

Parte I

La presunzione nella cultura del processo penale

Capitolo I

“Avanguardie” sistematiche e radici storico-comparatistiche

SOMMARIO: 1. L’“illusione” cognitiva del processo penale tra scorciatoie probatorie e logiche presuntive. – 2. Genealogia del fenomeno presuntivo. – 3. Primogenitura civilistica, evoluzione ed “involuzione” dei modelli presuntivi. – 4. Contaminazioni semantiche tra presunzione e indizio.

1. *L’“illusione” cognitiva del processo penale tra scorciatoie probatorie e logiche presuntive*

Caratterizzato da un’irrinunciabile vocazione cognitiva, il processo penale persegue la duplice e nevralgica finalità di ricostruire il fatto storico ipotizzato nell’accusa e di accertare la colpevolezza dell’imputato.

Tale connotazione “funzionale” permea ogni singolo atto del processo, dalla formulazione dell’addebito sino alla pronuncia della decisione definitiva¹, isti-

¹ In tal senso, G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Confronto di idee su: scienza e giustizia penale*, in *Arch. pen.*, n. 3, settembre-dicembre 2011, il quale osserva che «la funzione cognitiva permea e ispira ogni atto del processo: dalla formulazione dell’accusa, all’esito di un percorso abduttivo diretto a selezionare la più verosimile fra le ipotesi ricostruttive del fatto, al contraddittorio per la prova e sulla prova, alla falsificazione o alla conferma dell’enunciato di accusa, oltre la soglia del ragionevole dubbio, sì da risultare giustificate la dichiarazione di colpevolezza e la condanna dell’imputato». Da sempre al centro del dibattito dottrinale il valore della verità enucleabile dall’accertamento giudiziale: al riguardo, v., senza pretesa di completezza, P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 164 s.; G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria*, in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 71 ss.; F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 71 ss.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss.; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608 ss.; A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 77 s.; B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente*

tuendo proprio tra l'accusa e la sentenza un rapporto di necessaria correlazione, ribadito dalla stessa legge processuale.

Innegabile, infatti, che nel dichiarare la responsabilità della persona coinvolta nel procedimento penale, il giudice sia chiamato ad «affermare la verità dell'enunciato fattuale contenuto nell'imputazione, o, per meglio dire, della proposizione che di quell'enunciato costituisce il contenuto astratto»².

Proiezione immediata di tale obiettivo di accertamento sono gli strumenti che il legislatore ha prescelto al fine di garantirne la realizzazione: le prove³, il contraddittorio, il canone del libero convincimento del giudice e la motivazione della sentenza.

Se pensati in funzione strumentale alla ricerca della verità, i suddetti elementi costituiscono, invero, altrettante facce di un'unica medaglia.

Da un lato, vi è quasi un rapporto simbiotico tra prova⁴, metodo del contraddittorio⁵ e accertamento giurisdizionale⁶, rappresentando il canone *audiatur*

di Michele Taruffo), in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1991, p. 17 ss.; P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 211; L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2497 ss.; S. MOCCIA, *Verità sostanziale e verità processuale*, in R. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Studi in onore di A. Baratta*, vol. I, Pensa Multimedia, Lecce-Brescia, 2002, p. 421 ss.; S. PUGLIATTI voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 50; M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.; ID., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, *ivi*, 2010, p. 995 ss.; ID., *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009; ID., *Fatto, prova e verità*, in *Criminalia*, 2009, p. 314 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 79 ss.; ID., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1206 ss.; K. VOLK, *Verità, diritto penale sostanziale e processo penale*, trad. it., L. MARAFIOTI, in *Il giusto processo*, n. 8, 1990, p. 386. Di recente, in chiave monografica, cfr. V. GAROFOLI-G. INCAMPO (a cura di), *Verità e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

² Così, F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione*, cit., p. 608.

³ Simile relazione teleologica è oggetto di speculazione specialmente dal punto di vista dei teorici e filosofi del diritto. Tra i molti contributi, v. J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 34. L'A. osserva che «la prova debba essere considerata come il mezzo attraverso il quale il diritto pretende di determinare la verità delle proposizioni nell'ambito del processo. Ebbene, date le limitazioni (o imperfezioni, se si preferisce) di questo mezzo, la presenza del mezzo (la prova) non garantisce che si ottenga il fine (la verità)». Per interessanti riflessioni sul rapporto tra prova e verità processuale, v. G. TUZET, *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1527 ss.

⁴ Osserva giustamente C. CONTI, in P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1, che «è attraverso le prove che il processo persegue il proprio scopo accertativo».

⁵ Secondo P. FERRUA, *Il «giusto» processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401, è proprio «la pratica comunicativa rappresentata dal contraddittorio» a dare la misura dell'inclinazione cognitiva che caratterizza il processo penale. In generale, sull'argomento, v. *ex multis*, G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir.*

et altera pars il metodo epistemologico più affidabile per accertare i fatti di causa⁷.

