica del diritto.

¹³³ Per dei cenni ulteriori sulla struttura di queste norme si rinvia a F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 122.

Per le cosiddette norme sulla produzione giuridica, v. M. BARBERIS, *Il diritto come comportamento*, Torino, 1988, pp. 184-194; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 202-204; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Roma-Bari, 2002, pp. 278-281; H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 71-91; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 62-63.

¹³⁴ A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., p. 400, osserva che «tutte le volte che la legge determina le condizioni indispensabili [...] per il sorgere o lo estinguersi di certe conseguenze giuridiche» per cui dalla difformità della condotta materiale scaturisca «un'impossibilità giuridica, la condotta del soggetto non viene in esame in quanto oggetto di giuridica qualificazione, ma in quanto fatto». Dello stesso avviso anche M. GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952, pp. 34-35, secondo il quale «le manifestazioni di volontà non cessano, tuttavia, per questo di essere un mero elemento, un mero aspetto - anche se il principale - del 'fatto' contemplato dalle norme giuridiche

sono direttamente tradotti, infatti, in modalità dei comportamenti o in requisiti dei modelli astratti. Del resto, è stato messo in luce come «la dottrina in esame [abbia convertito] gli elementi o le modalità della fattispecie in possibilità dei privati (se fra gli estremi figura la maggiore età, allora il maggiore di età ha il potere di compiere il negozio ecc.); e così è costretta a delineare una categoria di norme attributive di poteri, i quali sono come lo specchio subiettivo e psicologico delle singole fattispecie. [...] Si tratta, come si vede, di un processo di moltiplicazione di categorie giuridiche, a cui sottostà un identico fenomeno. Mercé il consueto scambio e l'indebito intreccio del profilo normativo e del profilo psicologico, la fattispecie viene risolta in termini di possibilità e di necessità delle parti»¹³⁵.

Si chiarisce, allora, che la produzione dell'effetto giuridico è condizionata dalle forme con cui la norma costruisce la situazione soggettiva di riferimento: quando al soggetto è attribuita la "forza", in sé auto-sufficiente, di mettere al mondo un atto valido e dunque potenzialmente realizzativo delle conseguenze giuridiche sperate, l'assunzione di questo comportamento corrisponderà ad un potere; invece, quando per la necessità di ottemperare una fattispecie si impone il compimento di un atto lecito e dunque conforme per

che compongono per determinati individui l'obbligo di comportarsi in conformità alle manifestazioni della volontà stessa». Sul tema, fra gli altri, cfr. A. CAPONE, *Le invalidità nel processo penale*, cit., p. 77; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., p. 116; ID., *Norme e fatti*, cit., p. 159; G. PUGLIESE, *Facoltà*, cit., p. 447, nota 6.

¹³⁵ Così secondo N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 159. In tal senso v. anche S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 232 e M. GIULIANO, *Norma giuridica diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, cit., p. 44.

evitare la produzione di una sanzione, si tratterà di una situazione di dovere.

Questo sistema binario, deve esser l'unico a determinare i soli canoni di distinzione che, viaggiando paralleli, dimostrano come il campo delle valutazioni normative dei comportamenti giuridici deve restringersi a due sole macro-direttive: un giudizio di conformità al precetto della norma, quando si tratta di un dovere ed un giudizio di idoneità dei mezzi alla produzione dell'effetto giuridico, dunque di validità o di invalidità degli atti, quando si tratta di un potere¹³⁶.

Questo assioma avvalora ancora che, fra essi, l'onere¹³⁷ non trova spazio per definirsi come una situazione soggettiva autonoma né tantomeno, scomponendo quest'ultime può ritenersi una modalità deontica a se stante. Esso, piuttosto, resta relegato fra quegli attributi del potere che qualificano il nesso fra la *protasi*, la

¹³⁶ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 69-70, 240.

¹³⁷ Ancora F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 196 etichetta la figura del dovere finale e allo stesso modo la disputa dottrinale sul tema dell'onere come delle «metafore immaginose» e come banalmente empiriche quelle che «ripiegano sulla constatazione apparentemente ovvia che, accanto a comportamenti considerati in modo favorevole dall'ordinamento, ve ne sono altri che formano oggetto di una considerazione sfavorevole».

Più specificamente, a proposito dell'onere, relegato fra le «situazioni soggettive improprie», Cordero osserva che «nella proposizione della domanda giudiziale o nella presentazione dell'istanza per la concessione della libertà provvisoria od ancora nel realizzare le condizioni necessarie perché l'impugnazione non incorra in una declaratoria di inammissibilità, in che cosa consiste il momento del sacrificio del proprio interesse assunto a cardine della definizione carneluttiana? Nel fatto che ciascuno di tali atti processuali costa alla parte che lo compie tempo, denaro, lavoro, oppure si vuol soltanto dire che l'effetto giuridico 'favorevole' non si produce senza un'iniziativa della parte? Nel primo senso la metafora si risolve in una notazione insignificante (dal punto di vista, naturalmente del diritto), mentre nel secondo [...], in quanto sia riferita agli atti normativi, in un'edizione depurata di intrusioni economiche, si risolve in questa semplice constatazione, che un dato effetto giuridico non può prodursi se non in conseguenza della realizzazione di un comportamento previsto da un certo schema: ma questa situazione è, né più né meno, il potere» (*ivi*, pp. 261-264).

condizione, e l'*apodosi*, l'effetto, rappresentando un elemento strutturale fisiologicamente presente in ogni declinazione di potere, dal cui esercizio, nelle dinamiche processuali, può scaturire una situazione di dovere in capo ad un altro soggetto, esattamente come nelle logiche del domino, in cui alla posa di una tessera ne consegue immediatamente una ad essa coordinata.

Un'ulteriore conferma a sostegno di questo inquadramento dell'onere, la si può individuare, infine, spostandosi dall'osservazione strettamente morfologica-funzionale delle disposizioni a quella più serratamente logico-analitica stando alla quale, nelle norme costitutive si distinguono anche quelle regolative¹³⁸. Quest'ultime rappresenterebbero le regole che definiscono le modalità di condotta all'interno del *genus* delle prime (quelle costitutive) che rappresentano il punto di inizio e al contempo di chiusura di un sistema all'interno del quale esse hanno ad oggetto quel *quid* che esse stesse creano¹³⁹. In altre parole, le regole costitutive descrivono «sia il *prius* di ciò su cui esse vertono»¹⁴⁰.

¹³⁸ A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1995, p. 240, la definisce come «una regola la quale non sia il *prius* (logico ed ontologico) di ciò su cui essa verte. Esempi: 'Non è permesso sorpassare in curva'; 'La frequenza ai seminari è obbligatoria', 'I relatori devono presentare la propria relazione in non più di trenta minuti'».

¹³⁹ Su quest'aspetto, G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, cit., pp. 60-61, osserva che «è meno urgente distinguerle dalle proposizioni descrittive, con le quali hanno in comune, di solito, una forma verbale [...], che dalle proposizioni prescrittive, nelle quali, viceversa, si è tentati di risolverle e con le quali condividono una generica funzione produttiva, in quanto tendono a far sì che si produca una certa situazione. Però, mentre le proposizioni prescrittive tendono a produrre un evento, esercitando una pressione sul comportamento di qualcuno, le norme [costitutive] producono l'effetto, che è il loro scopo ed il loro contenuto, realizzandolo da sé: lo costituiscono».

¹⁴⁰ A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 239.

Questa ricostruzione dogmatica, come per le regole tecniche, trae le sue fondamenta da «una paradossale inversione tra regola e regolato: è paradossale che delle regole ordinino qualcosa che, logicamente e ontologicamente, è un *posterius* di esse: è paradossale che di un'attività, le regole siano e condizione (eidetica) di pensabilità, e condizione (aletica) di possibilità»¹⁴¹.

Più semplicemente, i meccanismi che regolano questo originale “normo-sistema” si possono agilmente cogliere con l'esempio paradigmatico delle regole dei giochi¹⁴²: nel poker, quando si riescono a mettere insieme un *tris* e una coppia si avrà un *full* che qualificherà “il punto”, dunque una combinazione di carte altrimenti insignificanti. Pertanto, non si può dire che il poker in sé rappresenti il gioco, sono le regole costitutive che ne creano i presupposti a definirne la sua essenza ontologica-costitutiva.

Il sistema delle norme costitutive si dirama, poi a sua volta, in una formazione genealogica di sotto-regole dai tratti molto eterogenei. Fra di esse, si contrappongono, da un ramo all'altro, le regole eidetico-costitutive ontiche - quelle che rimanendo nella metafora del gioco del poker, definiscono appunto “i punti”, come la coppia, il tris, il full, le scale e lo stesso poker - e le regole eidetico-

¹⁴¹ A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 239.

¹⁴² Il caso classico, richiamato dalla dottrina in argomento, è quello del gioco degli scacchi. Per tutti, A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 239 riporta l'esempio tratto da L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, 1969, Berkeley and Los Angeles, I, X, n. 133, pp. 184-185 per cui «l'alfiere deve muovere in diagonale', o 'scacco matto v'è se, e solo se, il re sia sotto scacco e non possa sottrarsi allo scacco attraverso alcuna mossa'. Le regole degli scacchi non vertono su un'attività che ad esse preesista e che sussista indipendentemente da esse. Al contrario sono le regole stesse a rendere pensabile, e possibile il gioco».

costitutive deontiche - quelle che stabiliscono le modalità secondo cui *devono* comportarsi i giocatori¹⁴³.

Nel processo penale, volendo azzardare una trasposizione di queste categorie, potrebbe ipotizzarsi che le vesti di una regola eidetico-costitutiva ontica potrebbero attribuirsi all'art. 533 c.p.p. («il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»), a cui si conformerebbe una regola eidetico-costitutiva deontica, ovvero quella che impone, in virtù di questo risultato, all'interessato pubblico ministero di indicare i fatti che intende provare e dunque di chiederne per questo scopo l'ammissione delle prove (art. 493 c.p.p.).

Cionondimeno, fra quest'ultime norme di condotta deve notarsi che si specifica un'ulteriore tipologia: le norme anankastiche¹⁴⁴, ovvero quegli enunciati performativi che descrivono «l'epifenomeno di ogni regola eidetico-costitutiva deontica, in quanto prescrivono la condotta che costituisce la condizione necessaria per realizzarla»¹⁴⁵.

¹⁴³ Così nella sistematica di A.G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, cit., p. 23; ID., *Regola costitutiva in Wittgenstein*, ult. cit., pp. 246 ss. Tuttavia, si accenna solamente al fatto che questa non è l'unica tassonomia descritta in ambito delle regole costitutive. Per ben più ampi cenni si rinvia, fra gli altri, a G. AZZONI, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988, pp. 13 e ss., 81 e ss.; G. CARCATERRA, *Le forma costitutiva delle norme*, cit., p. 103; P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., pp. 236 ss.

¹⁴⁴ In argomento v. G. AZZONI, *Cognitivo e normativo*, cit., p. 40; ID., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., pp. 85-87; A.G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., pp. 31 ss.;

¹⁴⁵ A.G. CONTE, *Materiali per una tipologia delle regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., pp. 358-359. V. sul punto anche G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione*, cit., p. 47, il quale ha specificato che «chiamerò asserto anankastico un asserto che dice che qualcosa è (o non è) una condizione necessaria di qualcos'altro». Anche F. CORDERO, *Diritto*, in *Enciclopedia*, IV, Torino, 1978, p.

Da esse, ancora, si può rimodulare la loro struttura per ottenerne le regole anankastico-costitutive, sintesi di questo sistema, in grado di prescrivere una condotta in quanto necessaria per lo stesso ottemperamento della regola che esse pongono. Esse consentono di affermare che «non vi è una cattiva esecuzione dell'attività istituzionale. L'alternativa è tra la totale conformità alla regola e il mancato compimento dell'attività». Sul piano delle conseguenze negative, simmetricamente al metodo portato avanti fin qui per osservare la fenomenologia delle situazioni soggettive, discende che «la nullità è la conseguenza tipica, automatica, della non conformità alla regola costitutiva»¹⁴⁶. Dunque, che tutte le disposizioni che scandiscono le condizioni di validità degli atti hanno questa struttura e si pongono, pertanto, la funzione delle norme anankastico-costitutive considerato che «la difformità da una regola anankastico-costitutiva sulla validità di un atto comporta l'invalidità dell'atto stesso»¹⁴⁷.

967, ha osservato che «l'uso bivalente di 'dovere' confonde senso 'anankastico' (dal greco ἀνάγκη) e deontico: in un caso il verbo designa l'esser necessario nella trama del mondo ('tutti gli uomini devono morire'), una figura spesso evocata in frasi ipotetiche del tipo 'se vuoi... devi...' e facilmente trasposta dal piano della causalità fisica alla giuridica (gli interessati alla vendita di un immobile devono stipulare un negozio scritto, se vogliono l'effetto traslativo della proprietà); nel secondo, quel contegno costituisce oggetto d'una pretesa normativa».

In senso critico, tuttavia, M. JORI, *In margine all'ultimo Conte*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1986, p. 465, ha notato che «l'uso di un termine logicamente oscuro come 'epifenomeno' nasconde, secondo me, quello che non può che essere un rapporto di implicazione della c.d. regola anankastica da parte della regola eidetico-costitutiva; nasconde che le due regole sono una sola regola».

¹⁴⁶ Così secondo le deduzioni di P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, cit., pp. 251-252.

¹⁴⁷ G. AZZONI, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., p. 89. Così anche secondo M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005, pp. 136-137.

In questo schema potrebbe inquadrarsi la disposizione simbolo delle dinamiche dell'onere, ossia l'art. 2697 c.c. secondo il quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. 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». L'articolo di legge è scritto nelle forme di una regola tecnica per adempiere una funzione anankastico-costitutiva. Nell'art. 2697 c.c. sono descritte, infatti, le modalità di esercizio del potere dell'attore - chi vuole - che sono condizionate dall'ottemperamento di un dovere - deve provare - che a loro volta costituiscono la stessa situazione giuridica soggettiva di potere che regolano, scomponendola in due modalità di comportamento - la proposizione della domanda e l'adduzione onerosa delle prove in suo sostegno - , da cui scaturisce una regola di giudizio rivolta al giudice che, attenendosi al quadro probatorio formatosi, dovrà decidere necessariamente sul merito della vicenda. In questa norma si mettono in luce due situazioni che si rapportano secondo lo schema per cui se A, che ha proposto la domanda per libera scelta, si onera di addurre la prova / B, il giudice, dovrà pronunciarsi per la fondatezza della sua pretesa. Dunque, semplificando i termini, avvalendosi della proprietà transitiva, si può postulare che se A, allora B¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Su quest'aspetto F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo*, I, cit., p. 131, definisce come «transitivi» gli atti «che consentono l'esercizio di un potere processuale». Da ciò può trarsi che la combinazione delle modalità che risalta dalla disposizione sull'onere della prova così descritta, può facilmente essere ricompreso nel paradigma delle regole giuridiche finali brunettiane, stando alle quali «se A vuole far sorgere quella situazione giuridica nella quale B ha il dovere di agire nel modo B', deve agire nel modo A'» (G. BRUNETTI, *Norme*, cit., p. 91). Su questo passaggio della meccanica normativa di Brunetti, G.

Nel processo penale, invece, una dinamica dai tratti coincidenti, almeno in parte, volendo rimanere in una situazione di potere, potrebbe essere descritta dalla situazione soggettiva rivestita dal soggetto che propone l'impugnazione¹⁴⁹.

Essa descrive una fattispecie processuale complessa che, secondo i parametri offerti dalla tassonomia delle regole costitutive, con una certa dose di approssimazione e di cautela, potrebbe rappresentarsi in un sistema dove:

- 1) $F1 = A$
- 2) se $F2$, allora x può $F1$
- 3) se A , allora y deve B ¹⁵⁰

Analiticamente, la fattispecie 1 ($F1$) sarebbe descritta dalle norme eidetico-costitutive che, in questa ipotesi, potrebbero essere racchiuse negli artt. 581 e ss. c.p.p. Esse, prescrivendo le forme e i termini dell'atto di impugnazione, dettano le condizioni da rispettare doverosamente per poter realizzare A , ovvero la concretizzazione onerosa della domanda in cui si prefissa il risultato, l'effetto giuridico, che si spera di ottenere: una pronuncia

GAVAZZI, *Studi*, cit., p. 372, ha osservato che il dovere finale «non nasce né muore proiettandosi necessariamente nella sfera di altri soggetti privati o pubblici».

¹⁴⁹ A sostegno di tale tesi possono richiamarsi le considerazioni di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 193, il quale, riferendosi alle norme dinamico-strumentali, ritiene che «il verificarsi degli estremi previsti dalla norma funziona da presupposto rispetto al porsi di una certa condizione in forza della quale un soggetto 'può', qualora realizzi un comportamento conforme a quello descritto nel modello legale [...] determinare il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite». Restrungendo il campo all'ambito delle impugnazioni nel processo penale lo stesso F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, p. 393, osserva che «la formula 'Mevio è titolare del potere di impugnazione' equivale a 'sono avvenuti fatti tali che, se Mevio proponesse un'impugnazione, il giudice dovrebbe decidere».

¹⁵⁰ Seppur arrivando a diverse conclusioni, una analoga costruzione si rinviene in A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., p. 72, nota 78.

giurisdizionale in proprio favore. Da qui, discenderebbe la necessità di corrispondere una seconda fattispecie (F2), descritta da una norma anankastico-costitutiva, inquadrabile nelle modalità di comportamento rivolte al proponente, descritte ad esempio dall'art. 603, comma 1, c.p.p.

Una volta oneratesi di questi adempimenti nel rispetto delle forme di legge (se A), entra in gioco la posa dell'altra tessera del domino processuale, ovvero ne scaturisce la situazione di dovere (B) in capo al giudice (y) che potrebbe ritenersi descritta dall'art. 605 c.p.p.

Il sistema di funzioni appena tratteggiato serve per provare a dimostrare che la ricostruzione dogmatica delle vicende dell'onere non rappresenta altro che un viaggio a ritroso verso la risoluzione dell'enigma da cui si era partiti: ovvero che esso, scevro da ogni vocazione independentista, si colloca nella struttura molecolare del potere per qualificare quel nesso teleologicamente orientato che, in ogni suo libero esercizio, prevede fisiologicamente in sé la necessità di conformarsi al modello legale per veder realizzato l'effetto giuridico.

In ciò, inversamente trova conferma che le stesse situazioni soggettive di potere non possono ritenersi degli atomistici *status* deontici, piuttosto in ciascuna di esse si racchiude «una costruzione dogmatica complessa che guida l'interprete nell'analisi del diritto positivo, definibile, al pari del diritto soggettivo, come una situazione giuridica soggettiva complessa»¹⁵¹.

¹⁵¹ Definita appunto così nelle conclusioni di A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., p. 73.

Analogamente si esprime anche A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit., pp. 414-415, secondo il quale «i poteri giuridici sono le facoltà in cui la situazione di fatto instaurata viene poi ipotizzata come situazione-

Le osservazioni condotte in questi termini sulla tassonomia delle situazioni giuridiche soggettive e delle modalità deontiche, condotte attraverso l'analisi delle diverse dimensioni delle dottrine generali in tema di regole, di disposizioni e di norme, ben lontane da una pretesa di completezza soprattutto lungo gli avvicendamenti dottrinari nell'ambito della teoria generale del diritto, si propongono di tracciare una mappa assiomatica per orientarsi lungo un'analisi di sistema in grado di saggiare la tenuta delle categorie giuridiche fondamentali nelle complesse dinamiche processuali.

Sulla scorta di queste premesse, ritornando nel cuore del processo penale, esse fungeranno da fondamenta dogmatiche su cui costruire un percorso teso a dimostrare che, per quanto riguarda le situazioni soggettive di pertinenza del pubblico ministero, piuttosto che di un onere, ovvero di un potere come per l'attore del processo civile, dovrà parlarsi di un dovere¹⁵² imposto obbligatoriamente dal portato dell'art. 112 Cost. Infatti, si osserverà meglio nel prosieguo che, tenendo conto dell'indisponibilità della materia oggetto dell'indefettibile accertamento sulla colpevolezza dell'imputato, le

presupposto di conseguenze giuridiche riferibili, prima che al soggetto facultato, ad altri soggetti». V., inoltre, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., pp. 479-480, che ritiene "il potere" come «assenza di dovere contrario», sottolineando che si tratta di «una definizione di potere estremamente ampia, che include in sé la più debole e remota possibilità giuridica che sia dato concepire. [Il potere si rafforza tuttavia] se la norma lo 'aggancia' a doveri di altri soggetti, costituendo una relazione giuridica intersoggettiva».

Cfr. sul tema, fra gli altri, anche le osservazioni di A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, pp. 28-29; G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1996, pp. 163-164; G. MIELE, *Principi*, cit., p. 52; G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione*, cit., p. 136.

¹⁵² La distinzione fra Beweislast "onere della prova" e Beweispllicht "dovere della prova" si deve agli studi condotti da L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, V ed., München-Berlin, 1965, pp. 90 ss.

modalità dell'onere, erroneamente attribuite al titolare dell'accusa, presentano problematiche crisi di rigetto. Esse appartengono, infatti, al corredo del processo civile, dove l'attore e il convenuto si presentano non soltanto dotati di perfetta parità delle armi, ma in ragion di ciò, anche nella piena possibilità di poter liberamente prefiggersi un risultato cognitivo per il raggiungimento del quale onerarsi dell'allegazione della prova in proprio sostegno.

Capitolo 2

L'onere della prova fra diritto e processo

SOMMARIO: 1. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*. - 2. *Onus probandi ei incumbit qui dicit, reus in excipiendo fit actor*: il principio. - 3. La regola nel codice civile: l'art. 2679 c.c. - 4. *Segue*. L'onere imperfetto della prova. - 5. La regola di giudizio.

1. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*

Nel processo, con l'esercizio dell'azione, si demanda alla giurisdizione il dovere di giudicare¹⁵³.

L'attività di *ius dicere*¹⁵⁴, al termine del discorso giudiziale per gran parte animato dalle affermazioni delle parti contrapposte¹⁵⁵ nel "giuoco processuale"¹⁵⁶, culmina in una conclusione

¹⁵³ Sulla correlazione fra azione e giudizio, v., per tutti, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 22, per il quale, «che nell'obbligo del giudice di rendere giustizia si esprima una situazione costituzionalmente regolata, in forza della quale è previsto che determinati atti condizionino il sorgere di determinati doveri dell'organo statale investito della funzione giudiziaria, è proposizione assai ovvia. Se si indaga su questa situazione, si scopre che essa è il processo, e se ci si chiede quali sono gli effetti tipici della domanda giudiziale, non si può fare a meno di constatare che essi si identificano col sorgere di quel dovere».

¹⁵⁴ F. BACONE, *Of judicature*, in *Essays or Counsels Civil e Moral*, (1625), in *Work of Francis Bacon*, a cura di J. Spedding, Longman, London, 1861, vol. VI, p. 506, contrapponeva l'attività di *ius dicere* a quella di *ius dare*, distinguendo la funzione giudiziaria da quella legislativa in questi termini: «*judges ought to remember that their office is ius dicere and not ius dare: to interpret law, and not to make law, or give law*».

¹⁵⁵ Si intende far riferimento con questa descrizione a F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991, p. 4; ID., *Retorica giudiziale, logica e verità*, in ID., *Retorica, Processo, Verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, p. 18, secondo cui «il discorso giudico trova la sua collocazione proprio all'interno del processo, nelle parole che le parti si rivolgono reciprocamente e al giudice: è questo il momento in cui tutti gli aspetti della vita del diritto trovano lo scopo e l'attuazione più concreta».

¹⁵⁶ La citazione è chiaramente riferita a P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 540, che osserva come «il dibattito giudiziario è una specie di rappresentazione allusiva e simbolica di un *certamen* primitivo, in cui il giudice altro non era che un arbitro di campo: l'alternato susseguirsi degli atti processuali dei litiganti è la trasformazione mimica di

epistemologicamente garantita nella quale, quando viene raggiunta la prova (*proof*), il giudice afferma una verità in base alla quale si ritengono fondate le ragioni che hanno mosso il processo¹⁵⁷.

Tuttavia, l'indeterminatezza dell'espressione "una verità" non definisce l'ampiezza che deve assumere l'accertamento cognitivo, quanto bisogna verificare, né stabilisce con quali strumenti ciò

quello che era alle origini uno scontro d'armi; perfino la terminologia del processo è ancora mutuata, come tutti sanno, da quella della scherma o della palestra. Questa allusione alla gara è viva nel processo ancor oggi, nonostante che oggi sia comunemente riconosciuta la natura pubblicista delle istituzioni giudiziarie: fino a che nel processo civile è mantenuto in vigore il principio dispositivo, la gara tra i contrapposti interessi di parte è considerata sfruttata dalla Stato come lo strumento idoneo a soddisfare alla fine l'interesse pubblico della giustizia. Allo urto delle spade si è sostituita, colla civiltà, la polemica degli argomenti; ma vi è ancora, in questo contrasto, l'accanimento di una partita. Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine il giudice darà la palma a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo è diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti».

¹⁵⁷ F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 80, definisce l'attività decisoria del giudice come «il *clou* dell'argomento [che] risiede non tanto nel complesso di situazioni confluenti nella prova, quanto nel momento culminante del processo, in cui è tratta la conclusione del sillogismo: gli atteggiamenti assertivi delle parti e poi l'uso delle più disparate tecniche istruttorie rappresentano un semplice preludio all'istante cruciale, in cui il rito del giudizio raggiunge la sua compiutezza».

Sul tema, nella vastissima letteratura, v., fra gli altri, F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, p. 465 ss.; J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie (1823)*, trad. it., I, Bergamo, 1824, p. 16; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pp. 81 ss.; P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 101; ID., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 114 ss.; G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio*, in *Scuola pos.*, 1965, pp. 36-37; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, p. 47; ID., *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, Vol. I, Torino, 2017, pp. 20 ss., A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, pp. 62-62, 216-217, 224; J.R. GULSON, *The philosophy of Proof*, London, 1923, p. 11; S. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906, p. 435; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1992, pp. 4 ss., 158; ID., *La semplice verità. Il giudice e la costituzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, *passim*; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 38.

possa avvenire. La domanda dell'attore, allora, come anticipato, pone il giudice dinnanzi ad una sfida gnoseologica il cui coefficiente di difficoltà è determinato proprio dal significato che si intende attribuire al concetto di verità; più concretamente, dalle condizioni in base alle quali può ritenersi “vera”¹⁵⁸ una data affermazione: *quid est veritas?*

Per addivenire ad una risposta soddisfacente, è necessario fissare subito un assunto inamovibile: qualsiasi sia la tecnica usata o le condizioni imposte, in nessun caso, la Verità, intesa in termini assoluti, appunto con l'iniziale maiuscola, potrà mai esser ricostruita. Essa rappresenta soltanto una pretesa irrazionale, costruita dai sistemi di stampo inquisitorio per lasciar prevalere il decisionismo potestativo sul fine squisitamente cognitivo, in modo da giustificare ogni mezzo, dalla tortura al più spinto arbitrio, per conseguire un fine che in realtà è soltanto l'illusione del

¹⁵⁸ Qui l'aggettivo “vero”, come poi si vedrà, si intende nell'accezione attribuitagli da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 22, secondo cui «il termine vero può essere impiegato senza implicazioni metafisiche nel senso di ‘corrispondenza’, è infatti possibile [...] usare i termini ‘vero’ e ‘falso’ per designare la conformità e la difformità da essi delle preposizioni giurisdizionali». Cfr. A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), in *Semantica e filosofia del linguaggio* (1952), a cura di Linsky, trad. it., Milano, 1969, p. 62.

conseguimento dell'*episteme*¹⁵⁹: una chimera irraggiungibile per sua stessa natura¹⁶⁰.

Un più concreto realismo gnoseologico, invece, ha messo in luce, sulla scorta delle ricerche condotte nel campo scientifico, come nell'aritmetica¹⁶¹ o nella fisica¹⁶², come la verità, nella sua presunta

¹⁵⁹ Con l'utilizzo di questo termine K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995, p. 311, metteva in evidenza che perfino in campo scientifico l'aspirazione al conseguimento «dell'*episteme* - della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile - si è rivelato un idolo. L'esigenza dell'oggettività scientifica rende ineluttabile che ogni asserzione della scienza rimanga necessariamente e per sempre allo stato di tentativo [...]. Possiamo essere 'assolutamente certi' solo nelle nostre esperienze soggettive di convinzione, nella nostra fede soggettiva».

¹⁶⁰ Per tutti, E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, p. 13, ha osservato che nel corso del «passato inquisitorio, [...] il principio di 'ricerca della verità materiale', in tutto il continente europeo, [era stato] il pilastro di un sistema probatorio che aveva consentito di scavalcare qualsiasi ordine o limite nell'*iter* di accertamento del reato».

¹⁶¹ All'aritmetica si deve una delle prove empiriche più significative al riguardo, in particolare ci si riferisce alla «prova di Godel», contenuta per esteso in K. GODEL, *Proposizioni formalmente indecidibili dei Principia mathematica e di sistemi affini* (1931), trad. it., in *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, a cura di EV. AGAZZI, Milano, 1961, p. 203 ss. Su di essa E. NAGEL-J.R. NEWMAN, *La prova di Godel* (1958), trad. it., Torino, 1974, p. 105, hanno osservato che proprio attraverso «la prova di Godel» è stata dimostrata l'esistenza nel campo dell'aritmetica di proposizioni indecidibili in quanto «non possono essere formalmente dedotte da alcun insieme di assiomi mediante un insieme chiuso di regole di inferenza».

In argomento v. anche EV. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, cit., p. 199, secondo il quale sembra lecito «dire che ciò accade perché l'orizzonte delle preposizioni vere è più largo di quello delle preposizioni dimostrabili, dei 'teoremi', e quindi anche che ciò che il pensiero umano riesce a intendere e a riconoscere come vero, supera necessariamente l'ambito di ciò che può essere dimostrato»; nonché F. GONSETH, *La preuve dans les sciences du réel*, in *Rev. intern. phil.*, 1954, p. 29, per cui «la méthode axiomatique se présente comme la moyen même de la spécification du théorique. Elle ne réussit cependant pas à épurer ce dernier de tout pport de l'expérience et de l'intuition».

¹⁶² Per quanto riguarda il campo della fisica, invece, ci si riferisce «al principio di indeterminatezza di Heisenberg» per il quale risulta impossibile individuare esattamente e contemporaneamente la posizione e la velocità di una particella atomica. Esso è stato espresso «nella maniera più semplice» come una «relazione di incertezza» in W. HEISENBERG, *La fisica dei nuclei atomici* (1949),

assoluta datità, sia nient'altro che un falso mito: «ogni teoria scientifica è destinata prima o poi ad essere superata da un'altra teoria in contraddizione con taluna delle sue tesi che perciò saranno un giorno abbandonate come false. [...] La 'verità' di una teoria scientifica e più in generale di qualunque discorso o proposizione empirica è sempre, insomma, una verità non definitiva, ma contingente, non assoluta ma relativa allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla»¹⁶³.

La consapevolezza di questi dati di partenza ha consentito di ritenere che l'unica finalità in grado di orientare il percorso

trad. it., Firenze, 1952, p. 37. Lo stesso autore in *La teoria dei colori di Newton e Goethe alla luce della fisica moderna* (1941), in ID., *Mutamenti nelle basi della scienza* (1942), trad. it., Torino, 1944, p. 82, ha osservato che «nella fisica atomica non possibile astrarre in alcuna maniera dalle modificazioni che ogni osservazione produce nell'oggetto osservato». Inoltre, W. HEISENBERG, *Natura e fisica moderna* (1955), trad. it., Milano, 1985, p. 55, ha ritenuto in conclusione che «il metodo scientifico [...] diviene consapevole [...] che il suo intervento modifica e trasforma il suo oggetto, [...] che il metodo non può più separarsi dall'oggetto».

In argomento, fra gli altri, anche J.P. SARTRE, *Questioni di metodo* (1957), trad. it., in ID., *Critica della ragione dialettica. I. Teoria degli insiemi pratici*, I, Milano, 1963, p. 37, ha osservato che «la sola teoria della conoscenza che possa essere oggi valida, è quella che si fonda su questa verità della microfisica: lo sperimentatore fa parte del sistema sperimentale».

¹⁶³ Si è espresso in tal modo, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 23. Sull'argomento, fra gli altri, anche BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1993), trad. it., Torino, 1998, p. 16, ha affermato che «la teoria cinetica dei gas, la meccanica einsteiniana, la teoria dei quanti hanno profondamente modificato l'idea che, ancora l'altro giorno, ciascuno si faceva della scienza. Non l'hanno rimpicciolita. Ma l'hanno resa più duttile. Al certo, hanno sostituito, in molti punti, l'infinitamente probabile; al rigorosamente misurabile, il concetto dell'eterna relatività della misura. [...] Siamo dunque ormai molto meglio preparati ad ammettere che una conoscenza, anche se si rivela incapace di dimostrazioni euclidee o di immutabili leggi di ripetizione, possa comunque pretendere il nome di scientifica. Accettiamo molto più facilmente di fare della certezza e della universalità una questione di grado. Non avvertiamo più l'imperativo di cercare di imporre a tutti gli oggetti del sapere un modello intellettuale uniforme, improntato alle scienze della natura fisica, poiché, anche in queste ultime, questo schema ha smesso di essere applicato in tutto e per tutto».

processuale sia quella di addivenire a una verità giudiziale ossia a «una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione, ma più ridotta, quanto al contenuto informativo di qualunque ipotetica 'verità sostanziale', [sia perché] deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, [sia perché] è sempre una verità solamente probabile e opinabile, [sia perché] nel dubbio o in difetto di accuse o di prove ritualmente formate prevale la presunzione di non colpevolezza, ossia la *falsità formale* o *processuale* delle ipotesi accusatorie»¹⁶⁴.

In altri termini, si è importata nelle dinamiche processuali la concezione semantica della verità¹⁶⁵ nell'intento di ridurre quella insuperabile distanza che separa la tesi di cui si afferma la verità e la realtà fattuale in essa descritta.

L'orizzonte gnoseologico può assestarsi, in base ad essa, su di una più stretta verifica dei soli enunciati di cui può essere fornita soltanto una definizione nominale. Infatti, richiamando l'esempio classico per cui l'affermazione «*la neve è bianca*' è ver[a] se e solo se la neve è bianca», si può notare che «(...) di fatto, la concezione semantica della verità non implica nulla che riguardi le condizioni

¹⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 17-18. Sulla contrapposizione fra Verità assoluta e verità giudiziale v. anche F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, *passim*; R. E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg., Roma, 1997, p. 8; P. FERRUA *Il "giusto processo"*, cit., pp. 50 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, cit., pp. 16 ss.; V. GAROFOLI-A. INCAMPO, *Verità e processo penale*, Bari, 1992, *passim*; O. MAZZA, *Verità reale e Verità processuale*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2004, *passim*; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 255; G. RICCIO, *La procedura penale*, cit., p. 225; F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia. Le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1215-1247; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp. 1-2.

¹⁶⁵ Proposta da A. TARSKI, *La concezione della verità e i fondamenti della semantica*, cit., pp. 28 ss.

alle quali un enunciato come (1) la neve è bianca può essere asserito. Essa implica soltanto che, ogni volta che noi asseriamo o rifiutiamo questo enunciato, dobbiamo essere pronti ad asserire o a rifiutare il corrispondente enunciato: (2) l'enunciato «*la neve è bianca*» è vero»¹⁶⁶.

Ne consegue che, in ambito processuale, la ricerca della verità si limita alla sola descrizione dei fatti e non ai fatti stessi che di per sé non possono essere né veri né falsi, né provati né smentiti: al vaglio giurisdizionale può essere sottoposta soltanto l'affermazione circa la loro esistenza, ovvero il contenuto della domanda ossia dell'imputazione¹⁶⁷.

Sebbene questa teoria «non [sia] di alcun aiuto per la soluzione del problema relativo alle condizioni in presenza delle quali possiamo asserire che tali proposizioni sono vere»¹⁶⁸, tuttavia essa ha il merito di spostare il baricentro dall'esigenza di accertare la verità oggettiva di un fatto considerato nella sua “datità” – operazione impossibile per gli accadimenti del passato - alla ben diversa, in quanto concretamente realizzabile, necessità di raccogliere elementi di prova idonei per verificare un enunciato fattuale.

¹⁶⁶ A. TARSKI, *La concezione della verità e i fondamenti della semantica*, cit., p. 30-32, 54-55.

¹⁶⁷ In tal senso, G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 91-92.

¹⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 22, specificando che «essa infatti non fornisce un criterio oggettivo o realistico di accettazione della verità che [...] non esiste, ma si limita ad indicare le condizioni di uso del termine “vero” quale che sia l'epistemologia adottata o respinta». Si tratta di un aspetto chiaramente delineato dallo stesso A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, cit., p. 55, per il quale «possiamo quindi accertare la concezione semantica della verità senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano; possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici - qualunque cosa fossimo prima. La concezione semantica è completamente neutrale nei confronti di tutti questi indirizzi».

Sulla base di tale acquisita consapevolezza, il giudice «non [dovrà] interrogarsi in merito a un'irraggiungibile verità ipostatizzata; il suo compito, molto meno ambizioso, sarà quello di valutare la sufficienza o meno delle prove acquisite per la verifica dell'enunciato fattuale dell'accusa e di interpretare le disposizioni legislative in modo tale da risolvere la *quaestio iuris*»¹⁶⁹.

Per far ciò, l'accertamento processuale deve mutuare gli schemi di un procedimento probatorio di tipo induttivo costruito sulla contrapposizione fra asserzioni e negazioni in fatto e in diritto. Il giudice, da canto suo, per adempiere all'obbligazione di risultato che informa ogni verifica processuale, deve cimentarsi nell'esercizio di un'inferenza ampliativa¹⁷⁰, al termine della quale le sue conclusioni dovranno asserire più delle premesse offertegli dalle parti, in modo da perfezionare un atto - la sentenza - idonea a divere una *res iudicata* capace di *facere de albo nigrum et de quadrato rotundum*¹⁷¹.

¹⁶⁹ O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 715.

¹⁷⁰ Esemplificamente, per tutti, si richiamano le parole di R. FESTA, *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in AA. VV., *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 1999, p. 284, per il quale le conclusioni tratte induttivamente (e non per via deduttiva) dicono «qualcosa di più - o almeno, qualcosa di nuovo - rispetto alle premesse».

In argomento, per osservazioni nell'ambito del processo penale v., fra gli altri, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 54 ss.; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., p. 71; ID., *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., pp. 45 ss.; O. MAZZA, *Sub art. 533*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, II, Padova, 2015, p. 2417; ID., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 359; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, pp. 121 ss.; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, pp. 175 ss.; G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, pp. 178 ss.; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, pp. 80-83; ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, pp. 77 ss.

¹⁷¹ Così, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 35, attraverso il vigore semantico di questo brocardo latino afferma che «la *res iudicata* [rappresenta il

L'operazione, come detto, è estremamente complessa e presenta un elevato margine di errore: l'atto che definisce l'accertamento nel merito, aspirando alla definitività, potrà ritenersi giusto soltanto quando in esso sarà stato risolto l'enigma composto dalla *quaestio facti* – il fatto sussiste e l'imputato lo ha commesso? - e dalla *quaestio iuris* – il fatto integra la fattispecie di reato contestata?

La prima richiederà una *verità fattuale* che potrà affermarsi soltanto attraverso la combinazione dei risultati delle prove, introdotte per lo più su iniziativa delle parti¹⁷², ma formatesi all'immediato cospetto dell'organo giudicante secondo il metodo del contraddittorio; la seconda, invece, esigerà la ricostruzione di una *verità giuridica* raggiungibile attraverso la scomposizione degli enunciati normativi in modo da sussumere, in tutti i suoi caratteri, il fatto materiale nella fattispecie astratta.

Al termine dell'istruttoria, sede naturale per la formazione della prova, il giudice dovrà disporre, anche per propria autonoma determinazione, di un compendio di informazioni quanto più completo e sufficiente possibile per verificare compiutamente l'affermazione di eventi del passato attraverso la chiave di lettura fornitagli dalle evidenze del presente. Dovrà quindi compiere una articolata operazione logico-valutativa: partendo dalla abduzione compiuta dall'attore nel formulare un'ipotesi sul "caso" che ha

caso limite] il cui carattere imperativo prima che cognitivo è espressione della sua capacità di poter contraddire la verità».

¹⁷² Fra gli altri, E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 201, ricorda che altrimenti «[si] finirebbe con l'istituire una lite su di una realtà diversa da quella su cui le parti vogliono discutere, con ciò violando proprio il *nemo iudex sine actore*».

prodotto il risultato osservabile¹⁷³, dovrà scegliere quella tesi ricostruttiva che risulti maggiormente compatibile con i risultati probatori¹⁷⁴ (*inference to the best explanation*)¹⁷⁵. Solo nel caso in cui verifichi l'esatta corrispondenza fra l'iniziale affermazione del fatto e la ricostruzione probatoria dello stesso potrà giungere all'accoglimento della domanda che, in ambito processuale penale, significa l'affermazione di colpevolezza dell'imputato.

Se queste coordinate di massima si possono ritenere trasversalmente applicabili in ogni accertamento giurisdizionale, il coefficiente di difficoltà della sfida cognitiva è determinato dagli

¹⁷³ In generale, sul tema dell'abduzione, fra gli altri, v. AA. VV., *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di Eco e Sebeok, Milano, 1983, *passim*; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 62; E. FASSONE, *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 848; ID., *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile" un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1109; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 107 ss.; P. FERRUA, *Il giudizio penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 311 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, cit., p. 84; O. MAZZA, *Sub art. 533*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, cit., p. 2417; ID., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, *Criminalia*, 2012, pp. 357 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., p. 217; G. TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 125; G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, pp. 308 ss. e pp. 328 ss.

Inoltre, in ambito giurisprudenziale, per tutte, si richiama l'analisi condotta da Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3650, sulle dinamiche dell'abduzione.

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 26, descrive quest'operazione come «il risultato di un'illazione dei fatti provati del passato dai fatti probatori del presente». Sull'argomento, v. diffusamente S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006, pp. 20 ss.

¹⁷⁵ In particolare, sulla meccanica della *inference to the best explanation*, G. TUZET, *Abduzione quattro usi sociologico-giuridici*, cit., p. 125, osserva che «le conclusioni abduttive, ipotetiche, devono essere confermate per deduzione ed induzione, secondo il modello della metodologia scientifica». Dunque, nel ragionamento probatorio «si combinano schemi di logica abduttiva, induttiva e deduttiva». Su quest'aspetto cfr. G. CANZIO, *Prova scientifica e ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, p. 73.

standard di decisione fissati a seconda che si tratti di verificare la domanda dell'attore nel processo civile, piuttosto che l'azione nel processo penale, *rectius* la fondatezza dell'imputazione formulata dal pubblico ministero, avente ad oggetto la responsabilità per la commissione di un reato.

Nel primo caso, è sufficiente che l'ipotesi attorea risulti prevalente rispetto alle contestazioni antagoniste. Nell'altro, invece, la richiesta di condanna potrà essere accolta soltanto quando la colpevolezza risulterà verificata con un ben più elevato grado di certezza: oltre ogni ragionevole dubbio¹⁷⁶.

Ciò implica che, in ambito penale, più che in quello civile, il quadro cognitivo deve essere quanto più possibile completo. Non basta che le ragioni di uno prevalgano su quelle dell'altro, dal momento che il dubbio ragionevole può orientare il giudizio verso l'assoluzione soltanto quando può affermarsi, a monte, che tutti i mezzi di prova disponibili siano stati introdotti nel giudizio ossia che l'incertezza

¹⁷⁶ Per un'analisi della definizione di questa formula icastica, v. *infra* par. 3 § 1; in via preliminare, si richiamato, le osservazioni di G. CANZIO, *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., *passim*; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2406 ss.; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007, pp. 143 ss.; ID., *La prova nel processo penale*, cit., pp. 92 ss.; M. NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 82 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 366; R. ORLANDI, *Recensione a J. Whitman, The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, pp. 760 ss.; PIEMONTESE, *Il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, pp. 757 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e della tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp. 217 ss.; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., pp. 298 ss.

non sia stata determinata dalla incompletezza delle conoscenze. In caso contrario, come si dirà meglio nel prosieguo, la pronuncia finirebbe per tradire la stessa finalità cognitiva del processo penale, predicato necessario e irrinunciabile per decidere dello *status libertatis* di un individuo.

Cionondimeno, fin da ora, può osservarsi che nella sostanziale diversità fra i due tassi di conferma richiesti risaltano le ragioni per le quali, nell'ambito civilistico, la materia viene considerata nella tendenziale disponibilità delle parti¹⁷⁷, mentre nel penale, la proposizione del tema, una volta esercitata l'azione, non può essere libera, né subir rinunce, né ritrattazioni, nemmeno se a richiederlo è lo stesso rappresentante dell'accusa, men che meno se l'imputato confessa la sua reità.

Questa ontologica distanza fra la materia civile e quella penale non può però elidere il comune punto di fuga rappresentato dall'esigenza di verificare il quesito sottoposto al giudice, nel rispetto dei criteri di legalità che caratterizzano ogni forma di pronuncia giurisdizionale.

La sentenza, nell'uno e nell'altro campo, rappresenta, infatti, un risultato cognitivo in grado di cristallizzare una verità giudiziale,

¹⁷⁷ Sul tema, per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 797, ha chiarito che «il principio dispositivo in un processo non significa dominio della *volontà* delle parti, ma apprezzamento accentuato della loro *attività*: non è riconoscimento di un loro preteso diritto di disposizione sulla causa, ma sanzione della loro *responsabilità* nel procacciare al giudice il materiale di cognizione». Su questo aspetto specifico, fra gli altri, come si svilupperà per distinguere delle diverse vedute cfr. V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Nvss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 276 ss.; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti rilevabili ex officio*, (1968), in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, 1991, p. 132; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, Milano, 2010, p. 5; ID., S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, p. 10; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 218 ss.

logica e non contraddittoria, sorretta da un certo grado, più o meno resistente, di probabilità¹⁷⁸. Soltanto quest'ultima, infatti, rappresenta l'elemento differenziale che incide sulla connessione inferenziale dell'ipotesi da verificare rispetto ai risultati di prova. In entrambe le forme processuali di accertamento il nesso probabilistico non consente di sostenere una conclusione in termini di certezza assoluta, ma al di sotto di questo "standard" rimangono evidenti le differenze. Solo nel processo penale si sente l'esigenza di garantire un elevato grado di fondatezza razionale della decisione, ma in entrambi i sistemi è richiesto che lo spessore della motivazione non prescinda da una quota di fondatezza razionale conseguita in virtù delle evidenze di prova. Si vuole comunque assicurare la giustizia della decisione presa¹⁷⁹ attraverso un sistema

¹⁷⁸ F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., pag. 62, ha definito, fra gli altri, la probabilità come «la relazione logica tra l'ipotesi e le prove che la supportano».

Cfr. AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianismo*, Milano, 2003, *passim*; L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 77 ss; ID., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano, p. 5 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 87 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., pp. 359 ss.; S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, cit., p. 35; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 174; ID., *La semplice verità*, p. 90; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., pp. 175 ss.; G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, cit., pp. 180-181.

¹⁷⁹ E. OPOCHER, *Giustizia: I) giustizia (fil. del dir.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 586, osserva che sul «piano giuridico del giudizio (...) appare assolutamente chiaro che è proprio la prospettiva della giustizia come riconoscimento della verità ad assumere un suo incontestabile primato. La lotta per il diritto è soprattutto lotta per la verità ed una sentenza che non tenesse conto del vero fallirebbe totalmente al suo compito». Analogamente si esprime anche M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 43, per il quale «indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione, si può ritenere che essa non sia *mai* giusta se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti. In altri termini: la veridicità e

di accorgimenti diversificati a seconda che si tratti di valutare la colpevolezza dell'imputato piuttosto che la fondatezza delle pretese private dell'attore¹⁸⁰.

2. *Onus probandi incumbit ei qui dicit, reus in excipiendo fit actor*: il principio.

All'interno della trama di regole epistemologiche che contraddistingue il percorso cognitivo diretto alla verità giudiziale, la categoria dell'onere assume un ruolo cardine nel descrivere la più ampia situazione soggettiva di potere in cui si ritrovano le parti che rivendicano un diritto. In particolare, il principio¹⁸¹ dell'onere della prova viene impiegato sia per descrivere il compito di adduzione dei mezzi di prova (*evidence*) che si vuole fare ricadere sull'attore sia la

l'attendibilità del giudizio sui fatti è una condizione necessaria (ovviamente non sufficiente) perché si possa dire che la decisione giudiziale è giusta».

In generale sul tema della giustizia in generale, per tutti, v. H. Kelsen, *Il problema della giustizia* (1960), trad. it., Torino, 1998, *passim*; C. Perelman, *La giustizia* (1945), trad. it., Torino, 1991, *passim*.

¹⁸⁰ Su questo aspetto, O. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., pp. 362, ha osservato come «il grado di conferma che l'ipotesi fattuale può trovare nelle prove acquisite misura solo sulla coerenza della conclusione rispetto alle evidenze disponibili, quindi necessariamente anche sulla persuasività logico-razionale dei criteri inferenziali adottati e, più in generale, sulla saldezza del ragionamento. La conclusione deve essere tale da lasciar sopravvivere solo il dubbio non ragionevole, quello cioè determinato dal tipo stesso di inferenza induttiva».

¹⁸¹ Con l'espressione principio si intende far riferimento a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982, pp. 93 ss., in base al quale i principi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del "più-o-meno"; mentre sono regole le proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa, secondo il modello "se A, allora segue B"), applicabili nella forma del "tutto o niente", quindi destinate ad essere osservate o trasgredite, senza scelte intermedie. Su di essi, per l'applicazione della distinzione descritta nel processo, per tutti, v. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 94 e R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano, 2000, pp. 558 ss.

regola di giudizio (*proof*) che consente di decidere i casi incerti, prescrivendo al giudice di disattendere la domanda, ovvero di assolvere l'imputato la cui colpevolezza è rimasta non compiutamente dimostrata¹⁸².

La complessa posologia dell'onere della prova distribuisce fra i titolari del potere processuale quei carichi di prova in forza dei quali il soggetto, che vuol conseguire l'effetto giuridico favorevole alle sue ragioni¹⁸³, può presentare la domanda, ma deve al tempo stesso addurre i mezzi di conoscenza che dimostrino la sua affermazione. Ciascuno, per sostenere la sua richiesta, deve porre quelle

¹⁸² Per questo duplice profilo dell'onere della prova nelle dinamiche processuali, si rinvia, per tutti, a V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 299; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo penale*, cit., p. 215; L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Torino, III, 2010, p. 263; F. CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, cit., vol. II, p. 338; ID., *Prove civili e prove penali*, cit., p. 210; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 262; ID., *Il giudizio d'onore*, cit., p. 88; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 788; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 21; ID., *La prova nel processo penale*, cit., p. 2; J. GOLDSCHIMDT, *Der prozess als Rechtslage*, cit., p. 361; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 100; A. MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969, p. 218; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 104; G. RICCIO, *Procedura Penale. Fra storia e politica*, Napoli, 2010, pp. 145 ss.; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 402 ss.; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 17; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 226 ss.; ID., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2012, pp. 425 ss.; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 135; ID., *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., pp. 68 ss.; V. VERDE, *L'onere della prova*, cit., p. 11.

¹⁸³ In ordine a questo specifico passaggio che qualifica i risvolti processuali dell'onere, J. GOLDSCHIMDT, *Der prozess als Rechtslage*, cit., p. 337, ha posto in evidenza che «*enger Zusammenhang zwischen den prozessualen Lasten und Möglichkeiten, also Rechten derselben Partei*» ovvero che «[esiste] una stretta connessione fra gli oneri e i poteri processuali, vale a dire fra i diritti della stessa parte» (trad. propria). In argomento v. anche P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 35,43; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, p. 888; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, (1903), in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, p. 8; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 91.

condizioni necessarie al conseguimento del risultato giuridico sperato ossia il provvedimento giurisdizionale in proprio favore.

La linea evolutiva della storia del processo, peraltro, è stata segnata dal passaggio di un'epoca in cui la risoluzione della controversia avveniva per opera di una manifestazione divina o di esperimenti irrazionali come i duelli, la sorte o le ordalie, a quella in cui ci si è affidati, quanto alla formazione della prova, all'iniziativa delle parti, lasciando al giudice il compito di decidere *iuxta alligata et probata*¹⁸⁴: «la somministrazione della prova divent[ò] allora un peso, e due fatti concor[sero] a farlo addossare all'attore; prima la condizione stessa dell'attore, quale iniziatore della lite; e insieme l'interesse che l'attore stesso ha, man mano che in questo periodo di transizione scema la serietà dei giuramenti, ad assumere la prova, per escludere il giuramento dell'avversario»¹⁸⁵.

*Onus probandi incumbit ei qui agit, non qui negat*¹⁸⁶ recita, difatti, il brocardo latino da cui trae le sue origini ancestrali il principio

¹⁸⁴ Su questo principio, G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 3, esaminando il metodo giudiziario, perveniva a constatare che «il giudice mira a ricostruire la realtà sulla base della normalità del comportamento degli uomini e nell'ardua fatica è coadiuvato, nel quadro della regola fondamentale del giudicare *iuxta alligata et probata*, dalle parti perché queste sono le protagoniste degli interessi in gioco, che lottano nel contrasto, e debbono esse reintegrare l'esperienza e rassicurarne il flusso».

¹⁸⁵ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 783.

Tuttavia, nell'ambito del processo romano si menziona la possibilità del *non liquet*, come sottolineato da F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 81, il quale ha riportato l'esempio offerto dall'istituto romanistico del giuramento «*sibi non liquere*»: «la decisione obbedi[va] alla logica di una rigida alternativa di soluzioni: accoglimento della domanda qualora siano stati dimostrati tutti gli estremi, a cui è subordinata l'esistenza attuale della situazione giuridica asserita dalla parte; pronuncia di rigetto, qualora ne sia assodata l'inesistenza; 'sospensione del giudizio', infine, nel significato filosofico del termine, nel caso in cui la prova, positiva o negativa, non sia stata acquisita».

¹⁸⁶ Il brocardo latino citato combina due versioni di questa massima che trovano entrambe origine nelle fonti romanistiche: L. 2, dig. 22, 2, per quanto

dell'onere della prova: colui che intende far valere in giudizio il proprio diritto, ha l'onere di darne la prova, assumendosi il rischio di soccombere nel caso in cui non riesca a dimostrare la fondatezza delle sue ragioni¹⁸⁷.

Tuttavia, l'assolvimento di questa particolare prescrizione processuale, all'interno della più ampia categoria delle situazioni di potere poste in capo al soggetto che agisce, appare, già a una prima lettura, una condizione necessaria, ma da sola non sufficiente per consentire al giudice di accogliere subitaneamente la richiesta attorea.

Occorre considerare un ulteriore passaggio rappresentato dalla disponibilità di un compendio probatorio tale non solo da sostenere la tesi oggetto di prova, ma anche da resistere ad ogni sua confutazione offerta dalle controprove introdotte da ogni fronte, anche su iniziativa giudiziale¹⁸⁸: il fine cognitivo, il raggiungimento

riguarda il sintagma *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*; L. 21, dig. 22, 3, con riguardo all'espressione *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Sull'evoluzione della storia di questo principio v., fra gli altri, G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, XI, 1960, pp. 383 ss.; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, *ibidem*, p. 397; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927, pp. 407 ss.

¹⁸⁷ Sulla stretta interdipendenza, in ambito processuale, fra il concetto di "onere" e quello di "rischio" v. per tutti F. CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, cit., pp. 312 e ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 1008; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 83; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 399; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 11; M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., pp. 65 ss.

¹⁸⁸ Su questo aspetto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 131-132, evidenzia che «tutte le implicazioni dell'ipotesi devono essere esplicate e saggiate, onde ne siano possibili non solo le prove ma anche le controprove. E la ricerca di queste dev'essere tutelata e favorita non meno della ricerca di quelle. Ovviamente neppure le controprove, essendo solo probabili, garantiscono la falsità oggettiva dell'ipotesi con esse incompatibile. Ma una sola di esse, se è accettata come vera, è sufficiente ad escludere la decisione del giudice sulla verità dell'ipotesi e a fondare, in base al criterio della coerenza, la decisione sulla falsità».

della verità giudiziale, nelle sue diverse ampiezze, rimane comunque ineludibile.

L'aspetto oneroso, quindi, se da un lato qualifica il potere di azione, in virtù del diritto alla prova, legando a doppio filo il conseguimento del proprio risultato con l'allegazione dei relativi mezzi probatori, dall'altro sconta una certa incompiutezza¹⁸⁹, non lasciando all'interessato che ha assolto al proprio "onere" la possibilità di orientare unilateralmente le pieghe dell'accertamento cognitivo.

Storicamente, la partita processuale non si è mai giocata soltanto su di una ricostruzione offerta dal soggetto che aveva mosso la lite. Il brocardo che completa il complesso principio in esame recita, infatti, *reus in excipiendo fit actor*, ossia per veder completarsi il quadro cognitivo necessario ad una pronuncia sul merito, allora come oggi, deve innescarsi una contesa fra le parti, per cui, durante il processo, bisogna garantire anche la presenza di colui che ha interesse a contestare la fondatezza delle ragioni attoree, non solo ammettendo questi al contraddittorio per la formazione dei risultati probatori,

¹⁸⁹ In via preliminare, rinviando *infra* § 4, si richiamano le osservazioni di G.A. MICHELL, *L'onere della prova*, cit., pp. 147-148, il quale mette in evidenza che «anche limitandosi alla considerazione del processo civile, la nozione di onere della prova riesce insoddisfacente e ciò è stato del resto intuito da chi accanto al vero e proprio onere, ha creduto di poter costruire un onere incompleto. [...] Nella giurisprudenza codesta verità si formula di frequente nei seguenti termini: il giudice può utilizzare le resultanze probatorie anche per scopi differenti da quelli cui miravano le parti producenti. Principio fondamentale del processo moderno è, come è noto, quello della acquisizione processuale, per cui, a partire da un certo momento, le prove prodotte in giudizio da una parte si considerano comuni, il giudice cioè può liberamente valutarle, eventualmente quindi anche a vantaggio dell'avversario. [...] Per tale ragione si è configurato l'onere della prova nel processo moderno quale un onere *incompleto*, in quanto l'esito della controversia non dipende esclusivamente dalla attività di una sola parte (quella cioè cui la prova riesce favorevole), bensì anche dalla controparte, che ne può poi venire danneggiata» (il corsivo è dell'Autore).

ma riservandogli - ben prima - la pari opportunità di addurre i mezzi per presentare la prova a discarico¹⁹⁰.

Si descrive, in tal modo, la posizione processuale del convenuto: egli è mosso soltanto dall'interesse a dimostrare l'inesistenza dei fatti affermati dal suo avversario; dunque, fintantoché l'attore non avrà provato i fatti che sostengono le sue affermazioni, il convenuto non avrà la necessità di provar nulla, potendo liberamente scegliere di rimanere passivo.

Il cerchio fin qui tracciato trova così la sua quadratura processuale nel punto in cui all'integrazione della prova a sostegno dell'azione con quello alla controprova o alla mera smentita dell'ipotesi concorrente si riallaccia, per il giudice, il dovere di accogliere la domanda soltanto quando questa risulterà essere stata suffragata da tutti i risultati di prova richiesti dalla norma di riferimento¹⁹¹: *actore non probante, reus absolvitur*.

¹⁹⁰ Su quest'aspetto, S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 30, ha osservato che «non si può pretendere dalla parte (non onerata) un contributo al chiarimento della situazione di fatto da cui possono derivare effetti a lei sfavorevoli. [Dietro ciò] si scorge agevolmente la visione del processo come 'lotta', da cui deriverebbe un diritto della parte non onerata alla inattività. Ma se la inattività della parte privata, inteso come 'diritto alla passività', può forse ammettersi nel processo penale, alla luce dell'evoluzione storica che ha visto in tal modo limitare l'abuso dello Stato e garantire la libertà del cittadino, seri dubbi si presentano quando si tratta di estendere gli stessi principi al processo civile».

¹⁹¹ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 223; ID., *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 70, il quale osserva che «tutt'altra questione, di carattere giuridico ed epistemologico, è quella che attiene al modo in cui la legge processuale regola le modalità di decisione nel caso in cui la mancanza di prove lascia incerta l'ipotesi sul fatto. A rigore la situazione d'incertezza dovrebbe portare ad una decisione di *non liquet*. Entrano allora in gioco le regole dell'onere della prova, che consentono comunque una decisione nel caso di incertezza sul fatto, soggettivizzando le conseguenze di tale incertezza. [...] Molto semplicemente, e realisticamente, la legge impone al giudice di prendere atto del permanere dell'incertezza sul fatto costitutivo e di trarne le conseguenze nel modo che la stessa legge ritiene - per ragioni

Richiamando quanto detto in ordine alla funzione delle situazioni soggettive nell'ambito della teoria generale del diritto, è quanto mai opportuno sottolineare che «'le situazioni' poste in essere dalle parti nel mutevole gioco delle vicende processuali assumono interesse per il dritto in quanto determinino il dovere dell'organo giurisdizionale di svolgere date attività di tipo processuale-istruttorio ovvero decisorio: la parte nei cui confronti si è verificato 'il mutamento nella posizione giuridica del giudice', se vuole sottrarsi agli effetti sfavorevoli che potrebbero derivare dall'iniziativa dell'avversario, 'deve' a sua volta compiere determinati atti processuali, i cui effetti si tradurranno in altri dovere dell'organo giurisdizionale»¹⁹².

In questo modo, l'onere della prova se, da un lato, rappresenta il criterio di distribuzione soggettiva del *quantum* di prova da allegare, dall'altro implica, come nella teoria dei vasi comunicanti¹⁹³, la regola di giudizio in base alla quale il giudice dovrà considerare, fuori da

giuridiche, non logiche - più opportuno in base alla dimensione soggettiva della controversia».

¹⁹² F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 268.

¹⁹³ In tal senso, L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, V ed., München-Berlin, 1965, pp. 76-77, sottolinea che, «quando un dubbio ostacola la decisione del giudice, la libera valutazione e l'onere della prova dominano su due territori che sono bensì adiacenti, ma nettamente divisi l'uno dall'altro da linee di divisione marcate. La libera valutazione della prova insegna al giudice di attinger liberamente la persuasione nella verità o non verità delle affermazioni contestate, poste nel processo; dall'insieme della trattazione in base a massime d'esperienza, l'onere della prova insegna a trovar la sentenza, quando la libera valutazione non ha condotto a conclusione alcuna. Perciò dove finisce il regno della libera valutazione della prova, comincia il dominio dell'onere della prova, quando il giudice ha percorso il primo senza trovar la sentenza, l'onere della prova gli offre ciò che la libera valutazione della prova gli ha negato». La traduzione, nonché la trasposizione del suo pensiero nella lingua e nel sistema italiano si deve a G. P. AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 176.

ogni arbitrio, come non vero il fatto rimasto incerto: *non esse et non probari paria sunt*.

Il *non liquet*, una sentenza di merito a-cognitiva, infatti, non può rappresentare una terza via posta fra l'accoglimento e il rigetto dell'azione¹⁹⁴: il giudice non può non pronunciarsi sulla vicenda in osservazione. Ogni decisione che non approdi ad una risoluzione esaustiva, logica e non contraddittoria del quesito sottoposto a giudizio tradisce la missione indefettibile che informa gli accertamenti giurisdizionali.

Nel solco obbligato in cui deve scorrere l'accertamento processuale, quando la materia è disponibile, l'onere della prova rappresenta una tessera necessaria, ancorché non (auto)sufficiente, per costruire la verità giudiziale, dal momento che esso distribuisce i carichi probatori stimolando, da un lato, l'attività di parte e, dall'altro, imponendo al giudice di respingere la domanda dell'attore nel caso in cui, a monte del giudizio di veridicità delle asserzioni relative ai fatti in accertamento, l'interessato non abbia conseguito l'obiettivo che si era prefissato.

¹⁹⁴ Questa analisi è stata condotta, fra gli altri, da G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 218, per il quale «in ogni processo adunque l'esigenza di fare pronunciare dal giudice un provvedimento sul merito si manifesta quale uno degli aspetti più caratteristici della stessa funzione giurisdizionale; il che significa come quest'ultima sia indirizzata ad assicurare la certezza dei rapporti tra i consociati, in modo da sacrificare la giustizia (in astratto) del provvedimento medesimo venga in ogni caso pronunciato». Dello stesso avviso, fra gli altri, anche V. ANDRIOLI, *Prova*, in *Nvss. Dig. it.*, cit., p. 299; ID., *Lezioni di diritto proc. civ.*, cit., p. 184; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, pp. 199 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., p. 214; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 84; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, cit., pp. 83 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 70; V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 58 ss.

3. La regola nel codice civile: l'art. 2697 c.c.

Il principio racchiuso nel brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit* ha trovato consacrazione normativa nel codice civile. L'art. 2697 c.c. detta una regola la cui portata è estesa a ogni forma di contesa probatoria, mentre l'antesignano art. 1312 del c.c. 1865 prendeva in considerazione soltanto la "prova delle obbligazioni". Si stabiliva, infatti, che solamente chi chiede l'esecuzione di un'obbligazione «deve provarla» e chi, invece pretende di esserne stato liberato «deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione»¹⁹⁵.

La disposizione oggi in vigore descrive, invece, il criterio generale di distribuzione dei carichi probatori fra le parti in questi termini: «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. 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».

Nella sintassi della disposizione, in cui si combinano i due sintagmi rappresentati dalle regole di comportamento riportate, si possono distinguere: al primo comma, il ruolo dell'attore che esercita il potere di azione, promuovendo il giudizio al fine ottenere il

¹⁹⁵ Per un *excursus* storico sull'avvicendamento delle norme in tema di onere della prova nel codice civile v., fra gli altri, V. ANDRIOLI, *Prova*, in *Nvss. Dig. it.*, cit., p. 292; G.P. AUGENTI, *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile*, Molfetta, 1931, *passim*; ID., *L'onere della prova*, cit., pp. 191 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Napoli, 1927, pp. 191 ss.; ID., *Lezioni di dir. proc. civ.*, vol. II, cit., p. 347; ID., *La prova civile*, Napoli, 1947, p. 257; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936, pp. 330 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 782 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 54 ss., pp. 498 ss.; S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 3.

riconoscimento giurisdizionale del proprio diritto soggettivo (artt. 99 e 112 c.p.c.), onerato di allegare già nella domanda tutti gli elementi di fatto e di diritto idonei a renderla accoglibile; al secondo comma, viene descritta la situazione del convenuto che, per fronteggiare la rivendicazione attorea, può proporre delle eccezioni¹⁹⁶ in cui presentare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto vantato dall'attore e, se lo ritiene, può spingersi fino a presentare una domanda riconvenzionale nei confronti del suo avversario (artt. 167, comma 2, e 416, comma 3, c.p.c.).