Dall'altro lato, risalta l'intreccio esistente tra il libero convincimento del giudice⁸ e la motivazione razionale della sentenza⁹, svolgendo quest'ultima la duplice funzione di presidio di qualità dell'accertamento e di argine della discrezionalità giudiziale. Una discrezionalità vincolata già in sede normativa, richiedendosi all'organo giudicante, per un verso, di osservare la regola sancita dall'art. 533 c.p.p., in forza del quale la colpevolezza deve essere dimostrata «al di là di ogni ragionevole dubbio»¹⁰; per l'altro verso, di rendere conto del proprio *iter* argomentativo secondo il modello di motivazione enucleato dagli artt. 192, comma 1 e 546, comma 1, lett. e), c.p.p.

proc. pen., 1966, p. 405 ss.; C. CONTI voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, Agg., 2013, p. 103 ss.; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, Agg., 2001, p. 1 ss.; G. GARUTI, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 180 ss.; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 669 ss.; A. SCALFATI, *Contraddittorio (principio del)*, in G. SPANGHER (a cura di), *Procedura penale. Dizionari sistematici*, Il Sole 24 ore, Milano, p. 669 ss. A livello monografico, v. F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 2012.

⁶ Sul tema, tra i tanti, v. A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, cit., p. 77 s.; L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, cit., p. 131 s.; ACH. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 652; GIUS. SABATINI, voce *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale militare)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1957, p. 302; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 89 s.; ID., voce *Prova II*, *Teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2; ID., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 301.

⁷ In tal senso, G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 4.

⁸ A questo riguardo, v., per tutti, G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1255 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974; ID., voce *Libero convincimento del giudice, II* *dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, p. 1 ss.

⁹ In argomento, v., tra gli altri, E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 181 ss.; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in G. UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 215 ss.; G. DELLA MONICA, *Contributo allo studio della motivazione*, Cedam, Padova, 2002, p. 43 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Giuffrè, Milano, 2001, p. 750 ss.; M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Jovene, Napoli, 2000.

¹⁰ Sul tema, cfr. G. CANZIO, *L' "oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 304 ss.; G. CANZIO-G. TARUFFO-G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre il ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 305 ss.; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51 ss.; C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Ipsa, Milano, 2006, p. 87 ss.; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Cedam, Padova, 2007, p. 137 ss.

Nello scegliere la formula dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», il legislatore ha, dunque, reso esplicita l'intima propensione cognitiva del processo penale, pretendendo uno *standard* di accertamento qualificato da un «elevato grado di probabilità logica»¹¹ e controllabile attraverso il sindacato sulla motivazione del provvedimento.

Assunti indiscutibili in linea di principio, la cui valenza nell'attuale sistema processuale va, tuttavia, verificata dinanzi all'inarrestabile avanzata di dinamiche «alternative» di conoscenza, che vedono fortemente alterata la fisionomia dell'accertamento sin qui descritta.

Il riferimento è a meccanismi «agevolati» di verifica del *thema probandum*, che sembrano acuire i limiti cognitivi di cui il processo penale soffre già «fisiologicamente»¹², in ragione della presenza di preclusioni, termini, decadenze e regole di esclusione probatoria¹³.

Ad un'attenta disamina del vigente sistema legislativo emerge, così, che in situazioni particolari, la «strada maestra di un accertamento completo e pieno»¹⁴ viene abbandonata in favore di scorciatoie probatorie o di veri e propri «giudizi» anticipati già a livello normativo i quali, se da un lato, accelerano i tempi tecnici della vicenda processuale e prevengono il pericolo di possibili abusi nella valutazione discrezionale del giudice, dall'altro lato, corrono il rischio di compromettere la qualità della risposta giurisdizionale.

A suggerire l'adozione di simili congegni possono essere, anzitutto, esigenze di agevolazione degli itinerari probatori previsti per la ricostruzione di determinati elementi costitutivi del reato, come nel caso del profilo psicologico della condotta criminosa¹⁵.

D'altra parte, è pure frequente che il legislatore dirotti sulla via della semplificazione probatoria la complessità dell'accertamento immanente alla stessa formulazione di talune fattispecie incriminatrici¹⁶. Rispondendo, cioè, con la previ-

¹¹ In questi termini, Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3652 ss.

¹² Osserva L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata*, cit., p. 2497, che il ritorno al mito della verità processuale «appare ormai impossibile, di fronte a molteplici evidenze di quanto esso sia stato progressivamente messo in crisi dalla concreta dimensione applicativa della giustizia penale e, ancora prima, dalla presenza nel nostro sistema di fattispecie che sembrano, talvolta, autorizzare l'idea che da tale concetto si possa addirittura prescindere».

¹³ Cfr. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione*, cit., p. 608.

¹⁴ In questi termini, L. MARAFIOTI, *Presentazione*, in L. MARAFIOTI-M. MASUCCI (a cura di), *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 5.

¹⁵ Basti pensare, in via meramente esemplificativa, ai reati di falso o di bancarotta, in cui l'esistenza del dolo è desunta dalla sola commissione del fatto tipico, onde ovviare alle difficoltà che caratterizzano la prova di tale elemento soggettivo. Al riguardo, v. *ex multis*, G.P. DE MURO, *Il dolo: l'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010.

¹⁶ Cfr. E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2008, p. 260.

sione di trattamenti probatori agevolati alla eccessiva indeterminatezza delle disposizioni normative, non di rado assolutamente prive dei necessari tratti di materialità¹⁷.

In prospettiva parzialmente diversificata, si collocano, infine, i meccanismi di giustizia penale negoziata in cui sotto il segno della «semplificazione “antiprocedurale”¹⁸», il giudice è sostanzialmente dispensato dalla responsabilità del pieno accertamento¹⁹, lasciandone alle parti la regolazione di modi, tempi e contenuti.

A ben vedere, nelle ipotesi da ultimo considerate, lo svilimento della dimensione cognitiva del processo, lungi dal rappresentare un limite per l'esercizio delle garanzie difensive, si rivela persino appetibile agli occhi della persona coinvolta nella vicenda processuale, fungendo da premessa per ottenere un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Al di fuori delle fattispecie sinora richiamate, ove a fondamento delle esigenze di semplificazione si rinvencono motivazioni comunque ascrivibili allo sviluppo della sequenza procedimentale, forti perplessità suscitano, invece, tutte quelle ipotesi in cui la stessa semplificazione è suggerita da scelte di politica criminale, spesso condizionate da istanze securitarie, non di rado scatenate da casi giudiziari eclatanti²⁰.

Nelle ipotesi in esame, il legislatore sembra, dunque, muovere alla ricerca di soluzioni che, prescindendo dalle ordinarie dinamiche dell'accertamento, garantiscano risultati prevedibili e predeterminati sulla base di valutazioni di politica criminale, tese a contrastare fenomeni criminosi divenuti allarmanti anche a causa dell'incremento numerico di particolari, gravi delitti.

¹⁷ È quel che accade nei cosiddetti “reati-ostacolo”, in cui viene punito un fatto in sé inoffensivo, in quanto costituente l'antecedente logico e cronologico di altro fatto che si intende prevenire. Ne sono esempi paradigmatici i reati di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli e di valori, ove l'incriminazione *tout court* della sola condotta possessoria mira ad anticipare la commissione di ulteriori, determinati delitti. Sull'argomento, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, p. 89 ss.

¹⁸ Così, L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata*, cit., p. 2497.

¹⁹ Ciò, a meno di ritenere che, nel caso specifico del patteggiamento, la “missione” cognitiva del processo trovi compimento dando semplicemente atto dell'assenza di cause *ictu oculi* evidenti, di immediata declaratoria di proscioglimento, a sensi dell'art. 129 c.p.p. Di simile avviso, F. CALLARI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno “speciale” paradigma processuale cognitivo*, in *Arch. pen.*, n. 3, settembre-dicembre, 2012, secondo cui «la valutazione giudiziale sull'esclusione delle condizioni di non punibilità, già da sola, erode *funditus*, la possibilità di configurare il patteggiamento alla stregua di un istituto negoziale che scinde ogni nesso tra accertamento di responsabilità ed applicazione della pena».

²⁰ Si ponga mente, su tutte, all'esperienza legislativa in tema di reati a sfondo sessuale, per i quali, in un'ottica di esclusiva prevenzione-speciale, si è scelto di utilizzare percorsi agevolati di verifica sia dei requisiti cautelari, sia delle condizioni ostative per l'accesso ai benefici penitenziari. Rendendo, così, piuttosto remota la possibilità di una via di fuga dal carcere per gli autori di tali crimini.

Insomma, a ritmi scanditi dall'alternarsi di determinati contesti emergenziali forieri di altrettante concezioni preventive della pericolosità sociale²¹, ci si ritrova a fare i conti con modelli normativi che paiono privilegiare una speculare logica anticognitiva, soddisfatta attraverso l'anticipazione *ope legis* del giudizio sul *thema probandum*.

In quest'ottica, l'interesse speculativo è, allora, animato dalla ricerca delle eventuali insidie che per la persona coinvolta nel processo possono celarsi dietro la manipolazione legislativa dei tradizionali moduli dell'accertamento.

Per quanto giustificabili sul piano della tutela della collettività, simili manomissioni degli ordinari meccanismi di conoscenza processuale schiudono, infatti, scenari poco rassicuranti per i livelli di osservanza delle inviolabili garanzie difensive, che rischiano di mettere in discussione i fondamentali principi che presiedono all'accertamento penale.

A quest'ultimo riguardo, invero, è dato constatare che in talune situazioni, il *modus operandi* legislativo si indirizza verso la formulazione di fattispecie che invertono i passaggi del sillogismo giudiziario tradizionale, risolvendosi nella affermazione di un fatto, prima e a prescindere dalla prova dello stesso. Con l'inevitabile conseguenza di costringere la difesa all'introduzione obbligatoria di elementi probatori a discarico.

Non sfugge, allora, l'impronta presuntiva di una siffatta impostazione.

In ambito dogmatico, invero, la presunzione evoca proprio «il riconoscimento anticipato del valore da attribuire ai fatti oggetto dell'accertamento giudiziale»²². In virtù dell'uso di meccanismi presuntivi di verifica è, cioè, possibile oltrepassare la puntuale dimostrazione di ogni singolo aspetto del *thema decidendum*²³, semplicemente affidandosi a valutazioni già operate in astratto a livello normativo. Un'opzione metodologica dietro alla quale, insomma, si staglia l'idea che ai fini perseguiti dall'accertamento penale non è in fondo necessario «provare processualmente ogni conoscenza»²⁴.