Sui diversi fronti degli interessi così contrapposti, quindi, si ripartiscono, da un lato, l'onere di allegare la prova di quei fatti che costituiscono il fondamento del diritto azionato di pertinenza dell'attore; mentre, dall'altro, si attribuisce al convenuto

¹⁹⁶ Sui profili particolari delle eccezioni processuali in ambito civilistico, v. per tutti, V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 173, secondo il quale «l'attività difensiva del convenuto può concretarsi: a) nella semplice negazione del fondamento della domanda attrice, o anche nella mera negazione del fondamento della domanda attrice, o anche nella mera negazione del fatto costitutivo affermato dall'attore; b) nella contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo, tale da escludere gli effetti giuridici del fatto costitutivo affermato dall'attore (pagamento, simulazione, novazione, ecc.); c) nella contrapposizione di fatti impeditivi o estintivi tale da dare al convenuto il potere di resistere all'azione (eccezione di prescrizione, incapacità, errore, dolo o violenza, ecc.). Per altri cenni sul tema, fra la vasta letteratura v. fra gli altri F. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, p. 177 s.; G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, pp. 149 ss.; G. CONSOLO, *Le spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2010, p. 214; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 449 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 274 ss.; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 22 ss.; e G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, pp. 334 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1270, nota 13; R. ORIANI, *Eccezioni*, in *Dig. disc. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 262 ss.; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 151 ss.; S. SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 817 ss.

l'incombenza (libera, non necessaria) di dimostrare quei fatti, la cui allegazione è proiettata a sostenere l'inefficacia delle pretese avanzate dall'«avversario», oppure quelle in base alle quali si intende provare che esse sono estinte, modificate o impedito al fine di delimitare il *thema decidendum* (art. 112 c.p.c.).

Si descrive, in tal modo, l'onere della prova in senso soggettivo (o formale), ossia come «quella regola in funzione della quale ogni parte, nel corso del processo, dovrebbe fornire la prova di determinati fatti e non di altri. Sotto questo profilo, [la regola] si occupa della provenienza delle deduzioni probatorie. Si ritiene cioè che esse riguardino l'attività probatoria delle parti, indicando ciò che ogni parte deve provare se vuole evitare la soccombenza»¹⁹⁷.

Ciò sembra lasciar intendere che la norma in esame si assuma il compito di rappresentare «la chiave di transizione dal diritto sostanziale al diritto processuale»¹⁹⁸. Si ritiene che essa, infatti, possa trapiantare, in quest'ultimo ambito, la necessità di introdurre nel giudizio gli elementi di struttura delle fattispecie descritti, di volta in volta, nelle norme sostanziali di riferimento.

In quest'ottica, nonostante i profili problematici di cui si dirà, si colloca la descrizione dell'onere della prova in senso oggettivo (o sostanziale)¹⁹⁹ che «[riguarderebbe] invece l'esito finale e

¹⁹⁷ In tal modo è stato definito da M. TARUFFO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 73. Analogamente anche secondo L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 245; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 108 ss.; S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 20; V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 15.

¹⁹⁸ G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., p. 96.

¹⁹⁹ La distinzione fra onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo si deve alla dottrina austriaca del secolo scorso, accolta e ulteriormente sviluppata da quella tedesca. Sull'argomento, fra i tanti, si richiamano, per tutti, le ricostruzioni di L. ROSENBERG, *Die Beweislat auf der*

complessivo delle attività probatorie che si sono svolte nel corso del processo. Se le prove assunte consentono al giudice di dare per dimostrata l'esistenza di tutti i fatti giuridicamente rilevanti, le regole sull'onere della prova non hanno modo di entrare in gioco e la controversia viene decisa applicando la disciplina sostanziale della fattispecie. Se, viceversa, un fatto rilevante risulta non provato, le regole sull'onere della prova trovano applicazione come criteri oggettivi per stabilire quale parte debba sopportarne le conseguenze negative a seconda della natura e della qualificazione del fatto non provato»²⁰⁰.

La disposizione, tuttavia, in ordine alla funzione che dovrebbe rappresentare nel processo, paga il prezzo di tutte le norme di portata generale: per regolare gli specifici casi che possono concretamente porsi in funzione della diversità degli oggetti di prova richiede necessariamente una profonda opera di interpretazione.

Un esempio può aiutare a chiarire questa osservazione critica: per quanto riguarda la responsabilità contrattuale, compete al debitore

Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung, cit., pp. 24 ss.; R. POHLE, *Zur Beweislast im internationalen Recht*, in *Festschrift für Dolle*, Tübingen, 1963, pp. 317 ss.; J. SCHNEIDER, *Die Bedeutung der Beweislast für die Relationstechnik*, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 617 ss. Nella dottrina italiana, v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 262 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 177 ss.; S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 22.

²⁰⁰ M. TARUFFO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 76. Analogamente v. anche V. ANDRIOLI, *Intorno a principi generali della prova nel proc. trib.*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1939, I, p. 288; G. BETTIOL, *Presunzioni e onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, I, p. 252; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 313, 423; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 246; G. DELITALIA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 140, nota 2; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 110 ss.; S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 22; V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 15 ss.

fornire la prova del suo adempimento, posto che l'attore, che agisce in giudizio per chiedere l'adempimento, la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c., ha l'onere di allegare solo la fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, ma non deve dimostrare l'inadempimento contestato alla sua controparte, mentre sarà il convenuto-debitore a dover fornire la prova del suo adempimento. Si invertono i ruoli e dunque gli oneri, quando si tratta di un'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., nel qual caso il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, mentre il creditore dovrà dimostrare il proprio adempimento, oppure la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione²⁰¹.

A fronte della genericità della disposizione in parola, la dottrina ha provato ad offrire una soluzione per ripartire in maniera omogenea gli oneri di prova, formulando dei criteri trasversali come quelli, ad esempio, di «normalità» e di «specificità»²⁰². In base ad essi, in una scala di priorità, è stato previsto che andrebbero provati preminentemente i fatti connotati da una maggiore eccezionalità,

²⁰¹ Sull'argomento, per le osservazioni della dottrina, si rinvia, per tutti, a E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, p. 14.

Tuttavia, l'esempio riportato sulla ripartizione degli oneri probatori in base alle diverse fattispecie si ritrova consolidato nella giurisprudenza sul tema. Cfr., fra le altre, Cass. civ., sez. III, sent. n. 826 del 20 gennaio 2015, Rv. 634361-01; ID., sez. I, sent. n. 15659 del 15 luglio 2011, Rv. 618664-01; Sez. U., sent. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Rv. 549956-01.

²⁰² Tali criteri sono stati ritenuti risolutivi da vari autori, fra cui, G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 211; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 268; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 788; E. T. LIEBMAN, *Manuale di dir. proc. civ.*, cit., p. 87; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, pp. 156 ss.; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., 47.

perché meno probabili e, allo stesso modo, bisognerebbe privilegiare la prova dei fatti indeterminati su quelli determinati²⁰³.

D'altro canto, però, è stato ribattuto che non c'è niente di più «illusorio del tentativo di discriminare i singoli fatti sul presupposto di un'asserita, originaria differenza di struttura»²⁰⁴. La soluzione prospettata, infatti, a volerla adottare, finirebbe per anticipare l'applicazione dei criteri di valutazione della prova al momento precedente in cui deve ancora stabilirsi come distribuire i carichi probatori per la fase di allegazione dei mezzi di prova. In questo frangente, difatti, non può prevedersi anticipatamente quali risultati si produrranno a seguito dell'istruttoria o in seguito alle vicissitudini del contraddittorio e degli stessi interventi del giudice sulla prova²⁰⁵.

Per evitare il ricorso a criteri comuni, e perciò inadeguati a cogliere le diverse sfumature degli oggetti di prova in funzione di quanto disposto dalle norme sostanziali, l'art. 2697 c.c. non può che trarre, di volta in volta, la regola di distribuzione degli oneri fra le parti dalle peculiarità della fattispecie concreta da provare. In particolare, può condividersi quella impostazione generale per cui «data una situazione in cui l'effetto x sia condizionato da a, b, c, [...] la cui

²⁰³ Sugli aspetti critici di questa impostazione, ancora L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 269, ha osservato che «[questi parametri] portano in sé qualcosa di artificioso (e perché no? anche di arbitrario), soprattutto quando si propone di accreditare una specie di 'astrazione processuale', ancorata alla posizione assertiva ed all'interesse probatorio dei litiganti, oppure quando si tenta di scomporre l'unicità del rapporto litigioso in circostanze 'variabili' ed in condizioni 'costanti', lasciando all'attore di provare le prime ed al convenuto di contrapporre la prova negatoria delle seconde».

²⁰⁴ F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 105. Analogamente v. anche G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 97; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 340, 356 che relega questi criteri fra le massime di esperienza non ritenendoli valide regole di diritto.

²⁰⁵ Di quest'avviso, ancora diffusamente G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., anche nelle pp. 322-323, 331 ss.

identificazione non di rado esige una delicata opera interpretativa, il giudice statuirà x anche nel caso in cui c non sia stata provata purché non ne sia stata dimostrata l'inesistenza. Ancora, allegata da una parte la situazione giuridica soggettiva y, la cui fattispecie costitutiva risiede in a e b, l'accertamento di questi ultimi rappresenta una condizione sufficiente per l'accoglimento della domanda, anche se non è stata provata l'inesistenza (e purché non ne sia stata provata l'esistenza) del fatto giuridico c, che, se avverato avrebbe determinato l'estinzione di y»²⁰⁶.

In tal modo, si chiarisce che la pretesa dell'attore potrà esser riconosciuta soltanto quando, per essa, siano stati provati tutti quei fatti costitutivi ritenuti rilevanti alla luce della fattispecie di riferimento e non in virtù di un generico criterio di ripartizione; al contempo, quando sia stato appurato anche il mancato raggiungimento della prova circa la ricorrenza di un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, laddove questi fossero stati introdotti quali temi di prova.

L'applicazione processuale della norma, collocata in un codice sostanziale²⁰⁷, incontra, poi, un altro ostacolo: oltre a dover fare i conti con le diverse fisionomie di ogni singola fattispecie di riferimento, deve tener conto anche del principio di giustizia distributiva fra i soggetti in causa, rispondendo al quesito *cui prodest?*²⁰⁸.

²⁰⁶ F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 84-85.

²⁰⁷ Sulla natura della norma in questione, v. S. PATTI, *Delle prove. Artt. 2697-2739*, cit., p. 68.

²⁰⁸ In questo modo hanno posto la questione V. ANDRIOLI, *Prova*, in *Nvss. Dig. it.*, cit., p. 827; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 266; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 97; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 314; M. TARUFFO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, cit., pp. 67-68.

Si è detto che «spesso nel caso concreto si sente l'opportunità di addossare l'onere della prova a una delle parti, mentre sarebbe difficile formulare una ragione generale per farlo. Non si può dire a priori che la repartizione della prova sia rigorosamente logica e giusta. Si può forse anzi affermare che rigorosamente sarebbe giusto che l'attore provasse tanto la esistenza dei fatti costitutivi del diritto, quanto la non esistenza dei fatti impeditivi ed estintivi. Ma questa prova sarebbe nella più parte dei casi difficile pei fatti impeditivi del diritto, impossibile pei fatti estintivi. Il pretendere tanto dall'attore equivarrebbe spesso a negargli senz'altro la tutela giuridica. È dunque anzitutto una ragione di opportunità che costringe a ripartire l'onere della prova. Ma vi è di più, per farlo, un principio di giustizia distributiva, il principio dell'uguaglianza delle parti»²⁰⁹.

Ciò chiarisce, pertanto, che il criterio di ripartizione deve misurarsi altresì con i concreti strumenti probatori disponibili, seppur solo virtualmente, per il soggetto intervenuto nel giudizio, in modo da riconoscergli un'effettiva possibilità di tutela delle sue rivendicazioni.

Per ottemperare a questa esigenza di economia processuale, la dottrina è ricorsa ad un'artificiosa *fiction iuris*: la «semplificazione analitica della fattispecie»²¹⁰. In base ad essa, è stato ritenuto che

²⁰⁹ Di quest'avviso, per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 786-787.

²¹⁰ Essa risale a R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, Paris, 1988, pp. 199 ss. Lo sviluppo delle sue idee, nell'ambito del processo civile italiano, lo si deve a G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1948, p. 65. Sul tema, fra gli altri, cfr. T. ASCARELLI, *L'astrattezza dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pp. 392-293; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 188-189; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, cit., p. 28; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., pp. 252-253; E.

sull'attore possa ricadere soltanto l'onere della prova positiva dei fatti costitutivi, ma non anche quello della dimostrazione dell'inesistenza degli elementi di segno contrario, in modo tale da assicurargli la concreta possibilità di superare lo standard decisorio rappresentato, nel processo civile, dalla probabilità prevalente. La rappresentata semplificazione determina che i fatti impeditivi²¹¹, benché non menzionati nell'art. 2679 c.c., possano essere ricondotti solo nel novero delle circostanze da provare ad opera del convenuto.

Nonostante gli accorgimenti fin qui descritti, la norma sotto osservazione sembra non riuscire comunque a smarcarsi dall'accusa di rappresentare soltanto "una norma in bianco" la quale «abbisogna di due integrazioni: l'una [...] costituita dall'identificazione dell'effetto vagheggiato dall'attore, l'altra [...] costituita dall'identificazione dell'effetto tramite la tripartizione dei fatti giuridici (costitutivi, estintivi, impeditivi) nell'intera esperienza normativa»²¹².

La regola deve poi confrontarsi con le cd. «presunzioni relative»²¹³ in grado di provocare delle vere e proprie «inversioni dell'onere

FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, pp. 323-354; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 432; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 53-59; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., p. 31; V. VERDE, *L'onere della prova*, cit., p. 181, nota 252.

²¹¹ Definiti, fra gli altri, da V. VERDI, *L'onere della prova*, cit., p. 180, come «lo strumento dommatico più raffinato che il positivismo giuridico ha saputo escogitare per esaltare fino all'estremo limite il coefficiente di elasticità dei canoni di valutazione precostituiti in seno all'ordinamento».

²¹² V. ANDRIOLI, *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, cit., p. 293. Analogamente, fra gli altri, si sono espressi anche R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 420; M. TARUFFO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 68; V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 159.

²¹³ Sulle quali, per ben più ampi cenni, si rinvia a F. CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, vol. II, cit., p. 347; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit.,

della prova»²¹⁴ in grado di sovvertire l'ordine dei fattori descritti dalla disposizione in esame. Senza dimenticare che le presunzioni possono essere di matrice legislativa, ma molto più spesso hanno fondamento giurisprudenziale. In quest'ultima evenienza, «il fenomeno delle cd. presunzioni giurisprudenziali si caratterizza normalmente per una diretta incisione della fattispecie sostanziale processualmente rilevante in cui uno degli elementi costitutivi della fattispecie è ritenuto esistente, con il correlato venir meno dell'onere della prova relativo, mediante la creazione *praeter legem* di una presunzione *juris tantum* che si fonda su di una valutazione ragionevole di una situazione socialmente tipica allegata in giudizio anziché sull'accertamento del fatto. Prevale, su ogni altra cosa, l'esigenza di una semplificazione del giudizio di fatto»²¹⁵.

I profili critici descritti sono stati infine sintetizzati da una parte della dottrina che è giunta alla conclusione secondo cui «l'art. 2697 c.c. si sarebbe illuso di creare una cerniera fissa e completa tra

p. 781; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., p. 413; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 72.

²¹⁴ Su questo particolare meccanismo di inversione, fra gli altri, F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 85, ha proposto una pregnante sintesi per cui «supposto che *a* sia il fatto di cui [stando alla norma sostanziale] non occorre la prova, affinché una pronuncia giudiziale statuisca un certo effetto invocato da *Primus*, si vuol dire che *a* costituisce il tema di un'inversione dell'onere probatorio: ossia che *Secundus* è onerato della prova negativa, della cui mancata acquisizione, pertanto, sopporta il rischio; ovvero che l'esistenza di *a* è presunta; od ancora che il contrario di *a* gioca nella fattispecie, a cui è ricollegato l'effetto invocato da *Primus*, il ruolo di un elemento impeditivo». Sul tema cfr., anche M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 733 ss.

²¹⁵ In tal modo, nelle parole di E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto degli oneri probatori*, cit., p. 15.

Per degli opportuni rilievi critici su queste tendenze giurisprudenziali, fra gli altri, v. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., pp. 320 ss.; S. PATTI, *Prove*, cit., p. 109 e A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pp. 23 ss., 153 ss.

diritto sostanziale e processo, giacché tale cerniera alla fine deve sempre essere rintracciata nell'uomo chiamato ad applicare la legge»²¹⁶.

4. *Segue.* L'onere imperfetto della prova.

Le riflessioni circa i diversi *vulnus* che, anche nel giudizio civile, subisce l'onere della prova in veste soggettiva rivelano come la fattispecie descritta dall'art. 2697 c.c. riguardi una situazione giuridica incompleta²¹⁷, se non addirittura imperfetta²¹⁸, ovvero non autosufficiente al conseguimento del risultato rappresentato dal provvedimento giurisdizionale²¹⁹ favorevole alle proprie ragioni,

²¹⁶ Con questi toni si è espresso, per tutti, V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 160.

²¹⁷ R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., p. 113, adopera l'espressione di "onere incompleto", osservando come «l'attività svolta da una parte può andare a vantaggio della parte opposta. È naturale che, per lo più, la prova sarà fornita dalla parte, che da essa trae giovamento; ma non è necessario che ciò accada. Si può quindi compiere un'altra distinzione, alla quale si possono riservare i nomi di *onere completo* e *onere incompleto*. Esiste un *onere completo* quando taluno può conseguire un determinato risultato *solo* mediante la *propria attività*. Vi è invece un *onere incompleto*, quando il risultato è collegato allo svolgimento di una determinata attività; ma quest'ultima può essere svolta tanto da colui al quale riesce favorevole, quanto da chi ne viene danneggiato». Sull'argomento v. anche P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 62.

²¹⁸ Di onere imperfetto, invece, parla J. GOLDSCHMIDT, *Der prozess*, cit., p. 361. Analogamente, v. anche G. GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, cit., p. 179.

²¹⁹ Su questi aspetti, v., per tutti, F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 89: «per il resto, è agevole constatare come la prova rilevi di per se stessa, quale che ne sia la fonte, purché, beninteso, siano state adempiute le prescrizioni del singolo metodo istruttorio e risultino osservati certi altri limiti piuttosto indefiniti. [...] Alla luce di questi dati d'esperienza, si rischia di esporsi ad un definitivo affossamento: sarebbe espediente di scarsa efficacia persuasiva richiamarsi alla pallida figura dell'onere incompleto, imperfetto e simili, per designare i casi nei quali l'omissione o l'insuccesso dell'iniziativa istruttorio di una parte possono essere rimediati da un'acquisizione d'ufficio o addirittura dalla prova che l'avversario abbia incautamente somministrato».

nemmeno quando l'onere proprio della prova sia stato pienamente assolto.

Nel corso del processo, infatti, «importa unicamente quello che è dimostrato, non chi l'ha dimostrato»²²⁰. Si evidenzia, allora, che, in virtù dello scopo cognitivo dell'accertamento, all'attività probatoria delle parti può essere riconosciuta soltanto un'incidenza mediata sul risultato del giudizio. Le esigenze gnoseologiche dell'accertamento giudiziario civile, seppur ridotte sulla minor scala della probabilità prevalente, infrangono quel nesso che dovrebbe automaticamente lasciar conseguire il risultato decisorio dall'assolvimento di tutte le attività probatorie di parte richieste per dimostrare i temi di prova imposti dalla fattispecie sostanziale.

Ciò implica, allora, che nei termini soggettivi di cui si è detto, l'onere nel processo non descrive nient'altro che la necessità di allegare i mezzi di prova per sostenere la domanda, ma nulla dice in ordine al risultato che la fonte di prova introdotta andrà a consegnare al giudizio in seguito all'operazione di selezione approntata dalle parti in contraddittorio.

Del resto, bisogna osservare come, nell'ottica del «giusto processo»²²¹, le attività finalizzate alla formazione dei risultati di

²²⁰ Traducendo le parole di L. ROSENBERG, *Die Beweislat auf der Grundlage des Burgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, cit., p. 30. In argomento, cfr., fra gli altri, G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 171; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 796 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 147.

²²¹ Per questo fondamentale nesso logico fra il principio di acquisizione e l'art. 111 Cost., v., per tutte, Cass. civ., sez. L., sent. n. 21909 del 25 settembre 2013, Rv. 627711.01, nella cui massima si sostiene che «il principio generale di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. deve essere contemperato con il principio di acquisizione probatoria, che trova fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo, con la conseguenza che anche il principio dispositivo delle prove - in forza del quale ogni parte è

prova sono regolate dal principio di acquisizione probatoria²²². In base ad esso, le prove assunte possono formare dei risultati che varranno sia in favore che in svantaggio della parte che le ha dedotte in quanto, una volta formate, verranno consegnate alla libera valutazione del giudice. Le evidenze formatesi divengono, perciò, patrimonio del giudizio e non si considerano più appartenenti a chi le ha presentate. Il giudice, infatti, restando

libera di ritirare il proprio fascicolo e di omettere la restituzione del medesimo - va inteso in modo differente, traducendosi nel dovere del giudice di pronunciare nel merito della causa sulla base del materiale probatorio ritualmente acquisito - da qualunque parte processuale provenga - con una valutazione non atomistica ma globale nel quadro di una indagine unitaria ed organica, suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, per vizi di motivazione e, ove ne ricorrano gli estremi, per scorretta applicazione delle norme riguardanti l'acquisizione della prova».

Sull'argomento analogamente fra le altre, cfr. ID., sez. II, ord. n. 14284 del 4 giugno 2018, Rv. 648836-01; ID., sez. VI, ord. n. 15480 del 14 settembre 2012, Rv. 623749-01; ID., sez. II, sent. n. 15300 del 12 luglio 2011; Rv. 618574-01; ID., sent. n. 15162 del 9 giugno 2008, Rv. 603644-01.

²²² Definito da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 1997, p. 181, in questi termini: «il principio di acquisizione della prova si sostanzia nella regola generale secondo la quale, una volta che la prova sia entrata nel processo, ossia acquisita, il giudice può prescindere dal fatto che vi sia entrata per iniziativa della parte onerata, oppure dall'altra parte, o, nei casi in cui ciò sia possibile, addirittura per iniziativa dello stesso giudice, purché però i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fornisce la prova». Cfr. F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 224; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 282; G. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, cit., pp. 25 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, p. 330; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 317; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 86, 89; S. PATTI, *Prove*, cit., p. 50; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 189 ss.; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 13-17.

Nell'ambito del processo penale, G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 135-136; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 99, ha sottolineato come «si sia da tempo evidenziato che la regola dell'onere della prova, se rigorosamente intesa, non può trovare spazio in un sistema processuale dove viga il principio di acquisizione processuale, appunto perché i poteri attribuiti al giudice da tale canone non lasciano 'il condizionamento della decisione d'un determinato contenuto ad un'insostituibile iniziativa probatoria di parte.

fermo l'inderogabile divieto d'uso della scienza privata²²³, disporrà, al termine dell'istruttoria, di un compendio di informazioni su cui, per formare il proprio convincimento, non sarà più determinante chi ha addotto l'elemento di conoscenza, ma soltanto se sussistono le prove necessarie per affermare l'esistenza del diritto rivendicato dall'attore. Infatti, è stato ritenuto che «in virtù di tale principio si ribadisce e si rafforza la natura *residuale* della regola di giudizio *actore non probante reus absolvitur* poiché le risultanze istruttorie comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale sono formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento del giudice»²²⁴.

In questi termini, l'onere della prova in veste soggettiva, ovvero inteso come regola di comportamento che distribuisce i carichi probatori, si svuota della sua particolare incidenza, lasciando il campo alle implicazioni che piuttosto proietta sul giudizio.

Esso potrebbe conservare una propria identità soltanto nella misura in cui lo si intendesse non come il diritto ad ottenere la prova (*burden of persuasion*), ma nei più ristretti profili del diritto di esser posti nella condizione di poter provare²²⁵ (*burden of producing evidence*)²²⁶.

²²³ Su questo tema si rinvia, per tutti, alle riflessioni di B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 861 ss.

²²⁴ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 317.

²²⁵ G. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010, III, p. 121, definisce questo aspetto come «il diritto di fornire in giudizio la prova dei fatti rilevanti per l'accoglimento della domanda (o delle eccezioni del convenuto)».

²²⁶ Nell'esperienza anglosassone si rinviene siffatta distinzione, sulla quale si rinvia a R.J. ALLEN, *Presumption in Civil Actions Reconsidered*, in 66 *Iowa Law Rev.*, 1981, pp. 843 ss.; W.H. BIGHAM, *Presumptions, Burden of Proof and the Uniform Commercial Code*, in 21 *Vand. Law Rev.*, 1968, pp. 177 ss.; R. CROSS, *On Evidence*, Sydney, 1986, pp. 85 ss.; J.D. HEYDON, *Evidence*, Sydney, 1986, pp. 13

L'art. 115 c.p.c. si riallaccia alle dinamiche descritte, prescrivendo al giudice che, «salvo i casi previsti dalla legge, [egli] deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza»²²⁷.

La disposizione riafferma che l'introduzione dei mezzi di prova nel processo dovrebbe essere di esclusiva pertinenza dei soggetti in causa. La norma sembra codificare il principio di disponibilità delle prove²²⁸, in virtù del quale alle sole parti costituite nel giudizio

ss.; J.T. MCNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: a Function of the Burden of Persuasion*, in *68 Harv. Law Rev.*, 1955, pp. 1382 ss.; E.M. MORGAN, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation*, New York, 1956, pp. 70 ss.; J.B. THAYER, *The Burden of Proof*, in *4 Harv. Law Rev.*, 1890, pp. 45 ss.

²²⁷ M. TARUFFO, *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, in *Commentario del codice di procedura penale*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447-449, il quale ha osservato come «sul significato dell'art. 115, 1° comma, si formò rapidamente una sorta di *vulgata*, condivisa dalla maggior parte della dottrina, secondo la quale esso enuncerebbe il principio dispositivo in materia di prova. [...] Come si intende facilmente, questa interpretazione fa dell'art. 115, 1° comma, la norma-cardine che regola la distribuzione dei poteri di iniziativa istruttoria tra le parti e il giudice. [Tuttavia] va osservato che la norma *non* dice che il giudice deve fondare la decisione *soltanto* su queste prove, e neppure che il giudice non può utilizzare altre prove. In sostanza, la lettera della norma non esclude affatto questa possibilità, in quanto non prevede espressamente né il monopolio delle parti sui mezzi di prova, né alcun limite ai poteri del giudice o alcun vincolo al loro impiego».

In argomento, v. pure le osservazioni critiche di B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pag. 292; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, I, Napoli, 2008, pp. 567 ss.; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, pp. 3 ss.

²²⁸ Modellato sul principio descritto dal brocardo latino *judex secundum allegata partium iudicare debet*: cfr. JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probatam, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1497. V. anche B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 141 ss.; ID., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, cit., pp. 861 ss.

spetterebbe il potere di proporre le prove su cui fondare poi la decisione sul merito della vicenda.

Tuttavia, la clausola di riserva posta nell'incipit dell'art. 115 c.p.c. («salvo i casi previsti dalla legge») lascia presagire le possibili eccezioni, ossia le deroghe al principio dispositivo nonché allo stesso funzionamento del criterio di ripartizione descritto nell'art. 2697 c.c.

Fra di esse, sono rilevanti, nel confronto con il processo penale, quelle che ammettono il principio di non contestazione in base al quale il giudice può esimersi dal verificare la fondatezza di quel fatto che l'altra parte non ha confutato²²⁹, come quelle in cui si acconsente all'acquisizione di altre prove per iniziativa dell'organo giudicante²³⁰.

Nel primo caso, si tratta di una vera e propria *relevatio ab onere probandi* a vantaggio della parte che ha affermato il fatto non oggetto di contestazione. Di conseguenza, il giudice potrà ritenerlo come se fosse vero anche se esso non è stato sottoposto alle operazioni di

²²⁹ Per ben più ampi cenni su questo argomento, cfr. V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 274; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziale e riparto dell'onere probatorio*, cit., pp. 49 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1993, *passim*; A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 179 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 310 ss.; A.D. DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 559; S. PATTI, *Prove*, cit., p. 72; F. ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. Taruffo, Bologna, 2013, pp. 183 ss.; M. TARUFFO, *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 483 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., pp. 122 ss.

²³⁰ Cfr. E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziale e riparto dell'onere probatorio*, cit., pp. 31 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 426; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 179 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 318 ss.; M. TARUFFO, *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 470 ss.

verifica nel rispetto del metodo del contraddittorio: il fatto non contestato si ritiene pacifico²³¹.

Anche in questo caso, l'esigenza cognitiva dell'accertamento potrebbe, però, risultare prevalente e superare il tacito accordo fra i soggetti manifestatosi attraverso la non contestazione. Infatti, se grazie agli altri esperimenti di prova svoltisi nell'istruttoria il giudice dovesse inferire la falsità del fatto non contestato, potrebbe ugualmente scegliere di non esimersi dal valutare negativamente in motivazione la sua fondatezza.

Il principio della non contestazione, dal punto di vista soggettivo, rappresenta comunque una deroga alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., esentando l'attore che ha introdotto il fatto, dall'onere di provarlo e ciò per tacita concessione del convenuto costituito in giudizio, dunque non contumace²³² (analogamente a quanto avviene ai sensi dell'art. 2698 c.c. in ordine ai patti relativi all'onere della

²³¹ Sul tema, per prima Cass., sez. un., sent. n. 761 del 25 gennaio 2002 in *Foro it.*, con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unive*, pp. 187 ss. ha ritenuto che «il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza». A questa pronuncia si è allineata la giurisprudenza seguente che può essere rintracciata in DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. Civ.*, 2004, II pp. 112 ss.

²³² M. TARUFFO, *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., p. 485, osserva che «il riferimento puntuale alla 'parte costituita' mira evidentemente ad escludere che si possa intendere come non contestazione il comportamento della parte che, essendo rimasta contumace, non ha avuto la possibilità di contestare - o di non contestare - i fatti allegati dall'attore. Poiché dunque, in base al dettato della norma, la contumacia non equivale a mancata contestazione, bisogna ritenere che essa non si applichi ai fatti allegati da una parte, tutte le volte che l'altra parte non si sia costituita in causa secondo le modalità ordinarie».

In generale, sul tema della contumacia nel processo civile, fra gli altri, cfr. V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 297 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 133, 742 ss.; G. GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, pp. 149 ss.; G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 115.

prova), ma non può, sul piano oggettivo, comunque invalidare o eludere la verifica d'ufficio della fondatezza della relativa circostanza quando il giudice sia indotto a ciò da evidenze di segno contrario o da un mero sospetto²³³. Un esempio può aiutare a comprendere la complessa interazione del contegno delle parti con i poteri del giudice: se si evincesse l'infondatezza del fatto non contestato da un atto pubblico fidefacente, sarebbe come chiedere implicitamente al giudice di fondare la sentenza su un elemento di cui è stata in realtà smentita la verosimiglianza.

Al netto della controversa finalità del giudizio civile²³⁴, i poteri di acquisizione probatoria concessi al giudice civile rispondono

²³³ Così M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 495. L'Autore conclude il suo pensiero, ritenendo che «se si ammette che quella costruzione negoziale sia priva di senso, e che quindi il giudice non sia vincolato ad alcuna 'verità negoziata' [...], allora egli deve prendere in considerazione il fatto non contestato ai fini della decisione solo in quanto non vi siano ragioni probatorie per accertarlo diversamente, nulla impedisce che ciò accada».

Al riguardo, criticamente, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia. (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 18, che non ha potuto fare a meno di osservare come «lo sforzo di Taruffo di minimizzare gli effetti del 'principio' in questione è evidentemente una delle tante espressioni della sua insofferenza per tutte le regole del processo capaci di limitare o condizionare, direttamente o indirettamente, l'accertamento della 'verità': atteggiamento che in questo caso è però comprensibilmente temperato dalla preoccupazione (non solo 'economica') di non trasformare idealmente il processo, più che in un 'laboratorio della verità', in una 'palestra della diffidenza', dove sia obbligatorio dubitare anche di ciò che dovunque sarebbe ritenuto per l'appunto 'pacifico' proprio secondo il *common sense*».

²³⁴ Cfr. M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, trad. it. a cura di A. Giussani e F. Rota, pp. 173 ss., a cui si rinvia per i caratteri peculiari del processo inteso come risoluzione dei conflitti. In quest'ottica, E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, cit., p. 47, ha osservato come «il processo civile non ricerca la verità bensì la pace giuridica fra le parti mediante l'individuazione delle regole di condotta che devono regolare il caso concreto ricavate dalla realtà sostanziale preesistente come dispone l'art. 113 c.p.p.». Analogamente, fra gli altri, v. E. GRASSO, *La collaborazione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 596 ss.; V. DENTI,

all'esigenza di permettere una decisione sulla controversia anche quando, al termine dell'istruttoria, il fatto sotto accertamento, dunque in contestazione fra le parti, non sia stato adeguatamente provato pur residuando evidenze disponibili rimaste inesperte²³⁵.