Nello specifico, la chiave di volta consiste nell'assegnare un valore quasi asso-

²¹ Si tratta di un fenomeno sperimentato anche in passato dal processo penale, e che si ripropone ciclicamente in base alle specifiche contingenze storiche, cfr., per tutti, G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1986. Una ricostruzione cronologica della legislazione emergenziale è offerta da E. FORTUNA, *Leggi, cultura e costume dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 205 ss.

²² M. FERRAIOLI, voce *Presunzione* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 307.

²³ Cfr. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 103.

²⁴ Così, M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime di esperienza»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 145. Nello stesso senso, A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 165 s.

luto a massime di comune esperienza codificate *ex ante* dal legislatore stesso²⁵.

In altri termini, alla base di una tale metodologia si colloca la ripetizione costante, ma non invariabile, di taluni effetti osservati in un determinato numero di casi, al punto da poter in linea di massima inferire che, in presenza di particolari presupposti, si giunga sempre e comunque alle medesime conclusioni. Ricavandosene, così, una regola di esperienza normativizzata²⁶.

Ciò apre il varco a possibili derive “anti-cognitive”. Se, infatti, ci si adagia in modo incondizionato su dati desunti dalle generalizzazioni del comune sentire, si fa presto a ritenere provato un determinato fatto senza, però, averlo accertato nella sua realtà effettuale²⁷.

Insomma, il rischio che si corre è che, complice la forte attrattiva per l’accelerazione dei tempi processuali, il dato presunto possa finire per fondare in via esclusiva l’epilogo decisorio sulla base di un pre-giudizio, talora troppo disinvoltato, «formulato prima della prova secondo uno schema approvato dalla legge»²⁸.

Ed è sensazione amplificata dalla circostanza che i “benefits” di una simile tecnica normativa si sono rivelati assai allettanti per il legislatore, a giudicare dall’ampia sperimentazione di modelli presuntivi, applicati trasversalmente in ciascuna delle fasi della sequenza procedimentale: dal giudizio di cognizione, all’esecuzione della pena, fino alle procedure incidentali *de libertate*.

Sotto il primo profilo²⁹, ne sono un significativo esempio i processi relativi agli illeciti ambientali in cui l’accertamento della responsabilità dell’imputato prescinde dal reale contenuto offensivo della condotta, in virtù della presunzione di pericolo imposta in astratto dal legislatore³⁰. Altrettanto evidente, poi, il *favor praesumptionis* sia nel caso dei giudizi promossi a carico dell’ente per i fatti com-

²⁵ Cfr. G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1966, p. 344.

²⁶ Cfr., S. MORISCO-L. SAPONARO, voce *Regole di giudizio e massime di esperienza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Utet, Torino, 2005, p. 1333.

²⁷ V. S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Società editrice libraria, Milano, 1914, p. 307, il quale rileva che l’essenza della presunzione risiede nella «ammissione di un fatto provato nella sua verità reale, in base all’esperienza comune della sua normalità».

²⁸ Così, E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., p. 253.

²⁹ Per una disamina, sia pur sommaria, di tali figure di responsabilità, v., *infra*, parte prima, cap. II, § 3 e 4.

³⁰ Su tale categoria, v., tra i tanti, S. CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1415; G. DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1731; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1; A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, in U. CURI-G. PALOMBARINI (a cura di), Donzelli, Roma, 2002, p. 35; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990.

messi dai vertici della compagine aziendale³¹; sia nei procedimenti per reati caratterizzati dalla figura del “*dolus in re ipsa*”, ove la sussistenza dell’elemento psicologico si ritiene connaturata alla realizzazione del puro fatto materiale³².

Sotto il secondo profilo, ossia quello dei modelli differenziati riscontrabili nella fase esecutiva, basti considerare, da un lato, la multiformità degli automatismi sanzionatori operanti in danno dei condannati recidivi³³, in base ai quali si attribuisce rilevanza decisiva alle caratteristiche soggettive di un determinato autore, piuttosto che all’effettiva pericolosità espressa dal fatto commesso. Dall’altro lato, emblematico è il riferimento al divieto di accesso a qualsiasi forma di premialità extra-carceraria imposto, in automatico, per gli autori dei reati previsti dall’art. 4-*bis*, ord. penit.³⁴. Senza, cioè, che occorra passare attraverso il giu-

³¹ Sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti, v., di recente, C. FIORIO (a cura di), *La prova nel processo agli enti*, Giappichelli, Torino, 2016; A. GAITO-S. FURFARO, *Il procedimento penale amministrativo*, in A. GAITO (a cura di), *Procedura penale*, Wolters Kluwer, Assago, 2013, p. 1486; G. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 685; A. PRESUTTI-G. BERNASCONI-C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2001. A titolo di bibliografia essenziale: v. M. CERESA GASTALDO, “*Il processo alle società*” nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Giappichelli, Torino, 2002; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato*, Giappichelli, Torino, 2005.

³² Tale figura paradigmatica, come noto, è impiegata di frequente nella casistica dei delitti contro l’onore e, segnatamente, nelle ipotesi di diffamazione, ove la volontà lesiva dell’altrui reputazione si ritiene insita nella semplice rappresentazione della condotta e, dunque, non ha bisogno di essere provata. In generale, sul *dolus in re ipsa*, cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960.

³³ Si pensi, sotto questo aspetto, alla preclusione stabilita dall’art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, ord. penit., in forza del quale «l’affidamento in prova al servizio sociale (...), la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall’art. 99, quarto comma, del codice penale». A questo riguardo, come noto, si è reso necessario un intervento interpretativo della Corte costituzionale la quale, con la sentenza n. 291 del 2010 ha suggerito un’esegesi molto restrittiva del divieto stabilito da tale disposizione e cioè nel senso che «l’esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante». Corte cost., sent. 8 dicembre 2010, n. 291, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1879.

Su un automatismo non dissimile si fondava anche il divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione per i recidivi reiterati, previsto dall’art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p., ora soppresso dalla L. 9 agosto 2013, n. 94, di conversione del D.L. 1° luglio 2013, n. 78, contenente «*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*». Su tali aspetti, v., *infra*, parte seconda, cap. II, § 2.

³⁴ Per un’analisi della disciplina contenuta nell’art. 4-*bis*, ord. penit., cfr., per tutti, C. CESARI-G. GIOSTRA, *Commento art. 4-bis ordinamento penitenziario*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2011, p. 47 ss.; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Milano, 2015, p. 177 ss. A livello monografico, sul tema specifico delle restrizioni connesse a tale regime differenziato, v. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata. Problemi attuali della giustizia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 37 ss.

dizio prognostico in concreto circa la meritevolezza dei benefici.

Quanto al terzo aspetto messo in evidenza³⁵, vale a dire quello relativo alla semplificazione del procedimento *de libertate*, esempio paradigmatico è lo speciale modulo applicativo della custodia cautelare in carcere stabilito per gli indiziati “pericolosi” dall’art. 275, comma 3, c.p.p.³⁶, in deroga all’assetto ordinario di individuazione dei presupposti e dei criteri di scelta delle misure. Prevedendo, a tal fine, una duplice presunzione: l’una, sempre superabile, in punto di sussistenza delle esigenze cautelari; l’altra, diversamente graduata a seconda della gravità del reato qualificato, in ordine alla adeguatezza della misura al caso concreto.

Se poi ci si sposta sul versante delle cautele reali, altrettanto eloquente è la struttura del sequestro finalizzato alla confisca prevista dall’art. 12-*sexies*, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, che viene disposto in assenza del previo accertamento della derivazione illecita del bene, accontentandocisi, in proposito, di un semplice sospetto di sproporzione rispetto alle capacità economiche dell’interessato³⁷.

Ora, dalla breve rassegna appena effettuata, è un dato a colpire, soprattutto, l’attenzione: sia pure nella eterogeneità degli oggetti cui si riferiscono, tutte le fattispecie indicate manifestano un “diverso” atteggiamento legislativo rispetto alle dinamiche dell’accertamento. Un *modus agendi* tanto all’“avanguardia” da poter innescare prevedibili fenomeni di disordine sistemico.

In particolare, un impatto assai dirompente si osserva sul terreno delle relazioni interne alla vicenda procedimentale e, segnatamente, sull’atteggiarsi dei rapporti tra giudice e parti e tra giudice e prova.

Sotto il primo profilo, appare incontrovertibile la deviazione dallo schema triadico³⁸ di accertamento su cui fa perno il metodo del contraddittorio.

Per l’esattezza, le parti vedono sensibilmente ridotte le proprie prerogative in ordine alla formazione della prova, fino quasi a “subire” in modo passivo gli effetti giuridici imposti dalla presunzione. Potendo, semmai, tornare ad interlo-

³⁵ Sul tema specifico degli *escamotages* presuntivi in materia di coercizione cautelare, v., ampiamente, *infra*, parte seconda, capp. II e III.

³⁶ In generale, su tale disposizione, v., tra gli altri, M. CHIAVARIO, sub *art. 275 c.p.p.*, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, in ID. (coordinato da), Utet, Torino, 1990, p. 60 ss.; E. MARZADURI, sub *art. 275 c.p.p.*, *ivi*, 1998, p. 165 ss.

³⁷ Su tale problematica, v., *ex multis*, A. BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2170 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4442 ss.; G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 – sexies l. n. 356/92: dall’esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1199 ss.; A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d’indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065; P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, Utet, Torino, 2009, p. 416 ss.

³⁸ V. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 1.

quire attivamente col giudice solo *a posteriori*, nel caso in cui il congegno presuntivo impiegato nella singola fattispecie consenta margini di opinabilità.

Sotto il secondo profilo, la variante di maggior spicco rispetto allo schema tradizionale risiede nella notevole restrizione della libertà del giudice nella valutazione delle prove. Basti solo osservare che, formulando in anticipo il giudizio sul valore probatorio da attribuire agli elementi rilevanti ai fini della decisione, le fenomenologie presuntive rendono, per definizione, superfluo qualsiasi sforzo valutativo da parte dell'organo giudicante. Ma non è tutto.

Per spiegare il ruolo di siffatti automatismi occorre andare oltre gli scompensi dagli stessi provocati sulla fisiologia del rapporto processuale.

Se ci si colloca in una prospettiva di più ampio respiro, si avverte l'impressione di trovarsi dinanzi a nuove ed inedite interferenze tra legalità della prova e discrezionalità del giudice.