Tuttavia, in ragione dello standard decisorio che non richiede un grado così elevato di conferma quanto quello previsto per il giudizio penale, gli *officia judicis* sono, in ogni caso, molto limitati. Su di essi, infatti, è stato osservato che «la stessa struttura dei mezzi istruttori che il giudice può disporre d'ufficio, a detta della legge, non permette di costruire un principio generale, secondo il quale *tutti* i mezzi di prova sono disponibili d'ufficio»²³⁶. Il rischio connesso all'interventismo giudiziale appare evidente: «nel nome dell'«imparzialità» e della «equidistanza», che le garanzie del giusto processo (art. 111, comma 2, Cost.) oggi rafforzano anche in misura maggiore di quanto non si ritenesse in passato, non è concepibile che il giudice sia autorizzato ad esercitare i suoi poteri di iniziativa probatoria al fine di supplire, anche solo indirettamente, all'inerzia o alla carente attività delle parti onerate, sì da sostituirsi ad esse e

Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio, *ivi*, 1968, pp. 217 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione (artt. 99-111)*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, cit., pp. 1085 ss.; ID., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, pp. 23 ss.; V. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 727; C. VOCINO, *Sulla cd. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, pp. 665 ss.

Diversamente, invece, M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 470 ss.

²³⁵ Questa analisi, per prima, fu offerta da Corte cost., sent. n. 220 del 14 novembre 1986 in *Giur. cost.*, 1986, p. 3486, il cui estensore fu proprio V. Andrioli. Sulla pronuncia, per tutti, v. P. BIAVANTI, *Argomenti di procedura civile*, Bologna, 2011, p. 63.

²³⁶ Così, secondo G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 186. Sul tema si rinvia per i cenni necessari, fra gli altri, a B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 179 ss.

favorire sul piano processuale, l'una in danno dell'altro. Si ribadisce, invece, che egli è legittimato ad intervenire *ex officio*, facendo uso di quei poteri, con il solo proposito di eliminare oggettive difficoltà od insufficienze di prova, non imputabili a colpa soggettiva di alcuna delle parti, ma unicamente *dopo* che queste ultime abbiano comunque esaurito l'acquisizione e l'assunzione dei mezzi disponibili, da loro prodotti o dedotti. In tali casi, il giudice - ogni qual volta le risultanze di processuali già acquisite, pur lasciando margini notevoli di incertezza nella ricostruzione dei fatti controversi, permettono comunque di scorgere la possibilità di identificare nuove 'piste probatorie' o di ricercare nuovi 'dati di indagine' - ha addirittura il *potere-dovere* di intervenire *ad supplendum* e di promuovere nuovi accertamenti, che scongiurino un'applicazione meccanicistica della regola formale di giudizio (*ex art. 2697 c.c.*), non sottraendosi altrimenti, ancor più se in tal senso sia stato sollecitato dalle parti, al rischio di incorrere poi, a sua volta, in un vizio di illogicità della decisione, denunziabile nei giudizi di impugnazione»²³⁷.

Precisato che in ambito civile i poteri probatori del giudice sono discrezionali, ma non doverosi, dal momento che la decisione può essere assunta semplicemente prendendo atto che le ragioni di uno dei contendenti prevalgano su quelle dell'altro, senza bisogno di una cognizione maggiore, il limite dell'intervento giudiziale è segnato dalla integrazione della prova su temi già tracciati dalle parti, rimanendo comunque preclusa l'ulteriore attività di posizione del tema nuovo di prova.

²³⁷ L.P. COMOGLIO *Le prove civili*, cit., pp. 318-319.

Una conferma di questo limite imposto alle prerogative istruttorie del giudice civile dal potere monopolistico delle parti in ordine all'allegazione dei fatti da provare si può ricavare dalla dal combinato disposto degli art. 115 e 112 c.p.c.: in particolare, quest'ultima disposizione stabilisce che «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti»²³⁸.

Ne consegue, allora, che il principio dispositivo andrebbe spogliato della sua veste di regola assoluta, tecnica²³⁹ o categorica²⁴⁰, descrivendo semplicemente la facoltà delle parti di esercitare il diritto alla prova e il corrispettivo dovere del giudice di valutare ai

²³⁸ L.P. COMOGLIO, *Azione e domanda giudiziale*, in *Lezioni sul processo civile*, a cura di Comoglio, Ferri, Taruffo, Bologna, 2007, pp. 231-232.

²³⁹ L'inquadramento di questo principio in veste tecnica lo si deve a E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., p. 6, per cui in relazione allo scopo di «assicurare anche psicologicamente l'imparzialità della persona fisica cui il giudizio è affidato [bisogna far sì] che questa persona si trovi ad essere (per quanto possibile) equidistante, neutrale di fronte alle posizioni contrapposte delle parti, non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo». Dunque, il principio dispositivo descriverebbe una regola tecnica «in termini di adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere» (pag. 15) rappresentato dalla imparzialità del giudice. Analogamente sul tema, si richiamano le riflessioni di M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, pp. 303 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA. VV., *Studi in onore di Redenti*, II, 1966, pp. 714 ss., M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 454 ss.

²⁴⁰ Con questo termine, invece, si intende far riferimento a quegli argomenti che giustificano il principio dispositivo in materia di prove per un suo proprio valore intrinseco: cfr. B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, cit., pp. 45 ss.; M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, pp. 303 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA. VV., *Studi in onore di Redenti*, II, cit., pp. 714 ss.; M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 462 ss.

fini della decisione le prove addotte dalle parti ²⁴¹. Si condivide, pertanto, «l'ovvia considerazione che le parti non deducono le prove a fini dilatori, o senza alcuna finalità specifica, ma con il preciso scopo di fornire al giudice elementi di conoscenza utili per la formulazione della decisione sui fatti, ed è in vista di questo scopo che le prove dedotte dalle parti vengono ammesse ed assunte. Esso verrebbe certamente frustrato se il giudice non prendesse in esame gli elementi di conoscenza che le parti gli forniscono: l'attuazione del diritto alla prova potrebbe risolversi in una serie di attività sostanzialmente inutili, poiché esse potrebbero non avere alcuna incidenza sulla decisione finale sui fatti»²⁴².

²⁴¹ In tal modo, secondo E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 383. Dello stesso avviso, anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 36 ss. e M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 480 ss.; ID., *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., pp. 69 ss.

Di diverso parere B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, cit., pp. 293, 298, 300 e ss., che ha espresso le sue critiche sulla eventualità che «il tenore letterale del 1° comma dell'art. 115 faccia pensare proprio al diritto alla prova» (p. 292) sulla base di due argomenti: *a)* essa rappresenterebbe soltanto il frutto di una «anacronistica supposizione» per cui che il legislatore processuale del 1940 potesse nutrire siffatte preoccupazioni (affiorate a livello di consapevole discussione dottrinale, soltanto due anni dopo), si direbbe smentito *per tabulas* da norme come l'art. 187, 4° comma, o come l'art. 209, o come l'art. 245, 1° comma: norme non soltanto ignare della ipotetica esistenza di un diritto delle parti alla prova ma addirittura pervase dall'idea che l'ammissione delle prove proposte dalle parti sia una sorta di benevola concessione» (pag. 293); *b)* in ogni caso il riferimento al 'diritto alla prova' attribuirebbe a quest'ultimo «un improbabile significato» dal momento che «anche se si volesse intendere l'obbligo qui imposto al giudice come quello di 'prendere in considerazione', ai fini della decisione, l'esito di tutte le prove acquisite per iniziativa delle parti o del pubblico ministero, nemmeno in questo caso potrebbe esser concepito come il termine correlativo del 'diritto alla prova', altro non essendo che un aspetto di quel diritto della parti ad una corretta formazione del giudizio di fatto, la cui garanzia non può certo ricercarsi nell'art. 24 della Costituzione, ma se mai nella disciplina delle impugnazioni» (pp. 300-301).

²⁴² Così, testualmente, nelle parole di M. TARUFFO, *Art. 115* in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., p. 481.

Qui, ancora una volta, ciò che risalta, considerato il circuito interrotto nei modi descritti fra l'adduzione su iniziativa di parte dei mezzi di prova e il conseguimento automatico della decisione in proprio favore²⁴³, è il superiore scopo del processo in vista del quale si ribadisce come, più che l'onere soggettivo della prova rivolto alle parti, ciò che incide è la regola di decisione indirizzata al giudice. Essa, proprio in base all'art. 2697 c.c., entra in gioco quando il compendio dei risultati di prova prodotti lascia dubbi insuperati - ma non insuperabili - circa la fondatezza del *thema decidendum*, dunque quando il fatto rimane incerto, orientando la decisione su chi dovranno ricadere le conseguenze negative del mancato raggiungimento della prova.

Sulla scorta di queste riflessioni circa il funzionamento della dinamica probatoria nel giudizio civile, non resta che accogliere una diversa ricostruzione dell'onere in cui «ogni artificiosa contrapposizione tra aspetto obiettivo ed aspetto subiettivo è nettamente superata, spostando il centro di gravità dallo studio della attività processuale delle parti, rivolta a conseguire un risultato utile, alla attività di giudizio del giudice»²⁴⁴.

²⁴³ Ribadisce questo aspetto anche V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 298-299, osservando come «il difetto di correlazione, ormai pacificamente ritenuto dalla dottrina al punto da lasciare in ombra la rilevanza dell'art. 2697 nel campo dell'istruzione, attenua la qualifica di onere assegnata dal legislatore alla posizione della parte rispetto alla proposizione della prova, venendo a diminuire il nesso di necessità tra l'osservanza dell'onere e la soddisfazione dell'interesse dell'onerato che è proprio di questa figura, ma non bisogna esagerare su questa via, in quanto occorre da un lato riflettere alla modestia dei poteri inquisitori del giudice e dall'altro lato por mente che la 'spersonalizzazione' delle prove è il frutto dell'errore della parti sulla ripartizione dell'onere o, se si vuol essere più precisi, del divario tra la prospettazione delle parti e l'applicazione dell'art. 2697, cui il giudice addiuvare in sede d'istruzione. Onere imperfetto o incompleto, dunque ma non troppo».

²⁴⁴ In questo modo, per tutti, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 112.

5. La regola di giudizio.

Il giudice del processo civile ha il dovere, ai sensi dell'art. 116 comma 1 c.p.c., di «valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento». Più che nel processo penale, egli «può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo» (comma 2).

Anche il giudizio civile si ispira a un sistema di regole probatorie governato dalla «persuasione razionale»²⁴⁵, nel quale «il giudice deve pesare con giusto criterio logico il valore delle prove prodotte»²⁴⁶ per addivenire ad una sentenza in cui si statuisca quale delle rivendicazioni di parte sia più probabile che no²⁴⁷.

Nonostante la formulazione dell'art. 116 c.p.c. appaia piuttosto anodina, non si dubita che essa affidi la valutazione delle prove al

²⁴⁵ Con questa espressione si intende far riferimento alla distinzione fra tre sistemi probatori, quello della prova legale, quello della *intime conviction* e quello della persuasione razionale, quest'ultima ben descritta da C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1916, p. 486, per cui «la verità giuridica dipende in questo sistema non dalla *impressione*, ma dal *razziocinio* del giudice, che non può giudicare semplicemente secondo le sue vedute individuali, ma secondo le regole della verità storica e deve motivare».

²⁴⁶ C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, cit., p. 486.

²⁴⁷ Per tutti, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 222; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 227, sul criterio della «probabilità prevalente» ha osservato come «un'ipotesi fattuale va privilegiata se la probabilità di essa prevale sulla probabilità di ogni altra ipotesi, ed in particolare sulla probabilità dell'ipotesi contraria».

Per le comparazioni con la regola di giudizio del processo penale, fra gli altri, cfr. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., pp. 76-78; B. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, pp. 66 ss.

libero convincimento del giudice²⁴⁸ prescrivendogli di osservare “un prudente apprezzamento” che lo svincola dalle ristrettezze dei meccanismi di prova legale, salvo quelli che sono sopravvissuti alla riforma del codice civile del 1940 nelle norme peculiari che prevedono l'efficacia legale delle dichiarazioni confessorie (artt. 2733, 2734, 2735 c.c.) e delle dichiarazioni giurate (art. 738 c.c.), nonché le stesse derivanti dagli atti pubblici (art. 2700 c.c.), dalle scritture private autenticate (art. 2702 c.c.) e di altri documenti (art. 2709 c.c.)²⁴⁹.

Il tema dei rapporti fra prova legale e libero convincimento nel giudizio civile presenta risvolti sconfinati che non possono essere compiutamente indagati in questa sede. Tuttavia, appare opportuno osservare come l'onere della prova implichi, in alternativa a una decisione sorretta da una piena cognizione, una regola di giudizio in realtà antiepistemica²⁵⁰ che acconsente al giudice di pronunciarsi anche quando il fatto non è stato provato, ossia quando la vicenda è rimasta avvolta da un'incertezza insuperata, e purtuttavia non

²⁴⁸ Sull'argomento, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 219, ha osservato che «il principio del libero convincimento del giudice, che ormai è di applicazione largamente prevalente negli ordinamenti processuali moderni, non implica affatto che il giudice sia svincolato dai criteri di razionalità che debbono governare il suo ragionamento: tale principio ammette che il giudice valuti le prove facendo uso di un ampio potere discrezionale, ma ciò non significa che egli possa affidarsi ad una intuizione soggettiva - che sarebbe sostanzialmente arbitraria - nello stabilire se un'ipotesi relativa ad un fatto è stata o non è stata confermata dalle prove disponibili».

²⁴⁹ Si rinvia su questo tema a V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., pp. 285 ss.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziale e riparto dell'onere probatorio*, cit., pp. 60 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 263 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 310 ss.; S. PATTI, *Prove*, cit., pp. 216 ss.; M. TARUFFO, *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, cit., pp. 483 ss.

²⁵⁰ In tal modo, è stata definita da B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia. (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, p. 19, il quale addirittura la qualifica come «la regola antiepistemica per eccellenza».

insuperabile, se non fosse per i limiti che il principio dispositivo comunque frappone al raggiungimento della verità anche solo giudiziale.

Una valutazione realmente epistemica di un compendio probatorio insufficiente dovrebbe fondarsi sulla considerazione che l'insufficienza della prova rappresenti uno *status* di incertezza insuperabile. Al contrario, nel processo civile, in ossequio al principio dispositivo, il giudice può non preoccuparsi troppo delle ragioni dell'incertezza e limitarsi a prendere atto che non si è prodotto, a vantaggio di nessuna parte, un repertorio di evidenze tali da prevalere in positivo su quelle dell'avversario (*preponderance of evidence*)²⁵¹, con la conseguente applicazione della regola di giudizio descritta dall'onere della prova: «chi non [ha dimostrato] la verità dei fatti che [aveva] l'onere di provare, soccombe, poiché il giudice trae le conseguenze della mancata prova dei fatti che una parte ha allegato decidendo in senso sfavorevole a questa parte»²⁵².

Nel catalogo dei possibili provvedimenti decisorii del giudice civile non è contemplata la possibilità di pronunciare una sentenza che non definisca il merito della causa qualora non sia stato provato del

²⁵¹ Si tratta del principio vigente nel processo civile statunitense descritto, fra gli altri, da K.M. CLEMONT-E. SHERWIN, *A Comparative View of Standards of Proof*, in *50 Am. J. Comp. Law*, 2002, pp. 243, 268; D.L. FAIGMAN, *Modern scientific Evidence. The law and Science of Expert Testimony*, II ed., St.Paul (Minnesota), 2002, p. 66; M. GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, VI ed., St.Paul (Minnesota), 2003, p. 340; P.F. ROTHSTEIN-M.S. RAEDER-D.CUMP, *Evidence*, St.Paul (Minnesota), 2003, p. 353.

Principio che ripropone il criterio della “probabilità prevalente” o del “più probabile che no” che ne trae ispirazione. Al riguardo, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 222, l'ha definito come quel principio in base al quale «una ipotesi fattuale va privilegiata se la probabilità di essa prevale sulla probabilità di ogni altra ipotesi, ed in particolare sulla probabilità dell'ipotesi contraria».

²⁵² M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 227.

tutto o sia stato provato insufficientemente il tema oggetto della contestazione processuale. La regola di giudizio derivante dall'art. 2697 c.c. impone comunque una decisione, sebbene essa non sia pienamente cognitiva. Può affermarsi, allora, che la regola di giudizio che discende dall'onere della prova si integra perfettamente con il divieto di *non liquet*, in violazione del quale si configurerebbe soltanto un diniego di giustizia²⁵³.

L'onere della prova detta una regola di giudizio che non altro non è se non la «versione processuale di una regola generalissima di *fairness*, per la quale chi fa un'affermazione deve essere pronto e disposto a dimostrare la veridicità di ciò che ha affermato»²⁵⁴.

Si mette in luce così che all'interno dell'onere della prova non si distinguono soltanto due profili diversi, l'uno soggettivo rivolto alle parti, l'altro obiettivo destinato al giudice, ma che i due profili presentano una ben diversa valenza gnoseologica. Mentre la regola rivolta alle parti descrive un criterio che, stimolando l'attività dei «litiganti», svolge una funzione spiccatamente epistemica, il canone decisorio consegnato al giudice rappresenta una regola di giudizio anticognitiva che si applica nei casi di insuperata incertezza.

²⁵³ G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 185. Cfr., fra gli altri, S. PATTI, *Delle prove*, cit., pp. 212 ss.; V. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 177. Sulla configurazione della *denegatio justitiae* v. anche, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 263 ss.

²⁵⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 227, richiamando le regole fondamentali per la comunicazione e le conversazioni di P. GRICE, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, 1989, p. 27, in base alle quali «si comporta in modo scorretto, infatti, chi fa un'affermazione con la pretesa che essa sia presa per vera e senza darne alcuna dimostrazione, scaricando su chi dissente da essa l'onere di provarne la falsità» (la traduzione si deve a M. Taruffo).

Come si vedrà meglio nel prosieguo, sulla regola di giudizio si misura una delle maggiori differenze con il processo penale governato dallo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Capitolo III

L'onere della prova nel processo penale

SOMMARIO: 1. Oltre ogni ragionevole dubbio. - 2. La probabilità logica. - 3. L'obbligatorietà dell'azione penale. - 4. Il dovere di prova del pubblico accusatore. - 5. I poteri probatori del giudice.

1. Oltre ogni ragionevole dubbio.

Il giudizio penale condivide con quello civile l'idea di una verifica cognitiva ragionevolmente imperfetta²⁵⁵. La sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 533 comma 1 c.p.p., può essere pronunciata solamente «se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»²⁵⁶.

²⁵⁵ La suggestione la si deve alla distinzione fra giustizia procedurale pura, perfetta ed imperfetta offerta da J. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., 1971, *passim* sul quale v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 48; ID., *La prova nel processo penale*, cit., p. 90.

²⁵⁶ L'art. 533 comma 1 c.p.p. è stato introdotto nell'ordinamento dall'art. 5 della legge n. 46 del 20 febbraio 2006 in *Gazz. Uff.*, 22 febbraio 2006, n. 44. Sulla portata della riforma, fra gli altri, v. G. CANZIO, *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, cit., pp. 303 ss.; C. CONTI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006, p. 87; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 995; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2406; M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 254; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, cit., p. 137; ID., *Il "giusto processo"*, cit., p. 69; ID., *La prova nel processo penale*, cit., pp. 87 ss.; F. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3870; O. MAZZA, *Sub art. 533*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2418; ID., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 366; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp. 140 ss.

Enfatizzano la novità legislativa, C.E. PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, 10, p. 72 e C. PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni*

Il più elevato standard decisorio descrive sì un modello cognitivo in grado di addivenire a pronunce sorrette da un coefficiente di certezza gnoseologicamente più alto rispetto all'accertamento civile ma, con ciò, non può comunque dirsi azzerato l'irrisolubile margine di incertezza che connota tutte le inferenze ampliative, diversamente da quanto accade nell'ambito della logica deduttiva per la quale, secondo un metodo a rime obbligate, la conclusione discende necessariamente dalla premesse²⁵⁷: «le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza, ma possono esclusivamente *sotto-determinarla*; nel linguaggio della scienza, le prove sotto-determinano le teorie, nel senso che, mentre una teoria implica certe conseguenze, queste ultime sono compatibili con una pluralità di teorie concorrenti. Altrettanto accade nel processo: quali che siano le prove, in line puramente logica, è sempre possibile ipotizzare una spiegazione diversa dalla colpevolezza dell'imputato. La colpevolezza non discende mai deduttivamente, per necessità

ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law, in AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, 2007, pp. 361 ss.

Per quanto riguarda gli orientamenti giurisprudenziali sul tema, v. Cass., sez. I, sent. n. 30402 del 28 giugno 2006, Volpo, Rv. n. 234374; ID., Sez. Un., sent. n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, cit., p. 3644; ID., Sez. Un., sent. n. 33748 del 12 luglio 2015, Mannino, *ivi*, 2005, pp. 3751 ss. Si rinvia, inoltre, per una rassegna più completa a F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., p. 53, nota 8; F. CENTONZE, *La corte d'Assise di fronte al “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2003, pp. 673 ss. e F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, cit., pp. 743 ss.

²⁵⁷ In argomento, per tutti, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 84.

logica, dalle prove: se fosse questa la regola di giudizio, ogni imputato sarebbe assolto»²⁵⁸.

Attraverso il metodo induttivo, ritenuto il meno imperfetto fra quelli possibili, si confeziona giocoforza un contenuto informativo che in nessun caso può raggiungere, quantitativamente²⁵⁹, una percentuale di conferma assoluta dell'ipotesi accusatoria tale da predominare, senza margini di alcun possibile errore, sulla "tesi antagonista" costituita dall'innocenza che, in ambito penale, si ritiene presuntivamente vera sino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2, Cost.) o all'accertamento legale della colpevolezza (art. 6,

²⁵⁸ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 86. Analogamente, cfr. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit., p. 623 ss.; O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, cit., pp. 722 ss.; ID., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 361 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 165 ss.

²⁵⁹ F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., pp. 57-58, ha osservato come, «in un simile contesto, il livello di ragionevolezza del dubbio che preclude l'emanazione della sentenza di condanna può essere fatto coincidere con una qualche percentuale di probabile infondatezza dell'accusa: si può ad esempio sostenere, più o meno arbitrariamente, che il dubbio cessa di essere 'ragionevole' quando la probabilità bayesiana attribuita dal giudicante all'ipotesi accusatoria superi la soglia critica del 95%, oppure del 99%, o del 99,9% e così via».

Sul tema, v., fra gli altri, L.J. COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers e E.D. Green, Milano, 2003, p. 173; R. EGGLESTON, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Milano, 2004, pp. 175 ss.; P. GARBOLINO, *Introduzione*, in AA. VV., *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, a cura di Gurdenfors, Hansson, Sahlin, Milano, 1997, *passim*; ID., *Probabilità e prova in un'ottica operativa*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1000; D.H. KAYE, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio per comprendere la prova oltre ogni ragionevole dubbio?*, in AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., p. 204; A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1808 ss.

Nella dottrina italiana, cfr. E. CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 517 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 98 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 359; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 166-215; ID., *La semplice verità*, cit., pp. 222 ss.

comma 2, Cedu). A differenza del giudizio civile, il convenuto-imputato non è chiamato a eccepire e a provare la sua innocenza, posto che la stessa è presunta almeno fino a quando non sarà definitivamente dimostrata l'ipotesi di colpevolezza formulata dall'attore-pubblico ministero. Proprio in virtù della presunzione di innocenza, quest'ultima non deve essere provata, mentre l'unico oggetto della cognizione è circoscritto alla sola verifica della responsabilità dell'imputato²⁶⁰.

All'indomani dell'inserimento della regola anglosassone della "*bard rule*"²⁶¹ nel nostro codice, si è osservato che «per dichiarare l'imputato colpevole, non basta ritenere l'ipotesi affermativa della responsabilità penale *più probabile* dell'ipotesi antagonista: occorre che le prove acquisite innalzino il verdetto di colpevolezza a *quote*

²⁶⁰ Sul tema, di recente, F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2016, p. 1, ha osservato che «l'accertamento della colpevolezza è inscindibilmente legato alla sussistenza del 'fatto principale' che resta, però, irriproducibile. Il ruolo centrale rivestito dal 'fatto' nella vicenda giudiziaria non nasconde e, anzi, propone con forza il tema della giustificazione della decisione, terreno di scontro fra antitetiche scelte epistemologiche e *lato sensu* ideologiche».

Nel medesimo senso, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 14; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., p. 13.

²⁶¹ La cd. "*beyond any reasonable doubt rule*" è stata definita da F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, cit., p. 107, come «al manto regale di ogni ordinamento processuale democratico». Per una più ampia analisi della portata di questa regola nell'ordinamento statunitense, si rinvia a F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, pp. 161 ss.; ID., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla casualità delle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 777 ss.; F. STELLA-GALAVOTTI, *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, *ivi*, 2005, pp. 883 ss.

Tuttavia, l'origine della formula *Bard* non è statunitense, ma inglese, come puntualmente osservato da R. ORLANDI, *Recensione a J. Whitman, The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, cit., p. 760.

elevatissime di probabilità assoluta, confinanti - anche se mai coincidenti - con la certezza»²⁶².

Il calcolo della probabilità, inteso come unità di misura del *quantum* di conferma che deve intercorrere fra l'ipotesi e gli elementi raccolti per dichiararne l'attendibilità, non può però misurarsi in termini quantitativi o di prevalenza (cd. pascaliani) di una tesi sull'altra, ma soltanto sull'apprezzamento della qualità logica delle inferenze induttive (probabilità baconiana) in grado di superare lo standard decisorio fissato. Per tal motivo, risulta «preferibile arrendersi a questa realtà piuttosto che tentare di imporre percentuali di convincimento che finirebbero per non avere concretamente nulla di oggettivo: anche un elevatissimo grado di certezza, poniamo al 99%, circa la colpevolezza dell'imputato rimetterebbe pur sempre al giudice il compito di stabilire se, nel caso specifico tale soglia sia stata raggiunta»²⁶³.

Il modello di decisione pascaliano, d'altra parte, per esplicarsi compiutamente in termini di quantità della prova, richiederebbe che la celebrazione del dibattimento avvenisse in condizioni epistemiche ideali, ossia in una dimensione istruttoria nella quale si possano acquisire tutte le informazioni astrattamente disponibili in ordine all'ipotesi da verificare, dunque in un giudizio scevro da qualsiasi limite alla potestà giudiziaria e da qualsiasi regola di esclusione posta a presidio della legalità probatoria. Soltanto in questo caso di scuola si potrebbe raggiungere, in ordine alla valutazione complessiva delle risultanze probatorie, una misura massima unitaria del 99,9% di

²⁶² F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 55; v. anche ID., *Sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Tomo I, Milano, 2008, p. 104.

²⁶³ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 368.

conferma della tesi accusatoria in grado di fondare una pronuncia di condanna certa, ossia, come dimostrato analizzando l'ampiezza della verità raggiungibile processualmente²⁶⁴, soltanto una chimera. Una regola di decisione fondata su coefficienti di probabilità aritmetica, a prescindere dall'illusorio fascino del metodo scientifico adottato, descrive una situazione irrealistica che non può attagliarsi a una ricostruzione della verità giudiziale concretamente praticabile. Il metodo di giudizio pascaliano, inoltre, implicherebbe anche che, oltre la necessità di un quadro probatorio assolutamente completo, il giudice ricorresse doverosamente a elementi probabilistici di tipo statistico-frequentista (le cd. *base rate informations* o *prior probabilities*) per calcolare i quozienti di verosomiglianza delle singole prove²⁶⁵. Tuttavia, ammesso in ipotesi che la giurisdizione sia dotata della padronanza di questi strumenti per il vaglio matematico delle probabilità, essi comunque scontrerebbero il torto di non potersi calare nel singolo fatto oggetto della ricostruzione sussuntiva, non essendo dotati di una natura individualizzante: «il teorema di Bayes insegna al giudice come combinare coerentemente le probabilità iniziali dell'ipotesi accusatoria con i quozienti di verosimiglianza delle singole prove, ma non spiega, né si preoccupa di spiegare, *sulla*

²⁶⁴ *Infra* cap. II § 1.

²⁶⁵ Sul punto, per tutti, B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, pp. 98 ss.

Tuttavia, secondo O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 359 «le frequenze statistiche possano e debbano avere una certa rilevanza nel procedimento probatorio. Quando si dispone di dati statistici raccolti con metodo scientifico, questi possono costituire un elemento di prova che il giudice dovrà valutare, senza però che la probabilità statistica divenga a sua volta lo schema logico della valutazione della prova stessa». Cfr. anche O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, pp. 308 ss.

base di quali criteri i dati immessi nel calcolo debbano essere quantificati»²⁶⁶.

Insomma, «la misura della probabilità sufficiente della condanna non è codificabile, meno che mai in numeri»²⁶⁷ dal momento che essa non potrebbe comunque che fondarsi su di un approccio personalistico del giudice non in grado di render conto del come egli valuti la prova²⁶⁸.

2. Segue. La probabilità logica

Sgomberato il campo da ogni suggestione di tipo statistico-scientifica in grado di stabilire soltanto idealmente la soglia del superamento di ogni ragionevole dubbio, resta da adottare un metro di giudizio che, sulla base della probabilità logica, possa strutturare l'affidabilità del ragionamento induttivo in modo qualitativo piuttosto che quantitativo, ossia sulla scorta della “oggettiva” valutazione delle prove e non sulla base del convincimento soggettivistico del giudice²⁶⁹.

²⁶⁶ F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., p. 61. Sul punto, analogamente v. anche L.J. COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, cit., p. 193; D.H KAYE, *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio per comprendere la prova oltre ogni ragionevole dubbio?*, cit., p. 216; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., p. 359; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 174 ss.; L.H TRIBE, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, in *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. Stella, Milano, 2004, pp. 233 ss.

²⁶⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, 2012, cit., p. 995.

²⁶⁸ In tal senso, per tutti, L.J. COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, cit., p. 193, conclude sostenendo che «il soggettivismo [...] ci priva della via per discernere le buone congetture da quelle cattive: non indica ciò che realmente rende un grado di credenza più giustificato degli altri gradi di credenza».

²⁶⁹ Cass., sez. IV, sent. n. 23093 dell'11 maggio 2017, Rappisi, Rv. 269998, sostiene che «è affetta da vizio di motivazione la decisione del giudice di merito che, fondandosi apparentemente su una massima di esperienza, valorizzi in realtà un mero convincimento soggettivo non acquisito al comune sentire.

La probabilità logica descrive, come detto, un concetto di relazione che intercorre fra l'ipotesi accusatoria e gli elementi cognitivi raccolti per dimostrarne l'attendibilità. In base ad essa, pertanto, l'interrogativo da porsi riguarda quali inferenze induttive possono ritenersi razionali. In altre parole, per comprendere questo diverso metodo per il giudizio, bisogna chiedersi qualitativamente dopo quale soglia di conferma e sulla base di quali condizioni, in maniera oggettiva, la domanda possa ritenersi logicamente dimostrata per opera della combinazione delle prove raccolte²⁷⁰.

Tuttavia, si svela subito che la probabilità logica «non riesce, da sola, ad individuare il grado di conferma richiesto: essa è muta rispetto al grado di conferma per una decisione giusta del giudice civile e penale»²⁷¹. Ciononostante, però, può riconoscersi che essa è direttamente proporzionale al quoziente di affidabilità dell'inferenza con cui si congiunge la proposizione probatoria a quella fattuale, quanto più il passaggio induttivo sarà solido tanto più il

(Fattispecie in tema di furto di un vecchio cartello stradale arrugginito e in disuso in cui la S.C. ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna per inoffensività del fatto, escludendo che sia massima di comune esperienza l'asserto per cui un tale cartello possa rivestire un interesse storico o artistico)».

²⁷⁰ P. GARBOLINO, *Introduzione*, in L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, 1998, p. XI, nelle sue riflessioni, ha ricondotto la probabilità oggettiva alla filosofia baconiana (in contrapposizione a quella pascaliana), osservando come «[essa] vuole rappresentare una credenza obiettivamente fondata e garantita, contrapposta alla credenza misurata dalla probabilità soggettivista».

²⁷¹ Di quest'opinione F. STELLA, *Etica e razionalità nel processo penale della recente sentenza sulla casualità delle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*, cit., p. 812. Analogamente anche F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 63 - riprendendo alcune riflessioni di R. FESTA, *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, cit., p. 296 - ha ricordato come «la logica induttiva sembra incapace di giustificare se stessa; ancora non disponiamo di una definizione del tutto soddisfacente del 'concetto qualitativo' di conferma, vale a dire di una soddisfacente caratterizzazione dei casi nei quali una data evidenza E conferma (costituisce una buona evidenza per) un'ipotesi H».

ragionamento probatorio potrà ritenersi logicamente probabile. In questo modo si costruiscono, dapprima, le linee logiche in grado di trasformare gli elementi di prova nel risultato probatorio corrispondente e, in seguito, unendo un'evidenza all'altra, si potrà ottenere il volume della decisione sul merito dell'imputazione²⁷².

La tenuta del ragionamento probatorio si potrà apprezzare qualitativamente, allora, sulla coerenza con la quale sarà stata strutturata la motivazione rapportata alle prove fra loro combinate, dunque «sulla persuasività logico-razionale dei criteri inferenziali adottati e, più in generale, sulla saldezza del ragionamento. La conclusione deve essere tale da lasciare sopravvivere solo il dubbio non ragionevole, quello cioè determinato dal tipo stesso di inferenza induttiva»²⁷³.

Il metodo logico descritto si applica, con sfumature diverse, sia nella valutazione del risultato del singolo esperimento probatorio sia, complessivamente, nel giudizio finale riguardante il merito della imputazione. In estrema sintesi, si può notare che fra i due diversi momenti processuali permane una differenza sostanziale: nel primo, ai sensi dell'art. 192 comma 1 c.p.p., il giudice deve tener conto «dei criteri di valutazione (le massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova»²⁷⁴. In ragione di essi, si descrive un'attività inferenziale libera non solo riguardo alle operazioni

²⁷² Su questo aspetto, fra gli altri, G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 328, per il quale «la 'prova' come strumento gnoseologico diventa 'prova' come epilogo conoscitivo, denominato *conclusione probatoria* e posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto».

²⁷³ O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, cit., p. 720.

²⁷⁴ *Relazione al prog. prel. c.p.p.*, in *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, Milano, 1991, p. 349.

logiche condotte dal giudice, ma anche rispetto all'assenza di uno standard decisorio da rispettare. Il risultato prodotto nella valutazione della singola prova non deve raggiungere nessuna asserzione di concludenza²⁷⁵. Può concludersi anche consegnando alla decisione conclusiva informazioni incerte, cioè ancora avvolte da un dubbio ragionevole, dunque non del tutto persuasive circa la fondatezza del tema che si propongono di provare²⁷⁶, soprattutto perché l'affermazione di quest'ultimo potrebbe richiedere la verifica di derivati o connessi fatti secondari²⁷⁷.

Diversamente, si è detto, la decisione finale sul merito della imputazione è stretta dall'esigenza epistemologica per cui, in caso di condanna, si può ritenere superato lo standard descritto nell'art. 533, comma 1, c.p.p. soltanto se è stato fugato ogni dubbio ragionevole circa la colpevolezza dell'imputato, dunque se è stata esclusa ogni soluzione alternativa suffragata da una diversa probabilità. Nella logica della decisione il grado di concludenza probatoria deve essere massimo, non sono concesse decisioni che si basino sulla mera prevalenza di una tesi rispetto all'altra. Anzi, l'idea stessa che l'ipotesi alternativa sia comunque sorretta dalle evidenze disponibili,

²⁷⁵ Per tutti, M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 245, l'ha definita come «il giudizio di efficacia probatoria».

²⁷⁶ Per più ampie speculazioni su questo argomento, in cui si mettono in evidenza le differenze strutturali fra gli standard probatori e quelli decisori, si rinvia, fra gli altri, a F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di legittimità*, cit., pp. 764 ss.; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 67; O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, cit., pp. 720 ss.; ID., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, cit., pp. 364 ss.

²⁷⁷ Su di essi, per tutti, v. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 66; O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, cit., p. 721; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 114 ss.; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., pp. 204 ss.

anche se in maniera meno persuasiva, determina la sussistenza del ragionevole dubbio ostativo alla condanna.

L'ampiezza e la profondità cognitiva dell'accertamento penale, diversamente da quanto avviene nel civile, non ammette una regola di giudizio anticognitiva. Il tema di prova è la colpevolezza che può essere giudizialmente affermata solo quando la verifica dell'ipotesi iniziale abbia superato proprio la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Quest'ultimo traccia il confine fra l'assoluzione e la condanna induttivamente dimostrabile. La formula descritta nell'art. 533, comma 1, c.p.p. segna «il livello massimo, e al tempo stesso, minimo affinché nel processo una qualsiasi proposizione possa dirsi provata. *Massimo* perché la 'sotto-determinazione' della prova induttiva non consente di raggiungere il grado superiore della prova 'indubitabile' nel senso della dimostrazione matematica; *minimo* perché, scendendo sotto quel livello, salta il concetto stesso di provare e si entra nel regno delle illusioni e dei sospetti. A metà strada tra la costrizione del 'necessario' e l'arbitrario delle 'congetture' sta la prova dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Ma, mentre il confine 'superiore' con il settore della dimostrazione matematica, regolata dalla logica 'formale', è netto, quello inferiore con la zona delle mere ipotesi, più o meno fondate è vago, essendo affidato all'imperscrutabile aggettivo 'ragionevole'»²⁷⁸.

La *Bard Rule*, quindi, consente di orientare la decisione verso la condanna dell'imputato nel caso in cui permanga un dubbio scettico, non ragionevole, in quanto legato ai limiti dell'induzione probabilistica, ma toglie rilievo anche al dubbio meramente

²⁷⁸ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 93.

soggettivo, ancora una volta irragionevole in quanto non sorretto da nessuna evidenza probatoria.

Il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, allora, determina che, per converso, la condanna sia ammessa solo quando il piano delle inferenze risulti razionalmente solido per aver il giudice, in motivazione, legato le evidenze alla conclusione col filo della probabilità logica.

Diversamente, è necessario assolvere l'imputato per contraddittorietà del quadro probatorio quando risulti che sulle medesime prove potrebbe formularsi un epilogo ragionevolmente alternativo perché sorretto da inferenze magari meno solide, ma non del tutto implausibili, oppure, quando al cospetto del miglior quadro cognitivo che si potesse ottenere, la prova sulla veridicità dell'affermazione accusatoria è rimasta insuperabilmente insufficiente.

La probabilità logica, trasfusa nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, «ha il merito di attribuire connotati di certezza al ragionamento induttivo»²⁷⁹, riconoscendo ad esso, proprio attraverso la regola descritta nell'art. 533, comma 1, c.p.p., «la possibilità di configurare un'induzione (anche) eliminativa, inglobante esigenze di tipo falsificazionista. L'inferenza induttiva eliminativa, postulata proprio dall'esclusione del ragionevole dubbio, è dunque l'attività intellettuale alla quale è chiamato il giudice nel momento decisivo: l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato se non soltanto conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non

²⁷⁹ O. MAZZA, *Verità reale e Verità processuale*, cit., p. 724.

conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente interiore all'ipotesi alternativa e antagonista (non colpevolezza)»²⁸⁰.

L'ampiezza cognitiva richiesta nel processo penale non solo per l'elevato standard di decisione descritto, ma anche per le ragioni gnoseologiche che sostengono l'accesso stesso alla giurisdizione penale - la quale non è chiamata a ricomporre una lite fra portatori di interessi privati, ma a svolgere una accurata verifica in ordine all'ipotesi di responsabilità penale di un individuo con ricadute dirette sul diritto inviolabile alla libertà personale -, dà conto della ragione per la quale la verifica giudiziale non può considerarsi disponibile. La proposizione della domanda e, di conseguenza, l'allegazione della prova in suo sostegno non possono rappresentare situazioni soggettive ricadenti nella libertà di scelta di un soggetto privato che può valutare l'opportunità o meno di adire la giurisdizione²⁸¹, così come la decisione non può essere assunta su

²⁸⁰ O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, cit., p. 724 il quale richiama le riflessioni di K.R. POPPER, *Congetture e confutazione* (1962), trad. it., 2009, Bologna, *passim*. Sull'argomento cfr. anche F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 68 secondo cui «ciò che conta, in altre parole, non è il livello di attendibilità raggiunto in termini assoluti dalla ricostruzione dei fatti che esclude la responsabilità dell'imputato, ma lo scarto esistente rispetto al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa: se calata in un contesto indiziario di soverchiante caratura accusatoria, anche una circostanza di per sé idonea a mettere ragionevolmente in dubbio la colpevolezza dell'imputato (ad esempio al totale assenza del movente, o l'esistenza di un alibi suffragato da una testimonianza apparentemente credibile) potrebbe rilevarsi inadatta allo scopo».

²⁸¹ Questa esigenza fu sentita già in tempi risalenti, allorquando F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Cagliari, 1867, I, pag. 65 ribadì che «se l'azione penale fosse serva dell'ingegno, del temperamento e dell'umore dell'esercente, cotal sistema darebbe campo a quei privilegi, a quelle distinzioni, a quegli scandali che formerebbero un ributtante contrasto nello stato attuale dei costumi, veggendosi punito in un luogo quel che passasse inosservato in altro luogo».

un metro di prevalenza probatoria, peraltro escluso dalla concomitante presunzione d'innocenza.

C'è una disciplina costituzionale del processo che impedisce di importare in ambito penale i tratti distintivi dell'accertamento giurisdizionale civile e, *in primis*, l'onere della prova.

Nel processo penale, governato dalla presunzione costituzionale di non colpevolezza, non vi è spazio applicativo per l'art. 2697 c.c. con i suoi corollari²⁸²: lo *status* di innocenza può essere superato solo dalla piena e positiva verifica dell'ipotesi di colpevolezza.

3. L'obbligatorietà dell'azione penale

²⁸² Conclusione raggiunta sotto la vigenza del c.p.p. 1930 da A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, fasc. X, cc. 513-514, per il quale «le ragioni addotte in letteratura sulla non configurabilità di oneri probatori nel processo penale appaiono ancorate, al solito, sulle diversità, strutturali e di funzione fra processo civile e processo penale. In questo non sarebbero trasferibili con identità di nozione i concetti di *parte* e di *lite*, sia per la diversità degli *interessi*, e per la dissimile posizione che assumono i soggetti in ciascuno dei due processi, sia, e soprattutto, perché la predetta disciplina contrasta con i canoni fondamentali dell'*indisponibilità dell'azione* e del *potere d'investigazione del giudice* e della *ricerca integrale della verità* nel processo penale». Dello stesso avviso, anche F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 194 affermò che una disciplina dell'onere della prova, nel processo penale, non sarebbe conciliabile col principio dell'*in dubio pro reo*.

Fra la vasta letteratura sul tema dell'epoca, cfr. G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, vol. I, 1966, pp. 307 ss.; G. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi per Eula*, vol. II, 1957, pp. 10 ss.; GIUS. SABATINI, *Sull'onere della prova nel processo penale*, in *Giust. pen.*, vol. LVII, 1952, cc. 402 ss.; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., pp. 60 ss.

Per degli studi più recenti sulla ricorrenza dell'onere della prova nel processo penale, oltre la letteratura già citata, si v. anche F. CAPOROTUNDO, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giur. pen.*, ed. on-line, 2017, 1 pp. 1-24; E. ESPOSITO, *L'onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, cit., pp. 744 ss.; C. QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, fasc. 4, pp. 1255 ss.

L'avvio del processo penale è direttamente condizionato dal rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale²⁸³. L'art. 112 Cost. descrive una situazione soggettiva attraverso una formulazione singolarmente laconica per il nostro ordinamento: «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

Il principio espresso dalla norma costituzionale presenta irrinunciabili implicazioni di valore che presidiano, almeno sulla

²⁸³ Per ampi cenni sul tema di spiccata centralità nel processo penale, v. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, pp. 3 ss. il quale osserva in *incipit* ad uno dei pochi lavori monografici sull'argomento che «chiunque si accosti senza pregiudizi al tema dell'azione' dall'angolo della visuale del processo penale, può ricavare facilmente l'impressione di una problematica tra le più sfuggenti e le più sconcertanti; ché anzi, non sembra tanto attuale il domandarsi quale significato sia più correttamente (od almeno più utilmente) attribuire al concetto di 'azione penale' quanto il chiedersi se un simile concetto abbia ancora, un ruolo da svolgersi».

La dottrina sull'azione è molto vasta, tuttavia si richiamano, fra i più recenti contributi, le riflessioni di C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pp. 174 ss.; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione*, Torino, 2003, pp. 20 ss.; pp. 1 ss.; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss.; L. MARAFIOTI, *Inazione e forme abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero*, in AA. VV., *Inazione, controlli, esecuzione*. (Atti del convegno in ricordo di Giovanni Dean), a cura di C. Fiorio, R. Fonti e M. Montagna, Pisa, 2017, pp. 17 ss.; E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, Napoli, 2010, pp. 124 ss.; ID., *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, p. 339; ID., *Azione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, Roma, 1996, *passim*; G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, *passim*; R. NORMANDO, *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, Torino, 2000, pp. 49 ss.; S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione*, Napoli, 2004, p. 110; F. RUGGIERI, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, III, Annali, Milano, 2010, pp. 129 ss.; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2015, pp. 16 ss.; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, pp. 96; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 251 ss.;

carta²⁸⁴, un sistema di giustizia penale improntato alla stretta legalità, sia pure calata in un processo di stampo tendenzialmente accusatorio²⁸⁵. L'art. 112 Cost. va letto nel combinato disposto con il principio di legalità nella persecuzione penale (art. 25 comma 2 Cost.)²⁸⁶ e con la salvaguardia dell'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge (art. 3 Cost.)²⁸⁷. Affinché il sistema di garanzie,

²⁸⁴ Per alcune notazioni critiche sull'attuazione in concreto del principio, fra gli altri, v. M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione*, cit., pp. 20 ss.; R.E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrilevanza del fatto"*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996, p. 212; E. MARZADURI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, cit., p. 339; O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, cit., p. 117; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, cit., pp. 262 ss.

²⁸⁵ Sul ruolo definitorio dell'azione penale nei sistemi processuali v., fra gli altri, E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. XL ss.; G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 1958, pp. 336; A. GIULIANI, *Sintesi dei modelli storici delle procedure d'accusa*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, pp. 53 ss.; G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1; M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 155 ss.; G. RICCIO, *Ideologie e modelli nel processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, pp. 142 ss.

²⁸⁶ Su di esso, per tutti, v. M. NOBILI, *Art. 25, 1 comma*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 256.

²⁸⁷ L'analisi circa le implicazioni valoriali dell'art. 112 Cost. non può prescindere dall'opera di chiarificazione sistematica operata da Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586, secondo cui «va innanzitutto ricordato, al proposito, quanto questa Corte ebbe ad affermare nella sentenza n. 84 del 1979, cioè che l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero [...] è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale»; sicché l'azione è attribuita a tale organo 'senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio'. Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di

sconosciuto nel periodo fascista, potesse concretizzarsi con l'entrata in vigore della Costituzione, si rese necessario affrancare immediatamente il pubblico ministero dalle ingerenze della politica²⁸⁸. In proposito, si è osservato che «l'obbligatorietà dell'azione penale sottrae il pubblico ministero a qualsivoglia pressione od intimidazione, nella misura in cui fornisce un ineliminabile alibi ad eventuali ingerenze esterne tendenti ad incitarne l'inerzia»²⁸⁹.

L'art. 112 Cost. ha dunque postulato l'indipendenza dell'organo pubblico dell'accusa dal potere esecutivo²⁹⁰. E non è quindi un caso

tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come 'un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere', che 'non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge'».

²⁸⁸ Sull'argomento, già Corte cost., sent. n. 84 del 26 luglio 1979, in *Giur. cost.*, 1979, p. 637, affermava che l'obbligatorietà dell'azione penale era stata inserita in Costituzione per «garantire da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione, e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale».

²⁸⁹ G. FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo penale a struttura giurisdizionale*, in *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, 1971, p. 36.

²⁹⁰ Su quest'aspetto, G. NEPPI MODONA, *Sub art. 112 Cost.*, in AA. VV., *Commentario della costituzione*, cit., 1987, p. 43 ha ritenuto che «tale collocazione (dell'art. 112 Cost.) non fu casuale, ma il suo significato fu consapevolmente avvertito dai Costituenti; il che ulteriormente rafforza la convinzione che il principio di obbligatorietà dell'azione penale costituisce la logica premessa per una corretta interpretazione della disciplina che la Costituzione riserva ai rapporti tra il pubblico ministero e gli altri poteri dello stato ed alla sua organizzazione interna». Dello stesso avviso, per tutti, anche M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Mortari*, Milano, 1977, p. 92.

In generale, sul principio di cui all'art. 112 Cost. v., fra gli altri, anche il commento di M. GIALUZ, *Sub art. 112 Cost.*, in *Commentario breve della Costituzione*, diretto da S. Bartole e L. Bin, Torino, 2006, pp. 2126 ss.

se nella Carta costituzionale il pubblico ministero è stato incluso nell'ordine giudiziario (art. 101 comma 2 Cost.), distinguendo esso dai giudici soltanto dal punto di vista funzionale (art. 107 comma 4 Cost.)²⁹¹, ma equiparando le garanzie di tutti i magistrati con l'unica eccezione del permanere della struttura gerarchica verticale interna agli uffici della procura²⁹².

²⁹¹ Diffusamente, sul tema, fra gli altri, v. F. CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. dr. Proc.*, 1953, pp. 259 ss.; V. CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA. VV., *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, pp. 148 ss.; M. CHIAVARIO, *Il pubblico ministero organo di giustizia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 718; G. CONSO, *Natura e funzioni del pubblico ministero*, in *Costituzione e processo penale. Dodici anni di pagine sparse: 1956-1968*, Milano, 1969, p. 544; O. DOMINIONI, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, pp. 70 ss.; F.R. DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, pp. 147 ss.; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., pp. 11 ss.; A. GIUSTAPANE, *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. e soc.*, 2001, *passim*; G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 316 ss.; M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., pp. 118 ss.; ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 155 ss.; ID., *Un "quarto potere"?*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale. (Atti del Convegno di Modena, 27 aprile 1996)*, a cura di M. Tirelli, Milano, 1998, pp. 29 ss.; B. PETROCELLI, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Arch. pen.*, 1947, p. 134; A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, pp. 30 ss.; G. RICCIO, *Ideologie e modelli nel processo penale. Scritti*, cit., p. 142; F. RUGGIERI, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2008, p. 998 ss.; M. SCAPARONE, *Pubblico ministero*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1988, pp. 1099 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1963, p. 407 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., pp. 12 ss.; N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, *passim*.

²⁹² Il tema è molto vasto: oltre alla dottrina già citata nella nota precedente, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, *passim*.

L'azione penale obbligatoria, posta in capo al pubblico ministero, produce l'ulteriore rilevante effetto di attivare la giurisdizione e di garantirne l'imparzialità: *ne procedat iudex ex officio*²⁹³.

Rimane l'ambiguità di fondo del magistrato dell'accusa che perde le caratteristiche dell'organo di giustizia, imparziale o neutrale, costituito *pro iustitiae et legis tutela*, unitamente ai penetranti poteri coercitivi, come la facoltà di restringere la libertà personale dell'imputato, per assumere, una volta esercitata l'azione, gli uffici del rappresentante pubblico dell'interesse alla punizione del colpevole.

La Costituzione delinea poi un processo di parti, poste su una base di parità, soprattutto nella fase dibattimentale dove, «senza mezzi termini, il pubblico ministero è parte anche in senso sostanziale; per cui deve valutare la rispondenza delle *strategie processuali* che adopera all'interesse del quale è portatore in via esclusiva»²⁹⁴.

D'altro canto, però, il pubblico ministero è, in via tendenzialmente esclusiva²⁹⁵, il destinatario del dovere costituzionale - un obbligo - di

²⁹³ Su tale aspetto, per tutti, cfr. B. CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero profili costituzionali*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., p. 300; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 74; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., p. 152; G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, p. 162; G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 378 ora anche in ID., *Ideologie e modelli del processo penale*, cit., pp. 166 ss.; D. SIRACUSANO, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giust. e Cost.*, 1991, p. 36; G. TURONE, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1991, pp. 902 ss.

²⁹⁴ G. RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, cit., p. 183.

²⁹⁵ In realtà, l'art. 112 Cost. obbliga il pubblico ministero all'esercizio dell'azione penale, ma non esclude, per ciò solo, la legittimità di azioni penali private concorrenti o sussidiarie. Questo divieto è posto solo dalla legislazione ordinaria, in particolare dall'art. 231 d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271 (norme di

esercitare l'azione, a differenza dell'attore del processo civile che ha solo il relativo potere o del *public prosecutor* statunitense investito di una potestà libera d'agire²⁹⁶. L'organo dell'accusa, infatti, ha l'obbligo di adire la giurisdizione quando, in seguito alle indagini svolte sulla *notitia criminis*, abbia raccolto gli elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, come impostogli *a fortiori* dalla regola descritta dall'art. 125 disp att. c.p.p. Al contrario, quando si è accertata l'inesistenza dei presupposti che sorreggono l'obbligo d'agire, il magistrato dell'accusa è costretto a determinarsi per l'archiviazione²⁹⁷.

coordinamento c.p.p.). Sul tema, per tutti F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 2012, cit., p. 400 osserva che «dalla riforma nasce un ufficio requirente in pretura e i nuovi testi ribadiscono la direttiva monopolistica: l'art. 231 att. abolisce ogni iniziativa che fosse attribuita a 'organi diversi dal pubblico ministero' (a prima vista, è norma vuota, non essendo identificabile alcun attore pubblico non ministeriale, e stando alle parole, sopravvive l'azione popolare: l'attore non è un 'organo'); l'art. 212 att. riqualifica come intervento *ex artt.* 91-94 ogni caso nel quale la *soi-disante* parte civile proponesse accuse non ministeriali».

Sul punto, per tutti, si rinvia a E. MARZADURI, *Azione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3.

²⁹⁶ Sull'analisi comparatistica del tema, si rinvia a CHERIF BASSIOUNI, *Lineamenti del processo penale*, in E. AMODIO-BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, pp. 50 ss.; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, pp. 55 ss.; A. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, a cura di R. Gambini Musso, Torino, 2009, pp. 66 ss.; L. MARAFIOTTI, *Limiti costituzionali all'esercizio «improprio» dell'azione penale negli Stati Uniti d'America: i divieti di selective prosecution e di vindictiveness in charging*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., pp. 261 ss.; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 82 ss.; W. T. PIZZI, *The perfect storm: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti D'America* in *The prosecutor in Transnational Perspective* a cura di M. Wade e E. Luna, Oxford, 2012, traduzione a cura di M. Montagna, *passim*; V. VIGORITI, *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., pp. 256 ss.

²⁹⁷ In tal senso v., per tutti, G. GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1991, p. 2. Sull'argomento i contributi della dottrina sono sterminati; ad ogni modo, si richiamano le riflessioni di T. BENE, *Prime riflessioni su archiviazione*

Per proseguire con la comparazione col processo civile, dove l'oggetto è disponibile e ciò proietta sulle parti, come visto, l'attribuzione di una posizione di potere²⁹⁸, può richiamarsi l'analisi

e obbligatorietà dell'azione penale, in *Arch. pen.*, 1992, p. 35; A. BERNARDI, *Commento all'art. 405-415 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, cit., pp. 508 ss.; V. BORRACCETTI, *Archiviazione, indagini preliminari e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 569; M. CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, pp. 64 ss.; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, *passim*; B. CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., p. 297; F. CASSIBBA, Sub. art. 405, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, cit., pp. 1777 ss.; N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989, pp. 17 ss.; M. CICALA, *Il pubblico ministero e l'azione penale*, in *Doc. giust.*, 1997, p. 1523; G. CONSO, *Introduzione alla riforma*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. XI; M.G. COPPETTA, *Osservazioni sull'archiviazione del pretore*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, p. 233; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 4, p. 1280 ss.; ID., *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzioni o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 493; M. MADDALENA, *Azione penale, funzioni e strutture del pubblico ministero: prospettive di riforma ordinamentale*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., p. 143; E. MARZADURI, *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il ponte*, 1998, fasc. 2-3, p. 89; ID., *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., pp. 124 ss.; G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 316 ss.; M. MONTAGNA, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in AA. VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007, p. 31; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale e Il pubblico ministero: vecchie e recenti tendenze*, (entrambi) in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., pp. 155 ss.; G. PISAPIA, *Primi appunti sui concetti di azione e giurisdizione nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991, p. 119; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 10; C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., p. 170; G. SPANGHER, *Le iniziative del pubblico ministero tra carenze ordinamentali e rischio di condizionamenti politici*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., p. 123; N. STABILE, *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione. Riflessi della riforma in tema di obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 979; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 96 ss.; G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale tra realtà e apparenza*, in *Crit. dir.*, 1990, fasc. 4-5, p. 27.

²⁹⁸ Per un raffronto col processo penale, fra gli altri, si rinvia a P. BRONZO, *Il «principio dispositivo in tema di prova» nel processo penale*, in *Riv. it. per le scienze giur.*,

di chi ha osservato che i termini necessari per comprendere la struttura di ogni processo attengono alla natura della domanda, «a seconda che l'iniziativa sia giuridicamente doverosa o dipenda da una scelta dell'accusatore e l'accusa sia passibile di revoca o irretrattabile, l'oggetto dell'accertamento si dice disponibile o indisponibile (ad opera dell'attore). In un caso diritto della parte alla punizione, nell'altro dovere del giudice di punire. [...] Notiamo ancora come la figura del pubblico ministero sia sorta storicamente dall'esigenza di superare la tradizione inquisitoria e in particolare il concetto monistico del giudice-accusatore; l'accusa, tuttavia, è un atto giuridicamente doveroso e per di più irretrattabile: dove si vede come l'unica ragione della disciplina attuale sia constatata insufficienza della formula che risolve il processo nell'atto di due persone»²⁹⁹.

In tale contesto si è ritenuto che il meccanismo che scandisce l'esercizio dell'azione penale, attribuendo all'accusatore pubblico una situazione di dovere, «riflette una precisa concezione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'obbligo di instaurare il processo imposto alla parte pubblica dal precetto costituzionale non nasce in conseguenza della sola ricezione della notizia di reato: il pubblico ministero è tenuto ad agire solo quando ricorrano

2014, Num. Speciale, pp. 411 ss.; C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 351 ss.; E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis e G.P. Voena, XXXIII.1, Milano, 2017, pp. 23 ss.; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 130.

Sul tema, inoltre, si è pronunciata anche Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993 in *Giur. cost.*, 1993, p. 916, osservando che «un principio dispositivo non può dirsi esistente neanche sul piano probatorio perché ciò significherebbe rendere disponibile indirettamente, la stessa *res iudicanda*» con conseguente violazione dell'art. 112 Cost.

²⁹⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 1987, cit., p. 26.

ulteriori presupposti stabiliti dal legislatore ordinario, tradizionalmente legati, nel nostro ordinamento, a una preliminare valutazione di fondatezza della *notitia criminis*»³⁰⁰.

Può affermarsi, pertanto, che le determinazioni del pubblico ministero non sono discrezionalmente libere. Piuttosto, invece, esse sono prescritte (guidate) dalla necessità imposta da quelle regole che, per realizzare il principio costituzionale menzionato, scandiscono le modalità, i tempi nonché le forme di controllo giurisdizionale approntate dal codice tanto sulla formulazione dell'imputazione (in udienza preliminare) quanto sulla richiesta di archiviazione (per opera del g.i.p.), nonché attraverso l'istituto verticale dell'avocazione anche sul rispetto delle tempistiche ormai non più soltanto ordinarie fra della durata delle indagini³⁰¹.

³⁰⁰ Così secondo F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, VI ed., Padova, 2012, p. 620; ID., *L'archiviazione*, cit., pp. 183 ss., pp. 332 ss. All'idea che si tratti di un dovere hanno aderito anche A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1991, p. 94; M. D'ORAZI, *Le fattispecie di archiviazione*, in *Critica penale*, 1991, p. 34; O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in *Udienza preliminare, (atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino 20-22 settembre 1991)*, Milano, 1992, p. 78; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., p. 22; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 11; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1281; A. PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 118 ss.; G. TURONE, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*, in *Quaderni del CSM, Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Roma, 1989, p. 224.

³⁰¹ Ci si riferisce chiaramente, oltre che ai casi di avocazione classica di cui all'art. 412 c.p.p., anche alla recentissima modifica introdotta dalla dall'art. 1, comma 30, lett. b), della L. 23 giugno 2017, n. 103, cd. Riforma Orlando, per opera della quale è stato modificato l'art. 412 comma 1 c.p.p. in questi termini: «il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'art. 407, comma 3 bis, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle

Un argomento di conferma si desume dalla chiara morfologia dell'art. 50 comma 1 c.p.p., laddove si prescrive che il pubblico ministero «eserciti» - *recitus*, debba esercitare - l'azione penale quando «non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione»³⁰². Ciò significa che «a conclusione di tali indagini

indagini preliminari». A riguardo, fra gli altri, v. i commenti di T. ALESCI, *Le modifiche delle disposizioni di attuazione in materia di iscrizione della notizia nel registro, di informazioni sull'azione penale e la riorganizzazione dell'ufficio del p.m.*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di T. Bene, A. Marandola, Milano, 2017, pp. 137 ss.; GIUS. AMATO, *L'inerzia del Pm giustifica l'avocazione da parte del Pg*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, pp. 39 ss.; A. BARGIS, *L. 23 giugno 2017, n. 103 - Appendice di aggiornamento al Compendio di Procedura penale*, VIII ed., Padova, 2017, pp. 3 ss.; F. CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, in *Arch. pen.* 2018, p. 3; P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1268-1269; M. GIALUZ, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, K. La Regina, E. Mancuso, Padova, 2017, pp. 197 ss.; A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie e accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1305-1306; L. KALB, *La nuova disciplina in materia di archiviazione nel ridisegnato procedimento per le indagini. I rimedi avverso la nullità del provvedimento*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, cit., pp. 214 ss.; E. LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 6, pp. 1072 ss.; L. MARAFIOTI, *Termini e verifiche per le scelte del pubblico ministero*, in *Arch. n. proc. pen., Num speciale*, 2017, pp. 8 ss.; A. MARANDOLA, *Termini per l'esercizio dell'azione penale e avocazione del procuratore generale*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, pp. 171 ss.; E. MARZADURI, *Come cambia il rito*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, pp. 88 ss.; G. SPANGHER, *I tempi delle indagini preliminari: i "no" della Procura*, in *Parola alla difesa*, 2017, pp. 243 s.; N. TRIGGIANI, *Indagini preliminari, tempi dell'azione penale e procedura di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017, pp. 104 ss.; D. VICOLI-E. VALENTINI, *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino, 2018, pp. 93 ss.

³⁰² O. DOMINIONI, *Sub art. 50 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 264; v. anche E. FONSECA, *Sub art. 50*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Gaito, IV ed., Torino, 2012, pp. 334 ss.; A. MASI, *Sub art. 50*, in *Commentario*

[...] il pubblico ministero viene a trovarsi nella necessità di dover decidere tra la prospettiva dell'archiviazione, cioè del 'non esercizio' dell'azione penale, e la prospettiva dell'instaurazione del vero e proprio processo penale, attraverso la richiesta di fissazione dell'udienza preliminare: quest'ultima da presentarsi solo dopo 'formulata l'imputazione', e quindi di per sé equivalente ad un atto di esercizio dell'azione penale»³⁰³.

In questi termini, l'azione perde l'originaria connotazione astratta per la quale, sotto la vigenza del codice Rocco, bastava apprezzare la non manifesta fondatezza della notizia di reato per attivare macchina giudiziaria³⁰⁴, per conquistare una veste concreta³⁰⁵, il cui

breve al codice di procedura penale, a cura di G. Conso e G. Illuminati, II, Padova, 2015, pp. 181 ss.; F. VERGINE, *Sub art. 50*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio e G. Tranchina, Tomo I, Milano, 2012, pp. 624 ss.

Di diverso avviso R. APRATI, *Sub art. 50*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, Milano, 2017, pp. 671-672 per cui «chiamiamo azione il potere correlato agli epiloghi giurisdizionali esercitandolo validamente l'attore ottiene una decisione su quanto ha chiesto. Ovvio allora che l'azione è un potere di parte. [...] l'azione penale si pone nei confronti dell'organo giurisdizionale come diritto soggettivo e nei confronti dell'imputato come diritto potestativo».

³⁰³ V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1276. Analogamente anche O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, cit., pp. 116-117, ritiene che «l'art. 112 Cost. affida al pubblico ministero il ruolo di attore pubblico sotto forma di obbligo. [...] Il pubblico ministero non può dunque operare scelte diverse dal rigoroso rispetto della legge che, tuttavia, impone l'esercizio dell'azione penale non in astratto, a fronte di una semplice notizia di reato, bensì in concreto, ossia quando tale *notitia criminis*, all'esito delle indagini preliminari, non appaia infondata». Cfr., inoltre, G.P. VOENA, *Soggetti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 1990, p. 23 per il quale, però, «il doveroso esercizio dell'azione penale rinviene quale suo unico limite la richiesta di archiviazione».

³⁰⁴ Per riferimenti storici e dogmatici riguardo al tema dell'azione penale, nella vastissima letteratura, v. L. BORSARI, *Dell'azione penale*, Torino, 1866, *passim*; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, vol. I, pp. 23 ss.; F. CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, pp. 17; M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 890

corollario è rappresentato dalla doverosità di compiere indagini tendenzialmente complete³⁰⁶. Il principio della completezza delle

ss. (ora anche in *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995); G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 336; F. CORDERO, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 1026-1028; ID., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, pp. 58 ss.; P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione*, Napoli, 1966, pp. 39 ss.; O. DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 401 ss.; G. GUARNERI, *Azione penale (dir. proc. pen.)*, in *Nvss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 67; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, I, 1961, p. 115 ss.; ID., *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 859 ss.; G. ORESTANO, *Azione (L'azione in generale - Storia del problema)* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 811 ss.; S. RANIERI, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Napoli, 1928, *passim*; GIUS. SABATINI, *Vecchio e nuovo nella storia dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1962, I, pp. 145 ss.; ID., *Azione penale (impromovibilità della)*, in *Nvss. dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 73 ss.; G. UBERTIS, *Azione (Azione penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, pp. 1 ss.; G. VASSALLI, *Il p.m. e la sua posizione nel processo penale*, in *Democrazia e Diritto*, 1961, p. 573.

³⁰⁵ Su questa metamorfosi della natura dell'azione da astratta a concreta, per tutti si richiamano le parole di V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1286: «tutta l'architettura del nuovo sistema è nel senso di porre il medesimo pubblico ministero nella condizione di esercitare l'azione penale dopo essersi reso ben conto della consistenza della *notitia criminis*, e quindi avendo potuto operare un plausibile giudizio prognostico circa l'esito dell'eventuale processo. Se così è, tuttavia, appare evidente come all'interno di una simile cornice normativa la determinazione di promuovere l'azione penale si colora di una innegabile componente di concretezza». Dello stesso avviso, fra i molti, G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, cit., pp. 170-171, 173; D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 196; G. TURONE, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 228.

³⁰⁶ Su questo aspetto, per tutti, F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 51, ha osservato come «l'indagine completa serve indubbiamente all'azione: consente scelte adeguate sia all'*an*, sia relativamente al *quomodo* della stessa. Orienta, ovviamente, l'agire del pubblico ministero (oltre la sfera dell'azione anche nella prospettiva dei giudizi premiali), ma al contempo, consente all'indagato di evitare processi inutili, ovvero gli permette più calibrate opzioni nel vasto panorama dei riti alternativi».