In altre parole, la sensazione è quella di un mutato assetto dei rapporti tra libertà di auto-determinazione dell'organo giurisdizionale e autorità della legge, decisamente sbilanciati in favore della seconda. Con il risultato di consentire, in taluni casi, oltre i limiti di tolleranza, le invasioni di campo del legislatore nel «giardino proibito»³⁹ della discrezionalità valutativa dell'organo decidente.

Certo, non vi sarebbe molto da recriminare se un tale, deciso "rafforzamento" della legalità fosse pensato in funzione di garanzia dei «diritti delle parti nel processo tanto dalle presenti deviazioni della prassi, quanto da ogni eventuale futura involuzione autoritaria delle strutture processuali»⁴⁰. Anzi. Molto probabilmente un atteggiamento critico nei riguardi del fenomeno potrebbe lasciare alquanto perplessi.

Senonché, in alcuni contesti procedurali, sembra, invece, aver preso forma una poco consueta «colorazione del principio di legalità»⁴¹, inteso, piuttosto, come limite nei confronti dell'organo giudicante e non tanto come barriera contro la lesione dei diritti soggettivi.

In altre parole, in particolari situazioni, si è «fatta largo una tassatività orientata a proteggere il giudice dai rischi in cui è destinato a imbattersi nel suo lavoro; volta, cioè, ad impedirgli di assumere quei provvedimenti che una maggiore discrezionalità potrebbe autorizzare»⁴².

Fedele riprova di un siffatto atteggiamento "ostruzionista" verso i poteri di-

³⁹ L'espressione è di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, p. 587 ss.

⁴⁰ Così, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 316.

⁴¹ Così, ancora, L. MARAFIOTI, *loc. ult. cit.*

⁴² L. MARAFIOTI, *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria: nuovi propositi e illusioni normative*, in R. DEL COCO-L. MARAFIOTI-N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 4.

screzionali del giudice è stata offerta dal frequente utilizzo, in sede cautelare, di presunzioni legali di pericolosità.

In tale ambito, la sottrazione, da parte del potere legislativo, di quote di discrezionalità giurisdizionale solleva il giudice da ogni responsabilità in ordine alle conseguenze eventualmente connesse allo *status libertatis* dell'autore presunto pericoloso. D'altro canto, è innegabile che il giudizio sulla sussistenza dei *pericula*, sfortunatamente, soggiace «alla più plateale delle controprove, il verificarsi del danno temuto, con le reazioni a catena che il circuito dei *mass-media* può innescare»⁴³.

Ma, tutto ciò non affranca da un altro genere di rischi.

Col dare eccessivo risalto alla dimensione “ostativa” del principio di legalità, si può finire, inavvertitamente, per assecondare «forme di autodegenerazione, *sub specie* di regole troppo costringenti e censurabili sul piano della razionalità»⁴⁴.

E sembra essersene accorto persino lo stesso legislatore, il quale nella recente L. n. 47 del 2015, di riforma delle misure cautelari⁴⁵, ha provato a inserire la “retromarcia” lungo il percorso intrapreso negli ultimi anni, nel senso di una coercizione cautelare agevolata dal frequente utilizzo su ampia scala di rigidi automatismi e presunzioni normative.

La sensibilità mostrata dal riformatore per il problema dell'abuso della carcerazione preventiva non basta, però, a svalutare il limite di fondo che continua a cogliersi all'orizzonte, anche rispetto allo sfolgimento delle situazioni tipiche rimaste sotto l'egida di un modello di stretta legalità cautelare.

Sebbene non più generalizzabile al di fuori di un certo tipo di reati e di autori⁴⁶, il fenomeno delle presunzioni di pericolosità si spiega pur sempre in un quadro concettuale il cui archetipo è rappresentato da una discutibile concezione del processo penale quale vero e proprio strumento di controllo sociale⁴⁷. Un «processo offensivo»⁴⁸, parafrasando un risalente monito di Cesare Beccaria, il

⁴³ Testualmente, P. FERRUA, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Cedam, Padova, 1996, p. 138.

⁴⁴ In questi termini, P. CORSO, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 202.

⁴⁵ L. 16 aprile 2015, n. 47, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità*», in *Gazz. Uff.*, 23 aprile 2015, n. 94.

⁴⁶ Sul nuovo corso intrapreso dal legislatore della riforma del 2015, v., *infra*, parte seconda, cap. IV, spec. § 1.

⁴⁷ In tal senso, A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 839 s. Analogamente, S. LORUSSO, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino e insidie dei rimedi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 269.

⁴⁸ La formula è utilizzata in contrapposizione al «processo informativo», considerato dal Beccaria, il «vero processo».

quale metteva in guardia da quei procedimenti penali in cui il giudice «non cerca la verità del fatto ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce»⁴⁹.

Parole lungimiranti e, in un certo senso, quasi profetiche, che, rilette ai giorni nostri, ravvivano l'esigenza di approfondire *ex professo* l'argomento, cercando di capire, se ed in quale misura, il peculiare valore «performativo»⁵⁰ assegnato allo strumento processuale in particolari vicende giudiziarie, possa rapportarsi, senza oscurarla del tutto, con la funzione cognitiva cui il processo penale rimane tendenzialmente ispirato.

Un interrogativo che, alla luce del parziale ripensamento del legislatore del 2015 sulla ragionevolezza di valutazioni cautelari aprioristiche e astratte, può trovare risposta solo verificando in che termini, di un simile messaggio legislativo, sappia farsi portavoce la giurisprudenza, ora nuovamente investita di responsabilità decisionale rispetto all'emissione di ogni provvedimento restrittivo della libertà, anche nei confronti degli imputati ritenuti più pericolosi.

L'irrisolta complessità dei rapporti tra coercizione cautelare e presunzioni di pericolosità tiene, dunque, vivo l'interesse speculativo dell'interprete, sollecitando soprattutto nell'individuazione del nucleo strutturale del paradigma presuntivo che, al di là dei pur importanti aggiustamenti apportati dall'ultimo legislatore, continua sotto varie forme a rendere possibile l'incidenza immediata e diretta del processo penale su collettività e individui singoli, senza attraversare le fasi ordinarie dell'accertamento giurisdizionale⁵¹.

L'esigenza di fare chiarezza sull'istituto in esame dal punto di vista dogmatico impone anzitutto di procedere a ritroso lungo uno studio storico-comparatistico, così da isolare il “*dna*” della fattispecie presuntiva nelle sue molteplici proiezioni sul sistema del processo penale.

Solo dopo aver individuato la struttura concettuale della presunzione, il discorso diviene maturo per incanalarsi su binari decisamente più operativi, attraverso la ricerca delle principali fenomenologie presuntive esistenti in ambito cautelare. Il tutto, con l'obiettivo finale di provare a misurarne l'onda d'urto su garanzie, principi e valori recepiti a livello costituzionale.

⁴⁹ Testualmente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVII, p. 46, a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2007. Per un recente contributo sull'opera dell'Autore, v. D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3964 ss.

⁵⁰ V., S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, I, Utet, Torino, 2008, p. 301. In senso analogo, P. FERRUA, *Il «giusto» processo*, cit., p. 401.

⁵¹ Cfr. E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in F. DANOVÌ (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 166. Analogamente, M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 27, il quale sottolinea le «enormi attitudini [del processo] a costituire, esso direttamente, anche un mezzo per incidere “subito” su collettività e individuo; un mezzo anticipato di controllo sociale; una sorta d'investitura – pur derivata dalle norme sostanziali – per l'esercizio di poteri intesi in se stessi».

2. Genealogia del fenomeno presuntivo

Seppure con presupposti e funzioni del tutto eterogenei, moduli semplificati di accertamento e fenomenologie presuntive caratterizzano l'intera storia del processo penale⁵².

Per l'esattezza, le radici di tali meccanismi affondano all'epoca del diritto romano, quando la presunzione ha conosciuto una prima, sia pure embrionale, sistemazione normativa.

Al riguardo, va rilevato che si deve ai giureconsulti romani la contrapposizione semantica tra *praesumptiones* e *probatio*⁵³.

Con tale dicotomia i giuristi dell'età più arcaica lasciavano intuire che la presunzione veniva impiegata in chiave alternativa rispetto alla prova⁵⁴, al fine di persuadere il giudice della verità dei fatti allegati dalle parti⁵⁵. In altre parole, in quel contesto, la presunzione rappresentava un valido surrogato della prova, al quale ricorrere per supplire alle possibili lacune della conoscenza processuale.

Peraltro, dalla nomenclatura in uso nell'ambito della retorica latina, è dato intravedere che la sagomatura delle presunzioni veniva ritagliata sul modello della *probatio artificialis* con cui, in ottica perfettamente speculare a quelle *inartificiales*, si designavano le prove che non esistevano di per sé *in rerum natura*⁵⁶.

In tale contesto, insomma, a contraddistinguere il fenomeno erano i tratti di

⁵² A ben vedere, quella relativa alle tecniche di accertamento penale è una scelta fortemente condizionata dalla concreta organizzazione del potere all'interno dei singoli ordinamenti giuridici, ravvisandosi una inscindibile compenetrazione tra opzioni politico-ideologiche e modelli di giustizia. Su tali profili, per tutti, v. M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1991.

⁵³ *Digesta Iustiniani*, 22, 3, *De probationibus et praesumptionibus*. Non va sottaciuto, tuttavia, che il termine *praesumptio* assumeva anche una grande varietà di significati niente affatto riconducibili al lessico giuridico, quali, ad esempio, «privilegio», «usurpazione», «opinione».

⁵⁴ G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 439; in argomento, v. anche A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 68.

⁵⁵ Cfr. R. REGGI, voce *Presunzione (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 256. In tema di prova, v. G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Ius*, XI, 1960, p. 386 ss. Per vero, l'opera di demarcazione della sfera di operatività della *praesumptio* sul piano giuridico è stata, in qualche misura, preconizzata dalla retorica aristotelica. In tale ambito, infatti, l'iconografia dei mezzi di prova contemplava due diverse tipologie di moduli probatori (ARISTOTELE, *Rhetorica*, I, 15, 1355 b., 36, 40; XV, 1375). Il primo tipo di prove, definite ἀρεχνοι, aveva una valenza diretta ai fini della rappresentazione del *thema probandum*, tanto che l'oratore poteva servirsene per la risoluzione della controversia senza dover compiere alcuna particolare attività intellettuale. Era quello il campo privilegiato delle leggi, dei contratti, delle testimonianze, delle confessioni e dei giuramenti. In speculare prospettiva, gli oratori dovevano, invece, farsi carico di formulare con le proprie argomentazioni la seconda tipologia di prove che nell'impostazione prescelta da Aristotele venivano individuate col termine ἐντεχνοι.