Diffusamente sul tema, fra gli altri, v. F. CAPRIOLI, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 287 ss.; A. CASELLI LAPESCHI, *La «continuità» investigativa delle indagini suppletive tra «completezza» e «completezza»*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 403 ss.; F. CASSIBBA, *La «completezza» e la «concludenza» delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1230 ss.; G. CONTI-A. MACCHIA, *Indagini*

indagini è stato enunciato dalla Corte costituzionale, secondo la quale «la completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, ‘saltando’ l’udienza preliminare) e per indurre l’imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall’altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio ‘apparente’ dell’azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»³⁰⁷.

preliminari, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 5; F. DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1431; O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare* in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 67; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell’azione penale*, cit., p. 1274; G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell’azione penale*, cit., p. 225; D. POTETTI, *il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del «giudice preliminare»*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 463; G. VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. 3, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Padova, 2009, pp. 661 ss.; G.P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VII, p. 265.

³⁰⁷ Così ancora Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991, in *Giur. cost.*, cit., p. 591 ss. In argomento v. anche Corte cost., sent. n. 115 del 9 maggio 2001, *ivi*, 2001, pp. 917 ss., con note di G. GARUTI e M. ANNUNZIATA; ID., sent. n. 97 dell’11 aprile 1996, *ivi*, 1996, pp. 899 ss.; ID., ord. n. 350 del 18 ottobre 1996, *ivi* 1996, p. 3041; ID., ord. n. 48 del 10 febbraio 1993, *ivi*, 1993, p. 352; ID., sent. n. 92 del 9 marzo 1992, *ivi*, 1992, p. 911 con nota di G. BIANCHI; ID., ord. n. 252 del 6 giugno 1991, *ivi*, 1991, p. 2063; ID., sent. n. 190 del 2 maggio 1991, *ivi*, 1991, p. 1777; ID., sent. n. 445 del 12 ottobre 1990, *ivi*, 1990, pp. 2654 ss. con nota di G. GIOSTRA.

In quest'ottica, le doverose determinazioni del pubblico ministero sono orientate dal principio di non superfluità del processo, ricavabile dalla combinazione delle regole descritte dagli artt. 50, 405 comma 1, 408 comma 1 c.p.p. e 125 norme. att. c.p.p.

Il difetto di questa impostazione risiede, tuttavia, nella diversità ontologica delle fasi oggetto del giudizio prognostico: sulla base delle indagini, sorretta dalla segretezza e dall'assenza del contraddittore per eccellenza, la difesa dell'indagato, il pubblico ministero è chiamato a formulare una prognosi di non superfluità di una fase, il dibattimento, governata da regole completamente diverse, in particolare il contraddittorio per la prova al cospetto di un giudice terzo ed imparziale. Difficile, quindi, prevedere che, dal punto di vista gnoseologico, una conoscenza unilaterale, come quella maturata durante le indagini, possa consentire un giudizio di prospettiva sugli sviluppi di una fase ben più ricca di garanzie epistemologiche come quella del giudizio.

Tale discrasia emerge ancor più chiaramente se si considera che il pubblico ministero non deve richiedere l'archiviazione soltanto quando l'innocenza dell'indagato appaia lampante o manchi in maniera assoluta ogni evidenza a suo carico, ma anche quando il quadro degli elementi di prova unilateralmente raccolti, per la loro inidoneità persuasiva, risulti insufficiente nell'ottica di uno sviluppo dibattimentale³⁰⁸.

In questi risvolti logici, oltre che processuali, si delinea il limite di demarcazione fra un accertamento superfluo ed uno necessario. Fra

³⁰⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991, in *Giur. cost.*, cit., p. 588. In dottrina, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 337 ss.; G. GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1274 ss., 1282 ss.

tali alternative, il provvedimento che accoglie l'archiviazione del pubblico ministero «sanziona l'inutilità di promuovere e di attendere gli epiloghi naturali (del processo) [...] giustifica[ndo] e legittima[ndo] il mancato passaggio dalla *res iudicanda* alla *res iudicata* (intesa come tema che è stato oggetto di accertamento giurisdizionale)»³⁰⁹.

Qui si rispecchiano quelle che in realtà sono le due facce di una stessa medaglia, descrivendo l'alternativa secca fra azione e archiviazione che impone una scelta doverosa sulla base di criteri non proprio tassativi, in quanto riferiti a scenari epistemologicamente non omogenei. Al di là delle notazioni critiche, occorre prendere atto che nell'attuale sistema codicistico «i presupposti positivi dell'archiviazione sono - proprio in quanto tali - i presupposti negativi dell'azione penale»³¹⁰.

³⁰⁹ G. GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 1; ID., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II, Torino, 1994, p. 3. Analogamente anche G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, cit., p. 170, ha ritenuto che «di fronte a queste ipotesi bisogna affermare - con decisione - che il recupero del contenuto dell'azione (cioè: l'azione intesa in senso concreto) fa filtrare all'interno dell'art. 112 Cost. elementi di legalità prima ritenuti secondari ed esalta la regola dell'inutilità del processo come fenomeno deflattivo collegato al rispetto della persona e come valore pregnante che guida (dovrebbe guidare) i comportamenti del pubblico ministero nella scelta tra azione ed 'inerzia'».

Sul tema, fra gli altri, v. anche F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 41 ss., 183 ss.; G. CECANESE, *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, Napoli, 2012, pp. 28 ss.; G. DEAN, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, 1996, pp. 73 ss.; F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, II, pp. 579 ss.; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 1274 ss.; C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 170 ss.; S. SOTTANI, *Richiesta di archiviazione e controllo giurisdizionale: punti fermi e nuovi equilibri*, in *Inazione, controlli, esecuzione. (Atti del convegno in ricordo di G. Dean)*, cit., p. 98; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 96 ss.

³¹⁰ V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1281. Sull'alternanza descritta, cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 328; A. CIAVOLA, *Chiusura delle indagini ed esercizio dell'azione penale*, in AA. VV.,

Il legislatore ha disciplinato analiticamente quali sono i casi per cui deve - non “può” - richiedersi l’archiviazione della *res iudicanda*: fra essi, all’infondatezza della notizia di reato di cui all’art. 408 c.p.p., si aggiungono, ad opera dell’art. 411 c.p.p., la mancanza di una condizione di procedibilità, l’estinzione del reato, la più recente causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-*bis* c.p.³¹¹, il caso in cui l’autore del reato è rimasto ignoto oltre i termini previsti dalla legge per la sua identificazione.

Nell’alternativa fra azione e inazione, entrambe doverose in funzione dei risultati delle indagini, si possono nascondere non poche insidie per un sistema ispirato alla più stringente legalità. E’ allora opportuno precisare che «l’art. 112 Cost., invero, non dispone che *il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare sempre l’azione penale*, bensì che *il p.m. ha sempre l’obbligo (e non la facoltà) di esercitare l’azione*

Il giudice di pace nella giurisdizione penale, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001, p. 189; O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 54; G. GARUTI, *Chiusura delle indagini preliminari e archiviazione*, in AA. VV., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da M.G. Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1999, *passim*; G. GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 12; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., pp. 211 ss.; G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, *passim*; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*, cit., p. 75.

³¹¹ Cfr. AA. VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, *passim*; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 28; E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l’interprete delle norme processual-penalistiche: la ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p.p.*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 6.; L. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla “particolare tenuità del fatto”*, in *Dir. pen. cont.*, ed. online del 16 giugno 2015, pp. 9 ss.

penale: sottointeso, quando ne ricorrono i presupposti»³¹². Sicché, conseguenzialmente, può affermarsi che «l'adozione del meccanismo di archiviazione 'giudiziale' delle *notitiae criminis* costitui[sce] un percorso addirittura obbligato sotto il profilo della legittimità costituzionale, considerandosi incompatibile con l'art. 112 Cost. la predisposizione di qualsiasi congegno di controllo sul mancato esercizio della *potestas agendi* che non fosse quello affidato all'organo della giurisdizione»³¹³.

In tale prospettiva, allora, l'art. 409 c.p.p. pone il giudice per le indagini preliminari nella condizione di operare, sulla richiesta di archiviazione, un controllo multi-livello: dapprima, egli dovrà verificare che le indagini preliminari siano state svolte in maniera completa e, in subordine, dovrà vagliare l'asserita infondatezza della

³¹² G. GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3. In tal senso anche C. BOTTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive. Opinioni a confronto*, cit., p. 327.

³¹³ Si esprime, fra gli altri, in questi termini F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 512-513. Analogamente cfr. anche T. BENE, *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 35; P. FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, p. 55; G. GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 9; ID., *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2667; L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 250 ss.; V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 23; G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Ideologie e modelli del processo penale*, cit., p. 171; V. ZAGREBELSKY, *Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministero)*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 530.

In dottrina, tuttavia, non sono mancate opinioni dissenzienti, fra queste, v. A. DIDDI, *Il dissenso del g.i.p. alla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 240; F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, cit., p. 582; G. TAORMINA, «*Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*» alle soglie del nuovo codice di procedura penale, in *Gius. pen.*, 1988, III, c. 149; G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel «sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale*, in *Legisl. pen.*, 1989, pp. 392 ss.

notizia di reato sulla base della regola di giudizio descritta dall'art. 125 disp. att. c.p.p. E' noto che, a questo punto, si dischiudono tre scenari: acconsentire *de plano* ad archiviare; instaurare un'udienza camerale, anche su richiesta dell'offeso, al termine della quale poter archiviare, stavolta con ordinanza, oppure rimettere il pubblico ministero in termini per effettuare ulteriori indagini ritenute necessarie; infine, la terza via: laddove il giudice sia rimasto in uno stato di dissenso rispetto all'organo dell'accusa circa la prognosi di infondatezza della notizia di reato, potrà imporre la formulazione coatta dell'imputazione, forzando in tal modo l'instaurazione dell'udienza preliminare per rimettere ad una fase epistemologicamente più completa la valutazione circa l'opportunità di adire il giudizio sulla colpevolezza.

In conclusione, sul punto, le complesse implicazioni derivanti dal principio di obbligatorietà dell'azione penale definiscono, in capo al pubblico ministero, una situazione obbligatoria complessa che, tuttavia, non si perfeziona solo nella proposizione dell'azione penale ma richiede, una volta attivata la giurisdizione, che essa si completi nella prosecuzione della stessa per mezzo dell'allegazione dei mezzi di prova in suo sostegno³¹⁴.

4. Il dovere di prova del pubblico accusatore.

³¹⁴ La scomposizione dell'azione in questi termini si deve a O. DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 400, per il quale «il problema costruttivo del concetto di azione penale va affrontato partendo dai suoi termini elementari. Distinguendo, nell'esercizio dell'azione penale, tra *promovimento e prosecuzione*, il primo momento coincide con l'instaurazione del processo, così che definire il promovimento dell'azione penale significa identificare l'atto di inizio del processo penale nelle sue diverse componenti: figure di qualificazione giuridica, contenuto, effetti».

Le conoscenze probatorie richieste per esercitare l'azione penale rispondono a uno standard inferiore rispetto alla piattaforma di informazioni necessarie per assumere le decisioni giurisdizionali di merito. L'esercizio dell'azione penale, come detto, è ammesso quando, ai sensi dell'art. 405 c.p.p., non dovendo richiedersi l'archiviazione, si riconosce che sussistono elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio. L'azione penale, dunque, non rappresenta l'esercizio di un potere disponibile. Essa, come si è dimostrato, rispecchia una situazione di dovere costituzionalmente imposta dall'art. 112 Cost. al pubblico ministero e a nessun altro.

Con l'esercizio dell'azione, il pubblico ministero non adempie solo all'obbligo costituzionale, ma determina la fissazione dell'oggetto della cognizione³¹⁵ che, nel processo penale, riguarda la colpevolezza dell'inquisito³¹⁶.

Nell'esercitare l'azione, il pubblico ministero formula l'imputazione intesa come «l'ascrizione della responsabilità di un fatto di reato ad un soggetto che si compone in tre giudizi: l'affermazione di un fatto, l'individuazione di un dato soggetto come suo autore, la

³¹⁵ Per tutti, A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 52 distingue l'atto di esercizio dell'azione penale in un contenuto «logico», l'imputazione, e un contenuto «volitivo», la richiesta di procedere.

³¹⁶ Sulle funzioni che si combinano nell'atto imputativo, G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 225, ha osservato che esso «non svolge solo il compito di rimuovere la naturale inerzia del giudice; non è solo la maniera con cui l'organo delegato tutela la pretesa punitiva della collettività; non è solo l'atto per l'esercizio del diritto alla giurisdizione, è, soprattutto, la proposta fattuale su cui il pubblico ministero chiede al giudice di pronunziarsi: seguendo le vicende ed essendone da esse influenzato, l'oggetto del processo diviene oggetto del giudizio, via via stabilizzandosi fino a realizzare il contenuto della preclusione dell'ulteriore giudizio, definita in termini formali 'cosa giudicata' posta a presidio sostanziale del *ne bis in idem*».

qualificazione giuridica del fatto alla stregua di una norma penale»³¹⁷.

L'addebito del fatto penalmente rilevante veicola, quindi, attraverso il processo, l'oggetto dell'accertamento che andrà a perfezionarsi in maniera gnoseologicamente crescente, come in «un *climax* ascendente»³¹⁸, dallo stadio di ipoteticità della iscrizione della notizia di reato, a una più concreta probabilità nel caso dell'azione³¹⁹ fino a poter assumere il rango di certezza giudiziale nella sentenza di condanna³²⁰.

Lungo tale linea evolutiva, l'imputazione porta in seno «la fissazione sintetica e formale di un fatto considerato in via provvisoria come reale»³²¹ che, sebbene sia suscettibile di modifiche nelle modalità

³¹⁷ O. DOMINIONI, *Azione penale*, cit., p. 403.

³¹⁸ L'espressione, presa in prestito dal novero delle figure retoriche in ambito della linguistica, è stata usata da F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 84, nota 20.

³¹⁹ Sulle «imputazioni preliminari», v., dapprima F. CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 185, successivamente, sotto la vigenza del codice Vassalli, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, pp. 85 ss. ricomprendendo le ipotesi descritte dagli artt. 292, comma 2, lett. b, 335, 369 e 375, comma 3, c.p.p.

³²⁰ Sulle tecniche di formulazione dell'imputazione e sul suo divenire, può soltanto che rinviarsi, fra gli altri, a R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, *passim*; M. CAIANIELLO, *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2474; A. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini*, Torino, 2011, pp. 46-47; F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., p. 80; M. DANIELE, *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 815-816; R. DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Torino, 2008, *passim*; O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare* (2008), in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2012, pp. 39 ss.; M. PANZAVOLTA, *L'imputazione difettosa nel decreto che dispone il giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 362 ss.; S. QUATTROCOLO, *Riquilibrato del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, pp. 150 ss.; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 17; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni poteri ed effetti*, Torino, 2012, p. 19.

³²¹ E. SANTORO, *Osservazioni sull'imputazione*, in *Giust. Pen.*, 1949, III, p. 201. Il tema è stato oggetto di approfonditi studi: v., ad esempio, F. CASSIBBA,

consentite dalla legge, deve pur sempre mantenere la sua identità essenziale che si sostanzia nella descrizione degli elementi strutturali del fatto storico³²².

L'imputazione e le sue vicende, cit., pp. 79 ss.; V. CAVALLARI, *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 632 ss.; G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*: b) *diritto processuale penale*, cit., p. 344; O. DOMINIONI, *Imputazione (diritto proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, pp. 818 ss.; G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino, 2016, *passim*; F. GIUNCHEDI, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., tomo I, Torino, 2008, p. 330; G. INZERILLO, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2005, pp. 736 ss.; V. MAFFEO, *Imputazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Aggiornamento, XIV, 2008, *passim*; E. MARZADURI, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 284; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 90; R. ORLANDI, *La regudicanda penale nelle fasi preistruttoria e istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 555 ss.; V. PERCHINUNNO, *Imputazione (capi di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1; A. SANTORO, *Imputazione (dir. proc. pen.)*, in *Nvss. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 462; G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 297; M. TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellin, V. Pocar, D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 131; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, p. 1 ss.

La portata garantista di una corretta formulazione dell'imputazione è stata riconosciuta anche in ambito europeo dove, con l'art. 6 della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, si prescrive che le informazioni relative all'accusa devono concernere «tutti i dettagli necessari, al fine di garantire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti di difesa». Sul tema, S. CIAMPI, *La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 27 giugno 2012; ID., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, *ivi*, ed. on-line del 24 settembre 2014.

³²² Più specificamente, per una definizione del termine “fatto” si richiamano le considerazioni di F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità sul fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 940, secondo cui «prospettive netta-mente diverse [sono] quelle a cui non può non fare riscontro una correlativa alterità di concetti di ‘fatto’, che valgono rispettivamente sul terreno del diritto sostanziale e su quello del processo: nel secondo confluiscono, oltre alle note descrittive previste dal modello legale (azione od omissione, rapporto causale, evento, condizioni di punibilità, dolo o colpa), quelle altre (in sé e per sé giuridicamente irrilevanti), il cui accertamento rappresenta un passaggio obbligato dell'indagine intesa a cogliere l'«avvenimento» nella sua tipicità storica: tempo, luogo, strumento, oggetto materiale proiezione soggettiva della condotta. Ogni ulteriore dettaglio sarebbe sovrabbondante, giacché il processo mira ad identificare un episodio, più che ad attuarne una calligrafica

L'imputazione è un atto formale che risponde a un preciso modello legale delineato dall'art. 417 lett. b) c.p.p. o dalle analoghe previsioni degli artt. 429 comma 1 lett. c) e 552 comma 1 lett. c) c.p.p.

Il legislatore esige l'enunciazione chiara e precisa del fatto da accertare nonché delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza³²³, il tutto supportato dalle fonti di prova acquisite, dunque, dalla piattaforma probatoria formatasi in seguito alle indagini preliminari che, sul versante accusatorio, come detto, devono esser state svolte in maniera tendenzialmente completa e omnicomprensiva, estese, ai sensi dell'art. 358 c.p.p., anche degli elementi a favore della persona sottoposta alle indagini preliminari.

I rigorosi criteri di imputazione servono a rendere noti all'interessato i «motivi» e la «natura» dell'addebito³²⁴, ossia devono descrivere le fattezze del fatto storico in modo da poter corrispondere perfettamente alla fattispecie sostanziale.

descrizione: può darsi però che si tratti di elementi che integrano una fattispecie aggravante, ed in tal caso scatta il congegno previsto dall'art. 445 c.p.p. [...] Il 'fatto' costituente oggetto del processo, insomma, è il complesso dei requisiti minimi (senza i quali cioè l'identificazione sarebbe impossibile o monca), che concorrono a profilare sul piano storiografico un certo avvenimento, nel quale si assume che ricorrono gli estremi previsti da un'ipotesi normativa».

In generale, nell'ampia produzione dottrinale sull'argomento, cfr. G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 153; G. GUARNERI, *Regiudicata (diritto processuale penale)*, in *Nvss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 231; A. PAGLIARO, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 962; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, *passim*.

³²³ Circoscrive l'ampiezza delle informazioni necessarie E. MARZADURI, *Imputato e imputazione*, cit., p. 284, definendo l'enunciato richiesto come «contenuto tipico dell'imputazione».

³²⁴ Per la definizione di questi requisiti, si veda Corte Cost., sent. n. 10 del 19 gennaio 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 61, che li connota come i presupposti si «un diritto soggettivo perfetto» in capo alla persona sottoposta alle indagini.

Il dovere del pubblico ministero non si esaurisce nella formulazione della imputazione, in conformità del modello legale dell'atto, ma si estende anche agli sviluppi successivi che possono essere definiti con la locuzione "prosecuzione dell'azione", rispetto alla quale il concetto di dovere si sposta sull'allegazione dei mezzi di prova a sostegno dell'ipotesi accusatoria.

Il dovere di compiere delle indagini complete sarebbe del tutto frustrato nelle sue finalità se l'assoluzione dell'imputato in giudizio potesse dipendere da una negligenza assoluta del pubblico ministero in merito alle proposte probatorie.

Nella fase dibattimentale, l'ampiezza della regola di giudizio impone, allora, in virtù della indisponibilità dell'accertamento, che il pubblico ministero offra le prove necessarie per dimostrare tutti gli elementi dell'imputazione e, quindi, per verificare l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato, ossia l'unico tema di decisione del giudizio. Questa conclusione è il diretto portato del «carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale dove sono definite le fattispecie criminose. Avendo come fine l'attuazione di diritto penale sostanziale, il processo deve accertare *se* l'imputato sia colpevole; pertanto, mentre la condanna richiede la prova della colpevolezza, l'assoluzione non esige quella dell'innocenza ma è puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza. [...] Se oggetto del processo fosse l'innocenza, sarebbe questa a dover essere provata dall'imputato; e, se il tema fosse l'alternativa tra colpevolezza e innocenza come ipotesi probatorie equipollenti,

sarebbe sufficiente una maggiore probabilità della prima rispetto alla seconda a giustificare la condanna»³²⁵.

In questo particolare contesto cognitivo, pertanto, è l'art. 27 comma 2 Cost. a dettare la regola di giudizio sul fatto rimasto incerto, orientando il giudice in una sola obbligata direzione, cioè verso la assoluzione dell'imputato in ogni caso in cui non sia stata raggiunta la prova circa la fondatezza della colpevolezza dell'incolpato.

La presunzione di innocenza³²⁶ scongiura che in capo all'imputato possa configurarsi il rischio della mancata prova³²⁷. Ne discende da

³²⁵ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 5-6. Dello stesso avviso, fra gli altri, anche P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 188.

³²⁶ In generale sull'argomento, fra gli altri, G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p. 72; M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, A. DE CARO, *Presunzione di innocenza, onere probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, pp. 401 ss.; P. FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 507; V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazioni di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. (Atti del convegno dell'Associazione degli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998)*, cit., pp. 63 ss.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo penale nel sistema costituzionale*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni (Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998)*, Milano, 2000, p. 15; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 80 ss.; ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXIV, 1991, *passim*; G. LOZZI, *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 10 ss.; E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.; Regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, pp. 303 ss.; O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione di innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, *passim*; M. NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, II, 1978, p. 838; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., *passim*; ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, p. 670 ss.; M. PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro. pen.*, 1965, pp. 1 ss.;

³²⁷ P. FERRUA, *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezione unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1071.

ciò un logico corollario: le situazioni soggettive che investono le parti contrapposte nel processo penale non possono essere le stesse. In capo al presunto non colpevole, ritenuto innocente fino a condanna definitiva, non può qualificarsi nessun dovere di prova: egli è libero di «difendersi provando»³²⁸ e, in ragion di ciò, può proporre dei temi di prova a suo scarico per i quali onerarsi di allegare i mezzi probatori o può semplicemente limitarsi alle attività di falsificazione e confutazione delle proposizioni di prova proposte dall'accusa³²⁹, insinuando il dubbio attraverso l'offerta di ricostruzioni alternative del fatto. Potrebbe, al limite, decidere di rimanere inerte per tutta la durata del processo, non a caso una delle più vaste concessioni ammesse dal diritto di difesa è rappresentata, appunto, dalla possibilità insindacabile di rimanere in assoluto silenzio o addirittura assenti; anzi, il presunto non colpevole può anche decidere di non collaborare con le esigenze cognitive del suo giudizio, mentendo, dissimulando o imbrogliando le carte.

E' soltanto in capo all'imputato che potrà configurarsi un vero e proprio onere della prova, allora, libero nelle scelte di essere assunto o meno.

Tuttavia, se questa ricostruzione risulta appagante in termini generali, nei particolari casi concreti occorre spesso confrontarsi

³²⁸ L'espressione, come è noto, si deve a G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

³²⁹ Su queste prerogative v. G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, p. 141; R.E. KOSTORIS, *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3184; T.T. LUPACCHINI, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, in *Giustizia penale*, 1992, fasc. III, c. 550; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in PAA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 44; P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 688; T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, pp. 68 ss.

con la struttura delle fattispecie di reato e distinguere in esse gli elementi costitutivi del fatto da quelli impeditivi, fra cui figurano, ad esempio, le cause di non punibilità e le esimenti³³⁰.

Si è giustamente osservato che «tutti gli elementi di un fatto giuridico sono di per ciò stesso costitutivi. [...] La nozione di elemento impeditivo va risolto, in via esclusiva, sul terreno dell'onere probatorio, in quanto attiene alla ripartizione dell'onere formale della prova nei processi basati sul principio dispositivo in ordine all'accertamento dei fatti, denominando costitutivi gli elementi che debbono essere provati dall'attore e impeditivi l'inverso degli elementi che l'attore non è tenuto a provare»³³¹. In tal modo, se in ogni caso le prove della colpevolezza dell'imputato devono essere necessariamente introdotte dal pubblico ministero, ciò non esclude che, laddove la difesa ponga il tema delle scriminanti del reato, tale proposta probatoria determini un dovere di addurne la prova in capo all'imputato, dal momento che «non può costringersi il pubblico ministero a fornire la prova negativa dell'inesistenza di una causa di non punibilità alla luce di uno

³³⁰ Su di esse, si rinvia, fra gli altri a A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defences*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 238 ss.; M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, *ivi*, 2016, pp. 698 ss.; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, *passim*; G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcileri e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 409; M. ROMANO, *Cause di giustidicazioni, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 55 ss.; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustidicazioni e delle scusanti*, Milano, 2000, pp. 148 ss.

³³¹ In tal modo, riprendendo le ricostruzioni di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., pp. 112-113. Sul tema, analogamente anche F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 102 e nota 105; nonché D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., pp. 12 ss.

standard probatorio elevatissimo che significherebbe prefigurare una vera e propria *probatio diabolica*³³². Un esempio quanto mai esplicito può essere rintracciato, fra gli altri, nell'ambito dei processi sulla responsabilità degli enti, nel caso in cui la difesa invochi la ricorrenza della "scriminante" di cui all'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001. In tale ambito, la disposizione menzionata «disciplina un fatto impeditivo per i quali opera una radicale inversione dell'onere della prova, con la conseguenza che viene posto a carico dell'ente il rischio del dubbio sulla sua sussistenza, oltre che dell'assoluta mancanza di prova»³³³.

Tralasciando, per economia espositiva, i casi in cui i carichi di prova sono orientati dalle norme a fattispecie doppia³³⁴, bisogna sottolineare come l'accusatore pubblico, avendo formulato l'addebito penale suffragato da prognostici elementi di prova vagliati dal filtro dell'udienza preliminare, non può ritrovarsi in una posizione di corrispondente potere, dove decidere se addurre o meno, alla fase istruttoria, le sue fonti di prova, onerandosi di presentare i mezzi nelle sue disponibilità. Piuttosto, egli è investito

³³² G. VARRASO, *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*, in AA. VV., *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Inciampo e A. Scalfati, Bari, 2017, p. 6.

³³³ O. MAZZA, *Sub art. 66 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti e P. Veneziani, Torino, 2010, p. 728.

Sul tema, si rinvia a F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 157 ss.; ID., *Procedura penale*, IX ed., cit., pp. 989 ss.; nonché a D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., pp. 15 ss.

³³⁴ Per esse si accenna solamente all'esempio offerto da F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., cit., p. 991, per cui nell'ipotesi descritta dall'art. 597 c.p. «secondo l'accusa, N ha ingiuriato o diffamato P attribuendogli 'un fatto determinato'; N rischia una condanna su tali presupposti; ma se l'assunto risultasse vero, sarebbe assolto. Stiamo considerando dei fatti cosiddetti impeditivi: all'attore non incombe l'onere della prova negativa; se però emergono, soccombe. Dipende dalle singole norme: talvolta colpa e, rispettivamente, falsità del discorso ingiurioso o diffamatorio, sono irrilevanti; altrove pesano sul giudizio».

da un dovere di prova, assiologicamente imposto oltre che dalla proiezione processuale dell'art. 112 Cost., anche dalle esigenze epistemologiche per l'accertamento sull'imputazione implicate dall'art. 27 comma 2 Cost. scolpite, come descritto³³⁵, nella regola di giudizio prevista nell'art. 533 c.p.p.

La contestazione del reato, essendo stata formulata dall'attore pubblico per obbligo impostogli dalla Costituzione, deve necessariamente esser sorretta da tutte le evidenze necessarie e nella disponibilità dell'esercente dell'azione penale di senso concreto, in modo da addivenire ad una decisione piena sulla fondatezza della reg giudicanda per la quale si deve inderogabilmente preservare, durante la verifica processuale del fatto, l'imparzialità del giudice chiamato a decidere.

Per queste ragioni non può trovare accoglimento l'impostazione di chi, all'indomani della riforma del codice di procedura penale, ormai trent'anni fa, rivendicava la presenza del principio dispositivo assoluto in seno al procedimento probatorio³³⁶.

³³⁵ *Infra* cap. III § 2

³³⁶ Ha sostenuto la ricorrenza del principio dispositivo nel processo penale, per tutti, E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. XXXVII, affermando che «il nuovo sistema si caratterizza [...] come un processo di parti fondato sul principio dispositivo probatorio». Dello stesso avviso anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, XI, ed., 2017, p. 535; C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, p. 78.

Con una sfumatura leggermente diversa, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 4 hanno ritenuto che «a differenza di quanto accade nel processo civile, quest'ultimo canone non discende dal carattere disponibile del diritto in contesa. Nel rito penale, infatti, l'istanza individuale coinvolta, direttamente o indirettamente, è la libertà personale dell'imputato, che ha natura indisponibile. Poiché il fine è l'accertamento, il principio dispositivo si colora di immediata valenza epistemologica e trova attuazione in quanto contribuisce anch'esso all'efficienza del rito nel perseguire al meglio il suo scopo».

L'art. 190 c.p.p., sebbene abbia rappresentato una svolta per la struttura accusatoria del processo di parti rispetto al regime del 1930, in cui il giudice istruttore formava e valutava le evidenze necessarie alla ricostruzione della Verità³³⁷, non implica che, dalla titolarità statica del diritto alla prova, ne discenda l'investitura in capo alle parti della stessa equipollente situazione giuridica. La norma racchiude, tutt'al più, «l'aspirazione legislativa verso un quadro di maggior rigore sul piano della legalità»³³⁸ per acconsentire che la funzione giurisdizionale, nel rispetto della sua doverosa imparzialità, possa estrinsecarsi nella acquisizione di una conoscenza per la decisione attraverso delle prove proposte su iniziativa di parte e non più sulle proprie ricerche³³⁹. La dottrina ha ritenuto che «il diritto alla prova implica, per chi ne è titolare, non solo il diritto all'ammissione di un esperimento probatorio rilevante su un oggetto di prova verosimile e pertinente, ma anche quelli alla

Per una definizione del principio dispositivo trasposto nel processo penale, v. C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, cit., p. 351, per cui «il potere dispositivo sta ad indicare il fenomeno in virtù del quale determinati effetti giuridici derivano da una manifestazione di volontà di un soggetto, nel senso che alla manifestazione di volontà (dispositiva) sono direttamente collegati gli effetti giuridici che vengono ad esistenza».

³³⁷ Su questo particolare aspetto per la comparazione storica, fra gli altri, v. R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, pp. 5-6; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, p. 177; E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., pp. 28-29; T. RAFARACI, *I poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale*, in *Indice penale*, 2010, p. 196.

³³⁸ V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, G. Conso e V. Grevi, VI ed., 2012, cit., p. 300. In generale sul tema non possono, per tutti, non richiamarsi le riflessioni di M. NOBILI, *Il 'diritto delle prove' ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 2010, p. 381.

³³⁹ Per tutti, si vedano le ricostruzioni operate sull'argomento da R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 3.

sua effettiva assunzione in contraddittorio ed alla valutazione dei suoi esiti»³⁴⁰.

Se in capo alla difesa l'art. 190 c.p.p. sostanzia l'esigenza di difendersi provando in vista del riconoscimento della innocenza, risultato riconducibile all'esplicazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 comma 2 Cost.³⁴¹, sul versante opposto, la rubrica della disposizione in esame non può proiettare la stessa qualificazione giuridica - in termini di potere - sui comportamenti del pubblico ministero che non è portatore nel processo di un interesse proprio per il quale può essere libero di addurre le prove, ma è investito, come detto, di una situazione di dovere finalizzata a non lasciare che al giudizio indefettibile sul tema obbligato della colpevolezza manchino i necessari elementi di conoscenza. Questa diversità di situazioni soggettive non confligge con la parità tracciata dall'art. 111, comma 2, Cost., intesa quale condizione necessaria in cui devono esser poste le parti, senza che ciò implichi la perfetta uguaglianza su un piano di simmetria. La parità costituzionale fra le parti «postula, invece, che nel momento del confronto dialettico processuale alle parti sia riconosciuta la 'parità delle armi', nel senso che i rispettivi poteri e i doveri siano reciprocamente bilanciati»³⁴².

³⁴⁰ G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 325. Tuttavia, sul tema di ampissimo respiro, v anche M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, pp. 102 ss.; E. F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici sul «diritto alla prova»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 162; D. SIRACUSANO, *Prova. III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2003, pp. 4 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 60 ss.

³⁴¹ Su questa connessione fra le fonti e le situazioni soggettive, v., per tutti L.P. COMOGLIO, *Sub art. 24*, in AA. VV., *Commentario delle Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili. Artt. 24-26*, cit., p. 63.

³⁴² O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 249. Analogamente, sul tema, v. anche P. FERRUA, *Il giusto*

È del tutto intuitivo che, lasciando nella libera scelta dell'attore pubblico l'opportunità dispositiva di introdurre o meno le prove a carico, si lascerebbe campo libero al fallimento dell'accertamento cognitivo sul fatto e, dunque, non solo si aggirerebbe il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, ma si lascerebbe buon gioco anche per eludere il principio di uguaglianza sulla base di scelte discrezionali al limite della irrazionalità.

Ciò che è vietato al momento dell'azione, non può, per le medesime ragioni, essere consentito nel momento della prosecuzione dell'azione stessa, pena la palese violazione del combinato disposto degli art. 3 e 112 Cost.

Non c'è invece da stupirsi se il pubblico ministero, dopo aver pienamente adempiuto al suo dovere di prova, nella requisitoria conclusiva richieda l'assoluzione dell'imputato, come avvenuto, ad esempio, nel noto caso Cappato³⁴³. Il dovere di prova del pubblico accusatore, come per l'onere della prova incombente sull'attore del

processo, cit., p. 102 per il quale «si può essere pari anche disponendo di armi diverse, purché appropriate alla funzione esercitata».

Sul tema anche Corte Cost., ord. n. 421 del 21 dicembre 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4006 ha sancito che «il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: infatti una disparità di trattamento può risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia».

³⁴³ La vicenda giudiziaria è nota, così come lo sono gli atti del processo pubblicati sulla rivista *Diritto penale contemporaneo*. Soltanto per dei cenni, si menziona che, al termine delle indagini preliminari, il p.m. aveva richiesto l'archiviazione, sulla quale v. P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2017, *passim*. Tuttavia, il G.i.p. ha rigettato la richiesta di archiviazione e respinto la questione di costituzionalità sollevata dalle parti sull'art. 580 c.p., imponendo ai p.m. di formulare l'imputazione coatta nei confronti dell'imputato su cui v. ancora P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, fasc. 7-8, 2017, *passim*.

processo civile, comporta che il soggetto investitone, qui doverosamente liberamente, è tenuto soltanto ad introdurre nel processo i mezzi di prova a sostegno della proposizione che intende dimostrare, avendo soltanto un *evidential burden*³⁴⁴, ma con ciò non può vincolare il risultato gnoseologico - *the proof* - che si potrà raggiungere soltanto in seguito all'ottenimento dei risultati di prova, spesso diversi da quelli sperati, e alle attività di confutazione selettiva, secondo il metodo del contraddittorio nonché per intervento del giudice ai sensi dell'art. 506 c.p.p.³⁴⁵.

³⁴⁴ Sul quale A. STUMER, *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspective*, Oxford, 2010, p. 16 ha osservato che «*the mechanism of an evidential burden is a convenient and efficient method of narrowing the matters in issue in a criminal trial. The party carrying the evidential burden with respect to any issue is required to ensure that sufficient evidence is before the court to raise that issue. If the evidential burden is not discharged, the fact finder need to consider that issue. A jury, for example, need concern itself with a question of fact only if the judge has determined that it is a live issue fit and proper to be left to the jury. This has the effect of focusing the attention of the fact-finder on the matters that are shown to be relevant on the evidence. Since it is the judge who decides whether the evidential burden has been satisfied, the burden has been describe as the duty of 'passing the judge'*».

Fra la letteratura anglosassone sull'argomento, v. J. FLEMING, *Burden of proof*, in 47 *Virginia Law Review*, 1961, n. 51, p. 55; G. FLETCHER, *Two kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, in 77 *The Yale Law Journal*, 1968, n. 5, pp. 880 ss.; R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on evidence*, Oxford, 2013, pp. 74 ss.; R. MUNDAY, *Evidence*, Oxford, 2013, pp. 60 ss.; B.D. UNDEWOOD, *The Thumb on the scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, in 86 *The Yale Law Journal*, 1977, n. 7, p. 1299.

Cfr. E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., pp. 33-34; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 238, nota 122; G. VARRASO, *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*, cit., pp. 5, 10; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2006, p. 261

³⁴⁵ Su questo aspetto, per tutti, in seguito alla novella intervenuta ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479 si rinvia a G. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 580 e P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 249.

Il proponente del mezzo probatorio, in altre parole, non potrà avanzare nessun'ipoteca sul valore della prova³⁴⁶ che si andrà a formare, né avrà per essa nessun dovere di persuasione - *burden of proof* - del giudice³⁴⁷. La formazione della prova richiede un vero e proprio procedimento specifico³⁴⁸, scandito per fasi, in cui attraverso l'allegazione delle liste testimoniali (art. 468 c.p.p.), prima,

³⁴⁶ Per definire il concetto si richiama, per tutti, la definizione trasversale di "prova" offerta da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 416, per cui «[essa] è un fattore o un elemento di conoscenza che entra in un procedimento complesso, orientato verso la formulazione di un giudizio finale relativo all'attendibilità di un'asserzione [...] sui fatti rilevanti per la decisione».

³⁴⁷ Per il *burden of proof*, fra l'ampia letteratura anglosassone sul tema, v. J. FLEMING, *Burden of proof*, in 47 *Virginia Law Review*, cit., p. 51 ss.; G. FLETCHER, *Two kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, in 77 *The Yale Law Journal*, cit., pp. 889 ss.; A. STUMER, *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspective*, pp. 9 ss.; B.D. UNDEWOOD, *The Thumb on the scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, in 86 *The Yale Law Journal*, cit., pp. 1299 ss.

³⁴⁸ Sulla definizione del concetto di procedimento probatorio F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 52, ha affermato che «il fenomeno probatorio si scinde in due aspetti: uno oggettivo, legato a cose od a persone, delle quali si dispone nel processo secondo le prescrizioni della legge; l'altro confinato nel mondo interiore dell'*homo judicans*. In primo luogo, si agisce sulla realtà sensibile con una trama d'operazioni intese a una serie d'eventi, l'ultimo dei quali è psichico; poi si svolge il filo di laboriose movenze inventive e sillogistiche, intese a fissare le 'le proposizioni protocollari' della decisione sulla *quaestio facti*; nel primo stadio si acquisisce e nel secondo si valuta la prova». Sui passaggi che pongono la sequenza probatoria si v., fra gli altri, anche E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in violazione di un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, p. 871; E. AMODIO, *Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 325; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 556 ss.; L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, 2007, pp. 71 ss.; C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2004, pp. 697 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 122 ss.; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 517; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., pp. 65 ss.; R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997, p. 2; G. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914, pp. 3-4; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 62 ss.; G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., pp. 317 ss.; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 52.

e con le richieste di prova (art. 493 c.p.p.), poi, una volta ammesse, si consegna al giudizio, un materiale cognitivo da cui si formeranno i risultati di prova per opera delle virtù maieutiche del contraddittorio.

Come nel processo civile, anche in quello penale trova applicazione il principio di acquisizione probatoria³⁴⁹, per cui, una volta ammessi e assunti i mezzi di prova, «essi sono sottratti alla disponibilità di chi li ha richiesti per divenire patrimonio comune delle parti e del giudice»³⁵⁰.

La portata del principio dispositivo è seriamente messa in discussione della diversità delle situazioni giuridiche che nel processo penale involgono le parti, ma è altresì minata dai poteri probatori riconosciuti al giudice. Come nel processo civile, dove il principio dispositivo è stato idealmente «denudato delle sue vesti di regola assoluta»³⁵¹ per opera, fra gli altri meccanismi derogatori, degli *officia iudicis*, nel rito penale i ben più ampi poteri di acquisizione del giudice descritti dall'art. 507 c.p.p. pongono ancor più profonde criticità.

5. I poteri probatori del giudice.

Il processo penale si ispira a una struttura triadica, o più opportunamente triangolare, voluta dall'art. 111 comma 2 Cost., dove «accusa e difesa, in condizioni di parità, sono collocate

³⁴⁹ Di esso si è ampiamente parlato, nel processo civile, *supra* cap. II § 4, pp. 99-100, nota 222.

³⁵⁰ Così, fra gli altri, secondo A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in AA. VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 5. Cfr. G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 16 ss.

³⁵¹ Così, *supra* cap. II, § 4, p. 108-109.

idealmente agli estremi della base di un triangolo equilatero dinanzi al giudice che, per essere equidistante dalle parti, ossa terzo e imparziale, siede al vertice del triangolo»³⁵² in modo che «concorrano tutti a realizzare la giurisdizione»³⁵³.

In linea puramente teorica, per coniugare il metodo dialettico al principio dispositivo puro, l'organo giudicante dovrebbe rivestire «la posizione d'un impassibile spettatore»³⁵⁴. Ma se così non è nemmeno nel rito civile, considerati i poteri probatori, anche se ben più limitati, concessi al giudice, nelle coordinate epistemologiche del processo penale la morfologia sintattica, nonché semantica, dell'art. 507 c.p.p.³⁵⁵ si pone come una soluzione mediana fra gli antipodi ideali rappresentati dal principio dispositivo assoluto e quello proveniente dal sopravvissuto inconscio inquisitorio, garantendo, in

³⁵² La raffigurazione geometrica del processo menzionata si deve a O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, cit., p. 57.

³⁵³ G.D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1988, p. 39.

³⁵⁴ L'espressione è di F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 191.

³⁵⁵ Su di esso, per tutti, un'esegesi della disposizione è stata proposta da G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel "sistema accusatorio" del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1989, pp. 387 ss.

In generale sull'argomento, cfr., R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., pp. 37 ss.; H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2005, pp. 155 ss.; L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, 2007, pp. 83 ss.; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, pp. 160 ss.; A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., pp. 131 ss.; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, pp. 117 ss.; C. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, pp. 28 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 286 ss.; P. ICHINO, *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 697 ss.; E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., pp. 219 ss.; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, pp. 219 ss.; G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., pp. 280 ss.; A. SCCELLA, *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1212 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 140 ss.; F. VERGINE, *Sistema delle prove e interventi del giudice*, Bari, 2008, pp. 296 ss.

argine a quest'ultimo, l'accuratezza legale dell'indefettibile accertamento sulla colpevolezza³⁵⁶.

Cionondimeno, la norma pone diversi temi critici per le manipolazioni interpretative a cui è stata esposta nel corso del tempo, prima, per opera della Cassazione³⁵⁷ e poi della Corte Costituzionale³⁵⁸.

³⁵⁶ In merito a questa funzione politica nonché ideologica che l'art. 507 c.p.p. esplica nel sistema, G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 282 ha ritenuto che «l'intervento probatorio del giudice è legittimato [nella misura in cui] si incanala nelle linee di tendenza ideali di un moderno processo, nel quale la scelta della dialettica dibattimentale e il metodo orale 'temperato', nonché l'equilibrio tra valore persuasivo delle prove e libero convincimento del giudice non consentono un principio dispositivo in materia di prove come potere esclusivo per le conoscenze del giudice». Di simile opinione anche P. BRONZO, *Il "principio dispositivo in tema di prova" nel processo penale*, cit., p. 419 per cui «il coinvolgimento del giudice nella selezione probatoria è frutto di un'opzione dettata da criteri di 'opportunità tecnica' e da considerazioni relative alla migliore conoscenza dei fatti. Se lo scontro tra le parti è epistemologicamente fruttuoso, ciò non implica tuttavia che la selezione del materiale per la decisione possa essere *in tutto* rimessa ai contendenti».

³⁵⁷ Chiaramente ci si riferisce a Cass., Sez. Un., sent. n. 11227 del 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 280 ss. oltre che, fra le altre, a ID., sez. I, sent. n. 5549 del 28 dicembre 1999, Paternò, Rv. n. 215016; ID., Sez. Un., sent. n. 41281, del 18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, 2, p. 86; ID., sez. I, sent. n. 3979, del 28 novembre 2013, Milano, Rv. n. 259137.

V. i commenti di segno adesivo di A. BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 1370 ss.; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, *ivi*, p. 286; L.G. LOMBARDO, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 1268 ss.; F. ROMANO BAROCCI, *L'art. 507 c.p.p. nell'interpretazione delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 17.

Invece, per osservazioni critiche v., fra gli altri, E. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2942 ss.; H. BELLUTA, *Irripetibilità congenita degli atti di indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento non proprio chiarificatore*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1079 ss.; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., pp. 1065 ss.; G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Giurisprudenza e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*, Roma, 1993, p. 384; L. MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, *ivi*, 1993, pp. 829 ss.; D. MORETTI, *Il potere probatorio integrativo del giudice: da*

In base allo statuto giurisprudenziale, il potere istruttorio del giudice, ben al di là di quanto la lettera della disposizione ammetta, può essere esercitato tanto in merito a prove non tempestivamente dedotte dalle parti, quanto nel caso in cui sia mancata qualsiasi acquisizione probatoria per assoluta negligenza del pubblico ministero (sebbene si faccia riferimento generale alle parti).

Il tenore letterale della disposizione recita, invece, che, «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova»³⁵⁹.

accezione a regola, in *Critica al diritto*, 1992, n. 6, pp. 25 ss.; T. RAFARACI, *I poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale*, cit., pp. 214 ss.; C. VALENTINI REUTER, *La corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 943 ss.

Per una ricostruzione recente della problematica cfr. E. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, cit., pp. 223 ss.; nonché L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, 2007, pp. 177 ss.

³⁵⁸ Qui invece ci si riferisce a Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901 con nota di G. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale, ovvero: ritorno al futuro*, *ivi*, pp. 919 ss., e di C. VALENTINI REUTER, *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507*, *ivi*, pp. 922 ss.

Sulla pronuncia cfr. le analisi offerte, fra gli altri, da M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Milano, 1994, pp. 193 ss.; P. GAETA, *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Questioni giustizia*, 1993, pp. 557 ss.; A. GIARDA, «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 889 ss.; E. RANDAZZO, *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni unite e della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2236 ss.; C. ZARA, *Principio di legalità e implicazioni processuali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1993, I, pp. 334 ss.

³⁵⁹ Per dei commenti alla norma, definita da R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 110 come «la pietra angolare della misura dell'ingerenza probatoria del giudice», cfr. L. CARACENI, *Sub art. 507*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e G. Illuminati, cit., pp. 2287 ss.; D. MANZIONE, *Sub artt. 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., pp. 377 ss.; S. CORBETTA, *Sub art. 507*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, cit., pp. 2427 ss.

In un contesto in cui le modalità per l'introduzione della prova sono regolate con un regime di preclusioni rigide in capo alle parti, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., la grammatica dell'art. 507 c.p.p. propone allora ben due temi critici: dapprima, spinge l'interprete a domandarsi quale significato debba attribuirsi all'espressione "nuovi mezzi di prova", e, in seconda battuta, cosa debba intendersi con l'inciso "terminata l'acquisizione delle prove".

In ordine al primo annoso quesito, si sgombera subito il campo dalle incertezze, aderendo a quella dottrina orientata a ritenere che, nel solco tracciato dalle Sezioni unite, per "prova nuova" debba intendersi «quella non acquisita, indipendentemente dai motivi della mancata acquisizione [dal momento che] la decadenza delle parti dal diritto alla prova non incide sul potere suppletivo del giudice, perché quella che diventa inammissibile a norma degli artt. 468 e 493 c.p.p. non è la prova ma la richiesta»³⁶⁰.

Al secondo interrogativo, invece, l'interpretazione giurisprudenziale ha risposto ritenendo che «se l'art. 507 c.p.p. è stato aperto con le parole 'terminata l'acquisizione delle prove' è solo per fissare questa sequenza: l'iniziativa suppletiva del giudice per svolgersi correttamente deve seguire l'attività probatoria delle parti che ha carattere primario»³⁶¹. Su tale soluzione, si è osservato come «la *ratio* dell'art. 507 c.p.p. è di assicurare alle parti la priorità nella produzione delle prove, non di subordinare l'intervento del giudice alla circostanza che quel diritto sia stato effettivamente esercitato.

³⁶⁰ P. FERRUA, *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., p. 1068 a cui si rinvia per la ricostruzione dell'intero ragionamento sotteso a questa conclusione.

³⁶¹ Così nella motivazione di Cass., Sez. Un., sent. n. 11227 del 6 novembre 1992, Martin, cit., p. 284.

Altri argomenti a sostegno della medesima conclusione si ricaverebbero dal sistema dei controlli organizzati a tutela dell'obbligo di esercitare l'azione penale [considerato che] *res iudicanda* e potere istruttorio - dicono le Sezione Unite citando Cordero - sono correlati: dove una sia indisponibile, l'altro compete in qualche misura al giudice; se no la situazione dipenderebbe indirettamente dalle parti»³⁶².

Quest'ultimo passaggio logico, rispolverando antichi argomenti dal retrogusto inquisitorio, conduce all'affermazione secondo cui «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (sentenza n. 255 del 1992), e che ad un ordinamento improntato sul principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) - che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate - nonché al connesso principio di obbligatorietà dell'azione penale (cfr. sentenza n. 88 del 1991) non sono norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione (cfr. la sentenza n. 255 del 1992)»³⁶³.

³⁶² P. FERRUA, *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezione unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., p. 1069, il quale condivide questa soluzione, sostenendo che «chi esclude l'intervento del giudice in assenza di acquisizioni probatorie, lo esclude naturalmente tanto per le prove dalle quali le parti sono decadute quanto per le prove 'sopravvenute' nel corso del dibattimento. Ma nessuna norma vieta al giudice di appello di provvedere, d'ufficio o su istanza di parte, ad assumere nuove prove, anzi lo ammette espressamente l'art. 603 c.p.p.; e anche a ritenere inammissibile le prove non tempestivamente dedotte, certamente non si potrebbe estendere la conclusione al caso di prove 'sopravvenute' nel corso del giudizio di primo grado, quando nessuna negligenza può imputarsi alle parti». Cfr. F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, 1990, p. 575.

³⁶³ Testualmente così Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, cit., p. 915.

Con la forza del grimaldello ideologico della ricerca della verità, la Corte costituzionale ha affermato che il giudice del merito può supplire integralmente all'attività del pubblico ministero che, non avendo depositato la lista testimoniale nei termini imposti dalla legge, è decaduto dall'onere, *rectius* si è sottratto al dovere, di addurre in giudizio le prove a carico dell'imputato.

La sentenza rivendica questa soluzione senza curarsi troppo delle ricadute sui principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale. Al contrario, si afferma che escludere il potere officioso del giudice significherebbe tradire «la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale»³⁶⁴.

La Corte costituzionale, nel suo furore ideologico, non si avvede però che tale impostazione non tiene in alcun conto la funzione assoluta dall'art. 507 c.p.p., nei limiti imposti dal legislatore, per garantire lo statuto costituzionale del giudice in cui, oltre alla naturalità e alla precostituzione disciplinate dall'art. 25 Cost., sono prescritti i requisiti della terzietà e dell'imparzialità (art. 111 comma 2 Cost.).

Contrariamente al ragionamento delle Corti, l'ampiezza dei poteri probatori del giudice non può essere determinata dallo scopo della ricerca della verità, il fine non può giustificare la portata dei mezzi. Piuttosto, la dimensione dell'intervento officioso deve essere parametrata coerentemente alle regole poste a garanzia di un accertamento di carattere legale, nonché giusto, in ossequio all'art.

³⁶⁴ Ancora, nelle parole di Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993, cit., p. 916.

111 comma 2 Cost., in grado di scandire, come visto, le sequenze per la formazione del libero convincimento del giudice nel più ampio rispetto sì del fine cognitivo, ma al contempo anche dei principi di un processo di parti pur sempre tendenzialmente accusatorio.

Dal momento che la portata del principio di obbligatorietà dell'azione penale si riverbera sul giudizio, prescrivendo un dovere per il pubblico ministero di addurre i mezzi di prova in suo possesso³⁶⁵, senza coinvolgere il giudice che non è destinatario della previsione costituzionale, l'art. 507 c.p.p dovrebbe essere inteso nel senso limitato di ammettere l'intervento giurisdizionale sul quadro probatorio soltanto nella misura in cui, al termine dell'istruttoria, considerata non come criterio temporale, ma come l'avvenuto espletamento del contraddittorio probatorio, il giudice ritenga assolutamente necessaria l'assunzione di un nuovo mezzo di prova il cui esito si presenta decisivo in ordine all'assoluzione dell'imputato.

Nell'accertamento penale, infatti, come più volte ribadito, il tema della decisione è obbligato: esso non può concernere la concorrenza fra la colpevolezza e l'innocenza dell'imputato. Quest'ultima, in virtù dell'art. 27, comma 2, Cost. deve essere in ogni caso presunta. Pertanto, soltanto laddove il giudice ritenga che non sia stato

³⁶⁵ Su tale punto, P. FERRUA, *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, cit., p. 1080 ha osservato come «si può correttamente ipotizzare che gli interessi generali di giustizia, a cui è preordinata l'azione del pubblico ministero, escludano un regime di disponibilità della prova, se con tale espressione si vuole designare un sistema dove la produzione delle prove sia per la parte pubblica, come per quella privata, puramente facoltativa; vale a dire, frutto di una scelta svincolata da qualsiasi parametro legale, sulla cui base si possa esprimere una valutazione di doverosità».

esaurito un tema di prova a discarico della responsabilità dell'inquisito, potrà disporre d'ufficio l'acquisizione della prova nuova.

Diversamente, quando il ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'incolpato non è stato fugato, il giudice non potrà intervenire in supplenza del dovere del pubblico ministero, a meno che non siano state le parti a richiederlo, finendo altrimenti per invadere il campo dell'accusa, la cui funzione requirente è stata faticosamente separata da quella giudicante.

Del resto, questa interpretazione trova precisa conferma nella corrispondenza con la stessa ampiezza di poteri riservati al giudice dell'udienza preliminare in base all'art. 422 comma 2 c.p.p.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991.
- AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987.
- AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005.
- AA. VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007.
- AA. VV., *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Inciampo e A. Scalfati, Bari, 2017.
- AA. VV., *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985.
- AA. VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015.
- AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991.
- AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000.
- AA. VV., *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di Eco e Sebeok, Milano, 1983.
- AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, 2007.
- AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino, 2018.

- AA. VV., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da M.G. Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1999.
- AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers e E.D. Green, Milano, 2003.
- AA. VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992.
- AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999.
- AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, K. La Regina, E. Mancuso, Padova, 2017.
- AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. (Atti del convegno dell'Associazione degli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998)*.
- AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, Napoli, 2010.
- AA. VV., *Procedura penale*, VI ed., Torino, 2018.
- AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979.
- ABBAGNANO N., *Azione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961.
- ADORNO R., *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012.
- ALESCI T., *Le modifiche delle disposizioni di attuazione in materia di iscrizione della notizia nel registro, di informazioni sull'azione penale e la riorganizzazione dell'ufficio del p.m.*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di T. Bene, A. Marandola, Milano, 2017.
- ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.

ALLEN R.J., *Presumption in Civil Actions Reconsidered*, in 66 Iowa Law Rev., 1981, pp. 843 ss.

ALLORIO E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in violazione di un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, p. 871.

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano, 1957.

AMATO GIUS., *L'inerzia del Pm giustifica l'avocazione da parte del Pg*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, pp. 39 ss.

AMODIO E., *Il modello accusatorio nel nuovo c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989.

AMODIO E., *Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 325.

AMODIO E., *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2942 ss.

AMODIO E., *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, pp. 13 ss.

ANASTASI A., *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 207 ss.

ANDREOLI G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937.

ANDRIOLI V., *Intorno a principi generali della prova nel proc. trib.*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1939, I, pp. 288 ss.

ANDRIOLI V., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Nvss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 276 ss.

ANTOLISEI F., *Il giudice penale e la legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, pp. 465 ss.

APRATI R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010.

- APRATI R., Sub *art. 50*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Tomo I, Milano, 2017.
- ASCARELLI T., *L'astrattezza dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932.
- ASCARELLI T., *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 858 ss.
- AUGENTI G.P., *L'onere della prova*, Roma, 1931.
- AUGENTI G.P., *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile*, Molfetta, 1931.
- AVANZINI A., *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in AA. VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992.
- AZZARITI F.S.-MARTINEZ G., *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943.
- AZZONI G., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991.
- AZZONI G., *Condizioni costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 63, 1986.
- AZZONI G., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988.
- BACONE F., *Of judicature*, in *Essays or Counsels Civil e Moral*, (1625), in *Work of Francis Bacon*, a cura di J. Spedding, Longman, London, 1861, vol. VI.
- BARATTA A., *Ricerche su "essere" e "dover essere" nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005.
- BARBERIS M., *Il diritto come comportamento*, Torino, 1988.
- BARBERO D., *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953.

- BARGI A., L. 23 giugno 2017, n. 103 - *Appendice di aggiornamento al Compendio di Procedura penale*, VIII ed., Padova, 2017.
- BARGIS M., *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso. Ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Milano, 1994.
- BARILE P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987.
- BASSI A., *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 1370 ss.
- BELLAVISTA G.- TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987.
- BELLAVISTA G., *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976.
- BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2005.
- BELLUTA H., *Irripetibilità congenita degli atti di indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento non proprio chiarificatore*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1079 ss.
- BENE T., *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1992, pp. 35 ss.
- BENIGNI E., *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014.
- BENTHAM J., *Teoria delle prove giudiziarie (1823)*, trad. it., I, Bergamo, 1824.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Milano, 2006.
- BERNARDI A., *Commento agli artt. 405-415 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Torino 1990, pp. 508 ss

- BERNARDONI P., *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, fasc. 7-8, 2017.
- BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2017.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTINI A., *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche*, Milano, 1951.
- BERTINI A., *Norma e situazione nella semantica giuridica*, Milano, 1958.
- BETTI E., *Atti giuridici*, in *Nss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, pp. 1505 ss.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, II, Roma, 1936.
- BETTI E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, estr. dall' *Arch. Giur.*, vol. XCIX, fasc. 2, Modena, 1928.
- BETTI E., *Diritto Romano*, I, Padova, 1935.
- BETTI E., *Dovere giuridico (Cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, pp. 5 ss.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955.
- BETTIOL G., *Diritto penale: parte generale*, Palermo, 1945.
- BETTIOL G., *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, vol. I, 1966
- BETTIOL G., *Presunzioni e onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, I, pp. 252 ss.
- BIAVANTI P., *Argomenti di procedura civile*, Bologna, 2011.
- BIGHAM W.H., *Presumptions, Burden of Proof and the Uniform Commercial Code*, in *21 Vand. Law Rev.*, 1968, pp. 177 ss.

- BINDING K., *Le norme e la loro violazione*, Leipzig, 1890.
- BLOCH J., *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1993), trad. it., Torino, 1998.
- BOBBIO N., *Considerazioni in margine*, in *Riv. di filosofia*, LVIII, 1966.
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
- BOBBIO N., *Norma*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.
- BOBBIO N., *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1956.
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- BOLAFFI R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936.
- BORRACCETTI V., *Archiviazione, indagini preliminari e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1989, pp. 569 ss.
- BORSARI L., *Dell'azione penale*, Torino, 1866.
- BORTOLOTTO G., *Saggio di studi sul processo penale secondo il nuovo codice*, Milano, 1915.
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1951.
- BROGGINI G., *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, XI, 1960.
- BRONZO P., *Il "principio dispositivo in tema di prova" nel processo penale*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 2014, pp 419 ss.
- BRUNETTI G., *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913.
- C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio, I, Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio, II, Profili dogmatici comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988.

- CAIANIELLO M., *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, in *Cass. pen.*, 1997, pp 2474 ss.
- CAIANIELLO M., *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione*, Torino, 2003.
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 114 ss.
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965.
- CALAMANDREI P., *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, pp. 27 ss.
- CALAMANDREI P., *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939.
- CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
- CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, Padova, 1930.
- CALAMANDREI P., *Un maestro di libertismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pp. 1 ss.
- CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930.
- CAMMARATA A. E., *La positività del diritto e il valore «pratico» della norma di condotta*, (1925), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Rocca San Casciano, 1962, p. 200.
- CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, 1929.
- CAMMARATA A.E., *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936.

- CAMON A., *Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini*, Torino, 2011.
- CANNADA-BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.
- CANZIO G., *L'”oltre ogni ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 303 ss.
- CANZIO G., *Prova scientifica e ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 3 ss.
- CAPONE A., *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012.
- CAPOROTUNDO F., *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giur. pen., ed. on-line*, 2017, pp. 1 ss.
- CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 556 ss.
- CAPPELLETTI M., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 274 ss.
- CAPPELLETTI M., *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, pp. 303 ss.
- CAPRIOLI F., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, VI ed., Padova, 2012.
- CAPRIOLI F., *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 287 ss.
- CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 54 ss.

- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli, 1994.
- CAPRIOLI F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, pp. 1 ss.
- CAPRIOLI F., *Sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Tomo I, Milano, 2008.
- CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.
- CARACCIOLI I., *Condotta*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1989.
- CARACCIOLI I., *Omissione (dir. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, 2007.
- CARACENI L., *Sub art. 507*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e G. Illuminati.
- CARAVITA B., *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero profili costituzionali*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, pp. 330 ss.
- CARCATERRA G., *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1996.
- CARCATERRA G., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979.
- CARCATERRA G., *Le norme costitutive*, Milano, 1974.
- CARCATERRA G., *Le regole del Circolo Pickwick*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 3, 1995.
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA. VV., *Studi in onore di Redenti*, II, 1966.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Napoli, 1927.
- CARNELUTTI F., *Diritto e Processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Napoli, 1947.

- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1931.
- CARNELUTTI F., *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, pp. 259 ss.
- CARNELUTTI F., *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 185 ss.
- CARNELUTTI F., *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, pp. 17.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARNEVALI U., *Facoltà*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992.
- CARRATTA A., *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRESI F., *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 828 ss.
- CARRIO' G.R., *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. di Filosofia*, LVIII, 1966, pp. 141-155.
- CARULLI N., *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989.
- CASELLI LAPESCHI A., *La «continuità» investigativa delle indagini suppletive tra «completabilità» e «completezza»*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 403 ss.
- CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CASSIBBA F., *L'imputazione e le sue vicende*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Miano, 2016.

CASSIBBA F., *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, t. XXX.1, Milano, 2007.

CASSIBBA F., *La «completezza» e la «concludenza» delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1230 ss.

CASSIBBA F., Sub. art. 405, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, pp. 1777 ss.

CASSIBBA F., *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, in *Arch. pen.*, 2018, pp. 3 ss.

CATAUDELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.

CAVALLA F., *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.

CAVALLA F., *Retorica giudiziale, logica e verità*, in ID., *Retorica, Processo, Verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007.

CAVALLARI V., *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 632 ss.

CAVALLARI V., *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA. VV., *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, pp. 148 ss.

CAVALLARI V., *La restituzione in termini nel sistema processuale penale*, Padova, 1957.

CAVALLONE B., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 861 ss.

CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia. (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 18 ss.

- CAVALLONE B., *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti rilevabili ex officio*, (1968), in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, 1991.
- CECANESE G., *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, Napoli, 2012.
- CENTONZE F., *La corte d'Assise di fronte al "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2003, pp. 673 ss.
- CERRI A., *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998.
- CERRONI U., *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1962.
- CESARI C., *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2004, pp. 697 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 661 ss.
- CESARINI-SFORZA W., *Sul concetto di obbligo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1963, pp. 435 ss.
- CHERIF BASSIOUNI M., *Lineamenti del processo penale*, in E. AMODIO-BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.
- CHIAVARIO M., *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 890 ss.
- CHIAVARIO M., *Il pubblico ministero organo di giustizia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 718 ss.
- CHIAVARIO M., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995.
- CHIAVARIO M., *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1091 ss.
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984.

- CHIAVARIO M., *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Mortari*, Milano, 1977.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960.
- CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, (1903), in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904.
- CHIOVENDA G., *Sulla eccezione*, in *Saggi dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1993.
- CIAMPI S., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont.* ed. on-line del 24 settembre 2014.
- CIAMPI S., *La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 27 giugno 2012;
- CIANI G., *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000.
- CIAVOLA A., *Chiusura delle indagini ed esercizio dell'azione penale*, in AA. VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001.
- CICALA F.B., *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Torino, 1905.
- CICALA M., *Il pubblico ministero e l'azione penale*, in *Doc. giust.*, 1997, pp. 1523 ss
- CLEMONT K.M.- SHERWIN E., *A Comparative View of Standards of Proof*, in *50 Am. J. Comp. Law*, 2002, pp. 243 ss.

- COHEN L.J., *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers e E.D. Green, Milano, 2003.
- COHEN L.J., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano.
- COHEN L.J., *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.
- COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 173.
- COMOGLIO L.P., *Azione e domanda giudiziale*, in *Lezioni sul processo civile*, a cura di Comoglio, Ferri, Taruffo, Bologna, 2007.
- COMOGLIO L.P., *Le Prove civili*, Torino, III, 2010.
- COMOGLIO L.P., *Le prove*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985.
- COMOGLIO L.P., *Sub art. 24*, in AA. VV., *Commentario delle Costituzione*, a cura di G. Branca.
- CONSO G., *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 1958.
- CONSO G., *Atti processuali: b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano.
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.
- CONSO G., *Introduzione alla riforma*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., pp. I-XIII.
- CONSO G., *Natura e funzioni del pubblico ministero*, in *Costituzione e processo penale. Dodici anni di pagine sparse: 1956-1968*, Milano, 1969.
- CONSOLO G., *Le spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2010.

- CONSOLO G., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010.
- CONTE A.G., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1989.
- CONTE A.G., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1982-1994*, Torino, 1995.
- CONTE A.G., *Filosofia del linguaggio normativo. III. Studi 1995-2001*, Torino, 2001.
- CONTE A.G., *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1995.
- CONTE A.G., *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1983.
- CONTE A.G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962.
- CONTI C., *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006.
- CONTI C., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014.
- CONTI G.-MACCHIA A., *Indagini preliminari*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- COPPETTA M.G., *Osservazioni sull'archiviazione del pretore*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, pp. 233 ss.
- CORBETTA S., *Sub art. 507*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher.

- CORDA A., *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defences*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 238 ss.
- CORDERO F., *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958.
- CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato da Franco Cordero*, Torino, 1990.
- CORDERO F., *Considerazioni sul principio di identità sul fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pp. 940 ss.
- CORDERO F., *Diritto*, in *Enciclopedia*, IV, Torino, 1978, p. 967.
- CORDERO F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.
- CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966,
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale. Studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956.
- CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987.
- CORDERO F., *Procedura penale*, XII ed., Milano, 2012.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970.
- CRISCUOLI G., *Diritti facoltativi*, in *Enc. forense*, III, Milano, 1958.
- CRISTIANI A., *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1991.
- CROSS R., *On Evidence*, Sydney, 1986
- D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2406 ss.
- D'ORAZI M., *Le fattispecie di archiviazione*, in *Critica penale*, 1991, pp. 34 ss.

- DAMASKA M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, trad. it. a cura di A. Giussani e F. Rota.
- DANIELE M., *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 815 ss.
- DANIELE M., *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 254 ss.
- DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003.
- DE CARO A., *Presunzione di innocenza, onere probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, pp. 401 ss.
- DE LALLA P., *Il concetto legislativo di azione*, Napoli, 1966.
- DE LEO F., *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 1431 ss.
- DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio*, in *Scuola pos.*, 1965, pp. 36-37.
- DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, IV ed. agg. Da G. D. Pisapia, Napoli, 1966.
- DE MARSICO A., *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1938.
- DE SANTIS A.D., *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 559 ss.
- DEAN G., *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, 1996.
- DEL COCO R., *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Torino, 2008.
- DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. Civ.*, 2004. II, pp. 112 ss
- DEL VECCHIO G., *Lezioni di filosofia del diritto*, Roma, 1953.
- DELITALIA G., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Milano, 1927.

- DENTI V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 22 ss.
- DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 217 ss.
- DI BITONTO M.L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004.
- DI BITONTO M.L., *Richiesta di rinvio a giudizio con capi d'imputazione generici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- DI LUCIA P., *Deontica in Von Wright*, Milano, 1992.
- DI LUCIA P., *L'universale della promessa*, Milano, 1997.
- DI LUCIA P., *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003.
- DIDDI A., *Il dissenso del g.i.p. alla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 240
- DINACCI F.R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003.
- DINACCI F.R., *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, II, pp. 579 ss.
- DINACCI F.R., *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, pp. 147 ss.;
- DOMINIONI O., *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 401 ss.
- DOMINIONI O., *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare* in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989.

- DOMINIONI O., *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in *Udienza preliminare, (atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino 20-22 settembre 1991)*, Milano, 1992.
- DOMINIONI O., *Imputazione (diritto proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica*, Milano, 2005.
- DOMINIONI O., *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979.
- DOMINIONI O., Sub art. 50 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989.
- DOMINIONI O., sub artt. 64-64, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, I, Milano, 1989.
- DOMINIONI O., Sub. art. 179, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, II.
- DONDINA M., *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1964.
- DONINI M., *Critiche dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 698 ss.
- DURANTE V., *Onere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.
- DUSI B., *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche*, in *Studi Senesi*, 1902.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982.
- EGGLESTON R., *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Milano, 2004.
- ESPOSITO E., *L'onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2008, pp. 744 ss.

- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989.
- FABIANI E., *I poteri istruttori del giudice civile*, I, Napoli, 2008.
- FAIGMAN D.L., *Modern scientific Evidence. The law and Science of Expert Testimony*, II ed., St.Paul (Minnesota), 2002, pp. 66 ss.
- FALZEA A., *Capacità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1935.
- FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FANCHIOTTI V., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987.
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Roma-Bari, 2002.
- FASSONE E., *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile" un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1109.
- FASSONE E., *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*, in *Quest. giust.*, 1989.
- FAZZALARI E., *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972.
- FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957.
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- FEDELE P., *Dei precetti ecclesiastici*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940.
- FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Bari, 2007.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921.

- FERRARI G., *Regole costitutive e validità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11, 1980.
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FERRO P.-LUZZI F., *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- FERRUA P., *I poteri probatori de giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1071 ss.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012.
- FERRUA P., *Il giudizio penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005.
- FERRUA P., *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone, III, Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991.
- FERRUA P., *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007.
- FERRUA P., *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, Torino, 2017.
- FERRUA P., *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento, Vol. I*, Torino, 2017.
- FERRUA P., *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 507 ss.
- FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1268 ss.
- FESTA R., *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in AA. VV., *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 1999.

- FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G., *Omissione (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994.
- FILIPPONIO A., *Sulla teoreticità delle norme costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 57, 1980.
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968.
- IORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007.
- IORELLI G., *L'imputazione latente*, Torino, 2016.
- IORE C., *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.
- FLEMING J., *Burden of proof*, in 47 *Virginia Law Review*, 1961, pp. 45 ss.
- FLETCHER G., *Two kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, in 77 *The Yale Law Journal*, 1968, n. 5, pp. 880 ss.
- FLORIAN E., *Delle prove penali*, I, Milano, 1924.
- FLORIAN E., *Diritto processuale penale*, Torino, 1932.
- FONSECA E., Sub art. 50, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Gaito, IV ed., Torino, 2012.
- FORTUNA E., *Gli atti*, in *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1995.
- FOSCHINI G., *Il pubblico ministero in un processo penale a struttura giurisdizionale*, in *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, 1971.
- FOSCHINI G., *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi per Eula*, vol. II, 1957.
- FOSCHINI G., *Sistema del diritto processuale penale*, I, 1956.

- FRAGOLA V., *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Napoli, 1939.
- FRIGO G., *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*, Roma, 1993.
- FROSALI R. A., *Sistema penale italiano. Parte seconda. Diritto processuale penale*, IV, Torino, 1958.
- FROSINI B., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002.
- FROSINI V., *Facoltà*, in *Nvss. dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- FROSINI V., *Situazione giuridica*, in *Nvss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970.
- GAETA P., *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Questioni giustizia*, 1993, pp. 557 ss.
- GAITO A., *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*.
- GAITO A., *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, fasc. X, cc. 513-514.
- GALATI A., *Atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, I, Torino, 1987.
- GALATI A., *Gli atti*, in *Diritto processuale penale*, I, Milano, 1994.
- GALEOTTI S., *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.
- GARBAGNATI E., *La sostituzione processuale*, Milano, 1942.
- GARBOLINO P., *Introduzione*, in AA. VV., *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, a cura di Gurdenfors, Hansson, Sahlin, Milano, 1997.
- GARBOLINO P., *Introduzione*, in L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, 1998

- GARBOLINO P., *Probabilità e prova in un'ottica operativa*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 1000.
- GAROFOLI V., *Presunzione di innocenza e considerazioni di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. (Atti del convegno dell'Associazione degli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998)*.
- GAROFOLI V.-INCAMPO A., *Verità e processo penale*, Bari, 1992.
- GARUTI G., *Chiusura delle indagini preliminari e archiviazione*, in AA. VV., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da M.G. Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1999.
- GASPARINI A., *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, a cura di R. Gambini Musso, Torino, 2009.
- GASPARRI P., *Appunti in tema di validità ed invalidità giuridiche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, pp. 280 ss.
- GAVAZZI G., *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970.
- GAVAZZI G., *L'onere, tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970.
- GAVAZZI G., *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967.
- GIALUZ M., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, K. La Regina, E. Mancuso, Padova, 2017.
- GIALUZ M., *Sub art. 112 Cost.*, in *Commentario breve della Costituzione*, diretto da S. Bartole e L. Bin, Torino, 2006.

- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, 1959.
- GIANNOZZI G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963.
- GIARDA A., «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 889 ss.
- GIARDA A., *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie e accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1305-1306 ss.
- GIORGIANI M., *L'obbligazione*, I, rist., Milano, 1951.
- GIOSTRA G., *Archiviazione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1991.
- GIOSTRA G., *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 2667 ss.
- GIOSTRA G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II, Torino, 1994.
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961.
- GIULIANI A., *Sintesi dei modelli storici delle procedure d'accusa*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991.
- GIULIANI L., *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 250 ss.
- GIULIANI T., *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.
- GIULIANO M., *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952.
- GIUNCHEDI F., *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., tomo I, Torino, 2008.
- GIUSTAPANE A., *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. e soc.*, 2001, *passim*;

- GLOVER R.-MURPHY P., *Murphy on evidence*, Oxford, 2013.
- GODEL K., *Proposizioni formalmente indecidibili dei Principia mathematica e di sistemi affini* (1931), trad. it., in *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, a cura di EV. AGAZZI, Milano, 1961.
- GOLDSCHMIDT J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlino, 1925.
- GONSETH F., *La preuve dans les sciences du réel*, in *Rev. intern. phil.*, 1954, pp. 29 ss.
- GRAHAM M., *Federal Rules of Evidence*, VI ed., St.Paul (Minnesota), 2003.
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973.
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 596 ss.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio, La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GREVI V., *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 4, p. 1280 ss.
- GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo penale nel sistema costituzionale*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni (Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998)*, Milano, 2000.
- GREVI V., *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, G. Conso e V. Grevi, VI ed., 2012.
- GREVI V., *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 493 ss.
- GRICE P., *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, 1989.

- GRISPIGNI F., *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945.
- GROSSO D., *L'udienza preliminare*, Milano, 1991.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949.
- GUARNERI G., *Azione penale (dir. proc. pen.)*, in *Nvss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968.
- GUARNERI G., *Regindicata (diritto processuale penale)*, in *Nvss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968.
- GUARNERI G., *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939.
- GUARNIERI G., *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939.
- GUASTINI R., *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*.
- GUASTINI R., *Disposizione vs. Norma*, in *Giur. cost.*, 1989, II, pp. 3 ss.
- GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1993.
- GUASTINI R., *Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1986.
- GUASTINI R., *Obbligo giuridico*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, I, 1, Milano, 1998.
- GUASTINI R., *Teorie delle regole costitutive*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 4, 1983.
- GULSON J.R., *The philosophy of Proof*, London, 1923.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto (1961)*, trad. it. a cura di M. Cattaneo, Torino 1965.

HEINSEBERG W., *Natura e fisica moderna* (1955), trad. it., Milano, 1985.

HEISENBERG W., *La fisica dei nuclei atomici* (1949), trad. it., Firenze, 1952.

HEISENBERG W., *La teoria dei colori di Newton e Goethe alla luce della fisica moderna* (1941), in ID., *Mutamenti nelle basi della scienza* (1942), trad. it., Torino, 1944.

HEYDON J.D., *Evidence*, Sydney, 1986.

HOHFELD W.N., *Concetti giuridici fondamentali* (1923), a cura di M. Losano, Torino, 1969.

IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 286 ss.

IACOVIELLO F., *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3870 ss.

ICHINO P., *Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 697 ss.

ILLUMINATI G., *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999.

ILLUMINATI G., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXIV, 1991.

INZERILLO G., *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2005.

IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico, obbligo-onere*, Napoli, 1973.

IRTI N., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.

IRTI N., *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965.

- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Ius*, 1967.
- JAZZETTI A.-PACINI M., *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale. Il libro II del c.p.p.: atti, notificazioni, termini, invalidità*, Milano, 1993.
- JORI M., *In margine all'ultimo Conte*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1986.
- JORI M.-MAZZARESE T., *Metaregole*, in *Nuova civiltà delle macchine*, 3, 1985.
- JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probatam, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1497 ss.
- KALB L., *La nuova disciplina in materia di archiviazione nel ridisegnato procedimento per le indagini. I rimedi avverso la nullità del provvedimento*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*.
- KALINOWSKI G., *Introduzione alla logica giuridica* (1965), trad. it. a cura di M. Corsale, Milano, 1971.
- KANT E., *La fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di P. Chiodi, 1997.
- KANT I., *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen*, Konisberg, 1880, trad. it. a cura di L. Amoroso, 1984.
- KAYE D.H., *Abbiamo bisogno d'un calcolo del peso probatorio per comprendere la prova oltre ogni ragionevole dubbio?*, in AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers e E.D. Green, Milano, 2003.
- KELSEN H., *Causalità ed imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, trad. di R. Treves.
- KELSEN H., *Il problema della giustizia* (1960), trad. it., Torino, 1998.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1952, trad. it., a cura di S. Cotta e G. Treves, Vicenza, 1963.

KELSEN H., *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M. Torre, Torino, 1985.

KOSTORIS R. E., *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg., Roma, 1997.

KOSTORIS R.E. , *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997.

KOSTORIS R.E., *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3184 ss.

KOSTORIS R.E., *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrelevanza del fatto"*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996.

LAVARINI B., *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009.

LENER A., *Potere e potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

LEONE G., *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959.

LEONE G., *Degli atti processuali*, in *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, diretto da U. Conti, I, Milano, 1937.

LEONE G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1949.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1961.

LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1916,

LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1916.

LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950.

- LIEBMAN E. T., *L'opera scientifica di J. Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 328 ss.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.
- LIEBMAN E.T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 449 ss.
- LOMBARDO L.G., *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 1268 ss.
- LORENZETTO E., *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 6, pp. 1072 ss.
- LORINI G., *Il senso e la norma*, Torino, 2016.
- LOZZI G., *Atti processuali: II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988.
- LOZZI G., *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, XI, ed., 2017.
- LUNGHINI G., *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcileri e C.E. Paliero, I, Milano, 2006.
- LUPACCHINI T.T., *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1992, fasc. III, c. 550.
- LUPARIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1751 ss.
- M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

- M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, pp. 143 ss.
- MADDALENA M., *Azione penale, funzioni e strutture del pubblico ministero: prospettive di riforma ordinamentale*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*.
- MAFFEO V., *Imputazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Aggiornamento, XIV, 2008.
- MAIORCA C., *Fatto giuridico-fattispecie*, in *Nss. dig. it.*, VII, Torino, 1961.
- MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.
- MANCUSO E., *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis e G.P. Voena, XXXIII.1, Milano, 2017.
- MANCUSO E.M., *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis e G.P. Voena, XXXIII.1, Milano, 2017.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 1997.
- MANZIONE D., *Sub artt. 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Torino, 1990.
- MARAFIOTI L., *Inazione e forme abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero*, in AA. VV., *Inazione, controlli, esecuzione*. (Atti del convegno in ricordo di Giovanni Dean), a cura di C. Fiorio, R. Fonti e M. Montagna, Pisa, 2017.
- MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 829 ss.
- MARAFIOTI L., *Limiti costituzionali all'esercizio «improprio» dell'azione penale negli Stati Uniti d'America: i divieti di selective prosecution e di*

- Vindictiveness in charging, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991.
- MARAFIOTI L., *Termini e verifiche per le scelte del pubblico ministero*, in *Arch. n. proc. pen., Num speciale*, 2017, pp. 8 ss.
- MARANDOLA A., *Termini per l'esercizio dell'azione penale e avocazione del procuratore generale*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017.
- MARTUCCI A., *Sulla teoria del rapporto giuridico processuale penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942.
- MARZADURI E., *Azione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, Roma, 1996.
- MARZADURI E., *Come cambia il rito*, in *Guida dir.*, 2017.
- MARZADURI E., *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, Napoli, 2010.
- MARZADURI E., *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.; Regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010.
- MARZADURI E., *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010.
- MARZADURI E., *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992.
- MARZADURI E., *L'ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l'interprete delle norme processual-penalistiche: la ricerca di una soluzione*

ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.p., in *Arch. pen.*, 2015.

MARZADURI E., *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il ponte*, 1998, fasc. 2-3, p. 89; M. MONTAGNA M., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in AA. VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007.

MASI A., *Sub art. 50*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, II, Padova, 2015.

MASSA C., *Atti processuali penali*, in *Enc. forense*, Milano, 1958.

MASSA C., *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961.

MASSARI E., *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, I, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1932.

MAZZA O., *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014.

MAZZA O., *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, VI ed., Torino, 2018.

MAZZA O., *Il Garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011.

MAZZA O., *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, *Criminalia*, 2012, pp. 357 ss.

MAZZA O., *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare (2008)*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2012.

MAZZA O., *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 39 ss.

MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, VII. 1, Milano, 2004.

MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.

- MAZZA O., Sub *art. 533*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e G. Illuminati, II, Padova, 2015.
- MAZZA O., Sub *art. 66 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti e P. Veneziani, Torino, 2010.
- MAZZA O., *Una deludente proposta in tema di presunzione di innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014.
- MAZZA O., *Verità reale e Verità processuale*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2004.
- MAZZARESE T., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1992.
- MCNAUGHTON J.T., *Burden of Production of Evidence: a Function of the Burden of Persuasion*, in *68 Harv. Law Rev.*, 1955, pp. 1382 ss.
- MELCHIONDA A., *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969.
- MESSINA G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1948.
- MESSINA G., *Diritti potestativi*, in *Nuovo digesto it.*, IV, Torino, 1981.
- MESSINA G., *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914.
- MESSINA S., *Diritti potestativi*, in *Nuss. dig. it.*, IV, Torino, 1981.
- MESSINA S., *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954.
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1966.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 114 ss.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.
- MODUGNO F., *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

- MONACO G., *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003.
- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 189 ss.
- MORETTI D., *Il potere probatorio integrativo del giudice: da accezione a regola*, in *Critica al diritto*, 1992.
- MORGAN E.M., *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation*, New York, 1956, pp. 70 ss.
- MORTARI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed. Padova, 1962.
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.
- MUNDAY R., *Evidence*, Oxford, 2013.
- MURA A., *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004.
- NAGEL E. -NEWMAN J.R., *La prova di Godel (1958)*, trad. it., Torino, 1974.
- NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1948.
- NEGRI D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.
- NEPPI MODONA G., *Sub art. 112 Cost.*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987.
- NOBILI M., *Art. 25, 1 comma*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili, artt. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981.
- NOBILI M., *Il 'diritto delle prove' ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Torino, 2990.
- NOBILI M., *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989.

- NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.
- NOBILI M., *Spunti per un dibattito sull'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, II, 1978.
- NOBILI M., *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 82 ss.
- NOBILI M., *Un "quarto potere"?*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale. (Atti del Convegno di Modena, 27 aprile 1996)*, a cura di M. Tirelli, Milano, 1998.
- NORMANDO R., *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, Torino, 2000.
- NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, pp. 433-439.
- OFFIDANI A.M., *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, 1953.
- OKASHA S., *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006.
- OLIVECRONA K., *L'imperativo della legge*, in *Jus*, (5), 1954, pp. 451-468.
- OPOCHER E., *Giustizia: I) giustizia (fil. del dir.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- ORESTANO G., *Azione (L'azione in generale - Storia del problema)* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- ORIANI R., *Eccezioni*, in *Dig. disc. civ.*, VII, Torino, 1991.
- ORLANDI R., *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano, 2000.
- ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*.

- ORLANDI R., *La reg giudicanda penale nelle fasi preistruttoria e istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 555 ss.
- ORLANDI R., *Recensione a J. Whitman, The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010.
- P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995.
- PAGLIARO A., *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967.
- PALERMO A., *Obbligo giuridico*, in *Nss. dig. it.*, Torino, XI, 1965.
- PALERMO A., *Onere*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- PALIERO C.E., *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, pp. 72 ss.
- PANNAIN R., *Le sanzioni degli atti processuali penali*, I, *Dottrina*, Napoli, 1933.
- PANZAVOLTA M., *L'imputazione difettosa nel decreto che dispone il giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 362 ss.
- PATTI S., *Delle prove. Artt. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015.
- PATTI S., *Le prove. Parte generale*, Milano, 2010.
- PAULESU P.P., *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002.
- PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 188.
- PELIZZI G.L., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967.
- PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938.

- PERCHINUNNO V., *Imputazione (capi di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1;
- PERELMAN C., *La giustizia* (1945), trad. it., Torino, 1991.
- PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale (1929)*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.
- PETROCELLI B., *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Arch. pen.*, 1947.
- PETROCELLI G., *Il delitto tentato*, Padova, 1966.
- PIEMONTESE V., *Il principio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, pp. 757 ss.
- PIERGALLINI C., *La regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, 2007.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.
- PISANI M., *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro. pen.*, 1965, pp. 1 ss.
- PISAPIA G., *Primi appunti sui concetti di azione e giurisdizione nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991.
- PISAPIA G.D., *Compendio di procedura penale*, Padova, 1988.
- PIZZI W. T., *The perfect storm: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti D'America* in *The prosecutor in Transnational Perspective* a cura di M. Wade e E. Luna, Oxford, 2012, traduzione a cura di M. Montagna.

- PIZZORUSSO A., *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979.
- POHLE R., *Zur Beweislast im internationalen Recht*, in *Festschrift für Dolle*, Tübingen, 1963.
- POLLASTRO P., *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, Genova, 1983.
- POPPER K. R., *Logica della scoperta scientifica Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995.
- POPPER K.R., *Congetture e confutazione* (1962), trad. it., Bologna, 2009.
- POTETTI D., *Il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del «giudice preliminare»*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, pp. 463 ss.
- PRESUTTI A., *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 118 ss.
- PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione (artt. 99-111)*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio.
- PROTO PISANI A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973.
- PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto civile*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- PUGLIESE G., *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1960.
- PUGLIESE G., *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 546 ss.

- QUAGLIERINI C., *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1255 ss.
- QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione*, Napoli, 2004.
- QUATTROCOLO S., *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011.
- RAFARACI T., *I poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale*, in *Indice penale*, 2010.
- RAFARACI T., *La prova contraria*, Torino, 2004.
- RAFARACI T., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996.
- RAFARACI T., *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento, II*, Milano, 1998.
- RANDAZZO E., *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni unite e della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2236 ss.
- RANIERI S., *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1948.
- RANIERI S., *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Napoli, 1928.
- RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911.
- RAWLS J., *A theory of justice*, Cambridge, Mass., 1971.
- RESTA R., *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della Università di Macerata*, vol. XII-XII, Padova, 1939.
- RICCI E. F., *Su alcuni aspetti problematici sul «diritto alla prova»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 162 ss.
- RICCI E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 383.
- RICCIO G., *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992, pp. 378 ss.
- RICCIO G., *Ideologie e modelli nel processo penale. Scritti*, Napoli, 1995.

- RICCIO G., *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969.
- RICCIO G., *Procedura Penale. Fra storia e politica*, Napoli, 2010.
- ROMANO BAROCCI F., *L'art. 507 c.p.p. nell'interpretazione delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1994 II, c. 17
- ROMANO F., *Obbligo (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 55 ss.
- ROSENBERG L., *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, V ed., Munchen-Berlin, 1965.
- ROSS A., *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, 1990.
- ROTA F., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. Taruffo, Bologna, 2013.
- ROTHSTEIN P.F. –RAEDER M.S.-CUMP D., *Evidence*, St.Paul (Minnesota), 2003.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUGGIERI F., *Azione penale*, in *Enc. dir.*, III, Annali, Milano, 2010.
- RUGGIERI F., *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2008.
- SABATINI GIUS., *Azione penale (impromovibilità della)*, in *Nuss. dig. it.*, II, Torino, 1958.
- SABATINI GIUS., *Progressività causale e procedimento istruttorio*, in *Giust. pen.*, 1978 III, c. 52.
- SABATINI GIUS., *Sull'onere della prova nel processo penale*, in *Giust. pen.*, vol. LVII, 1952, pp. 218 ss.
- SABATINI GIUS., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953.

- SABATINI GIUS., *Vecchio e nuovo nella storia dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1962, I, pp. 145 ss.
- SACCO R., *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 402 ss.
- SALUTO F., *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Cagliari, 1867.
- SALVIOLI G., *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927.
- SAMMARCO A.A., *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANTORO A., *Imputazione (dir. proc. pen.)*, in *Nuss. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962.
- SANTORO E., *Osservazioni sull'imputazione*, in *Giust. pen.*, 1949, III, pp. 201.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Le dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.
- SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.
- SARTRE J.P., *Questioni di metodo* (1957), trad. it., in ID., *Critica della ragione dialettica. I. Teoria degli insiemi pratici*, I, Milano, 1963.
- SATTA S., *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- SCALFATI A., *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999.

- SCAPARONE M., *Pubblico ministero*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1988.
- SCARPELLI U. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.
- SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955.
- SCARPELLI U., *Norma*, in AA. VV., *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985.
- SCELLA A., *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1212 ss.
- SCHMIDT S., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906.
- SCHNEIDER J., *Die Bedeutung der Beweislast für die Relationstechnik*, *Juristenzeitung*, 1957.
- SCOGNAMIGLIO R., *Fattispecie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.
- SCOZZAFAVA O. T., *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- SEARLE J.R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969.
- SGURBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SIRACUSANO D., *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in AA. VV., *L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giust. e Cost.*, 1991.
- SIRACUSANO D., *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

- SIRACUSANO D., *Prova. III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2003.
- SIRACUSANO D., *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959.
- SIRACUSANO F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2015.
- SOTTANI S., *Richiesta di archiviazione e controllo giurisdizionale: punti fermi e nuovi equilibri*, in *Inazione, controlli, esecuzione. (Atti del convegno in ricordo di G. Dean)*.
- SPAGNA MUSSO E., *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1963.
- SPANGHER G., *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, pp. 297 ss.
- SPANGHER G., *I tempi delle indagini preliminari: i "no" della Procura*, in *Parola alla difesa*, 2017, pp. 243 ss.
- SPANGHER G., *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale, ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993.
- SPANGHER G., *Le iniziative del pubblico ministero tra carenze ordinamentali e rischio di condizionamenti politici*, in AA. VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, 1991, pp. 123 ss.
- SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.
- SPERDUTI G., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944.
- SPEL H., *Il processo civile nel sistema del diritto*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, trad. it. a cura di G. Cristofolini, Padova, 1927.
- STABILE N., *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione. Riflessi della riforma in tema di obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 979 ss.

- STELLA F., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla casualità delle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 777 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e della tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005.
- STELLA F., *Verità, scienza e giustizia. Le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1215-1247.
- STELLA-GALAVOTTI F., *L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 883 ss.
- STUMER A., *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspective*, Oxford, 2010.
- TAORMINA C., *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007.
- TAORMINA G., «*Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*» *alle soglie del nuovo codice di procedura penale*, in *Gius. pen.*, 1988, III, c. 149.
- TARSKI A., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), in *Semantica e filosofia del linguaggio* (1952), a cura di Linsky, trad. it., Milano, 1969.
- TARUFFO M., *Art. 115*, in A. CARATTA-M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Artt. 112-120*, in *Commentario del codice di procedura penale*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011.
- TARUFFO M., *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellin, V. Pocar, D. Pulitanò, Milano, 2012.
- TARUFFO M., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2012, pp. 425 ss.

- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costituzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- TARUFFO M., *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995.
- TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pp. 733 ss.
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- TAVASSI L., *I primi limiti giurisprudenziali alla "particolare tenuità del fatto"*, in *Dir. pen. cont.*, ed. online del 16 giugno 2015, pp. 1 ss.
- THAYER J.B., *The Burden of Proof*, in *4 Harv. Law Rev.*, 1890, pp. 45 ss.
- THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto (1878)*, trad. it. a cura di A. Levi, Padova, 1951.
- TONINI P. -CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014.
- TRANCHINA G., *Nostalgie inquisitorie nel "sistema accusatorio" del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. Pen.*, 1989, pp. 387 ss.
- TREVES R., *Il diritto come relazione*, Torino, 1934.
- TRIBE L.H., *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, in *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. Stella, Milano, 2004.
- TRIGGIANI N., *Indagini preliminari, tempi dell'azione penale e procedura di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017.
- TURONE G., *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti*

all'esercizio dell'azione penale, in *Quaderni del CSM, Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Roma, 1989.

TURONE G., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1991, pp. 902 ss.

TUZET G., *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004, pp. 125 ss.

UBERTIS G., *Azione (Azione penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

UBERTIS G., *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011.

UBERTIS G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.

UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992.

UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 16 ss.

UBERTIS G., *Premessa al titolo I del libro II*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, II, Milano, 1989.

UBERTIS G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015

UBERTIS G., *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995.

UBERTIS G., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007.

- UNDEWOOD B.D., *The Thumb on the scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, in 86 *The Yale Law Journal*, 1977, n. 7, pp. 1299 ss.
- VALENTINI C., *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004.
- VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 943 ss.
- VALENTINI REUTER C., *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994.
- VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.
- VANNINI O.-COCCIARDI G., *Manuale di diritto processuale penale*, ed. agg. da P. Miletto, Milano, 1986.
- VARRASO G., *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. 3, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Padova, 2009.
- VARRASO G., *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente per la rinnovazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- VARRASO G., *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*, in AA. VV., *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di A. Inciampo e A. Scalfati, Bari, 2017.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 12 ss.
- VASSALLI G., *Il p.m. e la sua posizione nel processo penale*, in *Democrazia e Diritto*, 1961, pp. 573 ss.
- VERDE V., *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992.

- VERGINE F., *Sistema delle prove e interventi del giudice*, Bari, 2008.
- VERGINE F., Sub art. 50, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio e G. Tranchina, Tomo I, Milano, 2012.
- VICOLI D., *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- VICOLI D.-VALENTINI E., *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, in AA. VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino, 2018.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Milano, 2000.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2006.
- VIGLIETTA G., *Obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale tra realtà e apparenza*, in *Crit. dir.*, 1990, fasc. 4-5, pp. 27 ss.
- VIGORITI V., *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*.
- VIRGA P., *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947.
- VOCINO C., *Sulla cd. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951.
- VOENA G.P., *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VII.
- VOENA G.P., *Libro II. Atti (art. 109-186)*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, diretto da G. Conso - V. Grevi, Padova, 1993.
- VOENA G.P., *Soggetti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 1990.

- VON JHERING R., *L'esprit du droit romain dans le diverses phases de son développement*, IV, Paris, 1988.
- VON JHERING R., *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972.
- VON WRIGHT G.H., *Norma e azione. Un'analisi logica*, (1963), trad. it. a cura di A. Emiliani, Bologna, 1989.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophische Grammatik*, 1969, Berkeley and Los Angeles, I, X, n. 133.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1991.
- ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*,
- ZAGREBELSKY V., *Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministero)*, in *Cass. pen.*, 1991.
- ZAGREBELSKY V., *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993.
- ZANON N., *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.
- ZAPPULLA A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni poteri ed effetti*, Torino, 2012.
- ZARA C., *Principio di legalità e implicazioni processuali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1993.
- ZELANIEC W., *Regola costitutiva*, in *Ricerche di filosofia del diritto*, a cura di L. Passerini Glazel, Torino, 2007.
- ZICCARDI P., *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943.

Bibliografia

- Corte cost., ord. n. 252 del 6 giugno 1991, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2063 ss.
- Corte cost., ord. n. 350 del 18 ottobre 1996, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3041 ss.
- Corte Cost., ord. n. 421 del 21 dicembre 2001, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 4006 ss.
- Corte cost., ord. n. 48 del 10 febbraio 1993, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 352 ss.
- Corte Cost., sent. n. 10 del 19 gennaio 1993, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 61 ss.
- Corte cost., sent. n. 111 del 26 marzo 1993 in *Giur. cost.*, 1993, pp. 916 ss.
- Corte cost., sent. n. 115 del 9 maggio 2001, in *Giur. cost.*, 2001, con note di G. GARUTI e M. ANNUNZIATA, pp. 917 ss.
- Corte cost., sent. n. 190 del 2 maggio 1991, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1777 ss.
- Corte cost., sent. n. 220 del 14 novembre 1986 in *Giur. cost.*, 1986, pp. 3486 ss.
- Corte cost., sent. n. 445 del 12 ottobre 1990, in *Giur. cost.*, 1990 con nota di G. GIOSTRA, pp. 2654 ss.
- Corte cost., sent. n. 84 del 26 luglio 1979, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 637 ss.
- Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 591 ss.
- Corte cost., sent. n. 92 del 9 marzo 1992, in *Giur. cost.*, 1992, con nota di G. BIANCHI, pp. 911.
- Corte cost., sent. n. 97 dell'11 aprile 1996, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 899 ss.
-
- Cass. civ., sent. n. 15162 del 9 giugno 2008, Rv. 603644-01.
- Cass. civ., sez. I, sent. n. 15659 del 15 luglio 2011, Rv. 618664-01;
- Cass. civ., sez. II, ord. n. 14284 del 4 giugno 2018, Rv. 648836-01.
- Cass. civ., sez. II, sent. n. 15300 del 12 luglio 2011; Rv. 618574-01.
- Cass. civ., sez. III, sent. n. 826 del 20 gennaio 2015, Rv. 634361-01;
- Cass. civ., sez. L., sent. n. 21909 del 25 settembre 2013, Rv. 627711.01.
- Cass. civ., Sez. U., sent. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Rv. 549956-01.
- Cass. civ., sez. VI, ord. n. 15480 del 14 settembre 2012, Rv. 623749-01.
- Cass. civ., SS.UU., sent. n. 761 del 25 gennaio 2002 in *Foro it.*, con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unive*,
- Cass. pen., sez. I, sent. n. 30402 del 28 giugno 2006, Volpo, Rv. n. 234374.
- Cass. pen., sez. I, sent. n. 3979, del 28 novembre 2013, Milano, Rv. n. 259137.
- Cass. pen., sez. I, sent. n. 5549 del 28 dicembre 1999, Paternò, Rv. n. 215016.

Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002.

Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 33748 del 12 luglio 2015, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005.

Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 41281, del 18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007.

Cass., sez. IV, sent. n. 23093 dell'11 maggio 2017, Rappisi, Rv. 269998.

Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002.

Cass., Sez. Un., sent. n. 11227 del 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993.