⁵⁶ Si allude, specificamente, alla formulazione letterale adoperata da Quintiliano il quale contrapponeva le prove *inartificiales* alle prove *artificiales*: v. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, 5, I.

immaterialità della presunzione, che ne decretavano l'appartenenza al novero delle figure logiche che «mediante il noto o il verosimile, cerca[va]no di dare all'ignoto il più alto grado di attendibilità»⁵⁷.

In via di prima approssimazione è, allora, possibile affermare che sin dall'epoca del diritto romano era avvertito il collegamento di tipo argomentativo⁵⁸ sussistente tra presunzione e *thema probandum*.

Più in particolare, nella prospettiva indicata, l'essenza dell'istituto risiedeva nell'*argumentatio probabilis*, vale a dire nell'argomentazione corrispondente all'*opinio communis*⁵⁹ che era ritenuta credibile nonostante l'assenza di prove dimostrative⁶⁰. Una perifrasi che, per certi versi, evoca assonanze con le generalizzazioni del senso comune compendiate nella formula dell'«*id quod plerumque accidit*», con cui, a tutt'oggi, si è soliti individuare la matrice dei meccanismi presuntivi. Una suggestione destinata ad accentuarsi ulteriormente se si considera il grado di consapevolezza dell'istituto maturata sotto la vigenza del diritto giustiniano⁶¹.

A quest'ultimo, in particolare, va riconosciuto il merito di aver operato una prima, duplice classificazione tecnica del fenomeno in esame, per un verso, distinguendo tra *praesumptiones hominis* o *facti*, sviluppate spontaneamente dal giudice chiamato a dirimere la controversia e *praesumptiones iuris*, in cui l'argomento di prova veniva tratto direttamente dalla legge. Per l'altro verso, discernendo fra *praesumptiones iuris tantum* e *iuris et de iure*, sulla base della facoltà diversamente concessa alla parte nei cui confronti veniva fatta valere la presunzione, di addurre la prova del contrario. Indici differenziali tuttora sostanzialmente validi nell'ambito della speculazione dottrinale sulla fattispecie presuntiva.

⁵⁷ Così, R. REGGI, *loc. ult. cit.*

⁵⁸ V. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 99.

⁵⁹ A questo specifico proposito, QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, cit., pp. 5, 10, 18, parlava di «*opinio posita in communi omnium intellectu*».

⁶⁰ Sul punto, v. G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento*, cit., p. 493.

⁶¹ È pressoché unanime tra gli studiosi il riferimento al diritto giustiniano quale primitiva fonte regolatrice dell'istituto: V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1966, p. 765 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Giappichelli, Torino, 1946, p. 120; G. COPPOLA, voce *Presunzione*, in *Dig. it.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1924, p. 870; M. KASER, *Beweilast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in *ZSS. R.*, 1954, LXXI, p. 235; E. SCAVO LOMBARDO, voce *Presunzione (dir. canonico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 317; R. REGGI, voce *Presunzione (dir. romano)*, *ibidem*, p. 255 ss. In prospettiva parzialmente diversificata, G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano (loro origine)*, in *Ann. Perugia*, 1931, XLII, p. 1 ss., il quale, sulla base del rilievo che sia la presunzione muciana, per effetto della quale si consideravano provenienti dal marito i beni muliebri dei quali non era altrimenti nota la provenienza, sia la presunzione di sopravvivenza della dote in caso di rinnovazione del matrimonio, si erano formate in epoca classica, ritiene corretto anticipare all'età pre-giustiniana l'inquadramento tecnico-giuridico del fenomeno presuntivo.

Ma v'è un ulteriore aspetto che consente di proiettare in modo ancora più nitido l'esperienza romanistica in tema di presunzioni sugli attuali orizzonti concettuali del fenomeno.

Invero, uno scrupoloso esame delle fonti denota che pure nella *societas* romana lo strumento presuntivo rappresentava una sorta di antidoto contro l'incertezza processuale. Potendosi ricorrere allo stesso sia nei casi in cui la prova dei fatti risultasse particolarmente difficoltosa, sia, addirittura, nelle ipotesi di vera e propria *tabula rasa probatoria*⁶².

Così congegnato, il ruolo della presunzione in età romana appare, del resto, perfettamente in linea con gli stereotipi ben precisi della cultura giuridica dell'epoca.

Agli albori della *civitas*, infatti, l'ideologia processuale era permeata dall'esigenza prioritaria di comporre la lite e ripristinare la pace sociale, anche a discapito dell'accertamento della verità⁶³.

In altre parole, al processo non veniva assegnata una funzione precipuamente cognitiva, essendo preminente, piuttosto, l'interesse a “sedare” il conflitto insorto tra le parti.

Da quest'angolo visuale, le presunzioni ben si prestavano a fungere da strumenti di “pacificazione”, dal momento che le stesse consentivano di ottenere il componimento della controversia senza dover approfondire i *merita causae*. Evidenziandosi, così, il ruolo autentico di *probatio artificialis* esercitato dall'istituto, al quale era assegnato il significato logico di «verità provvisoria»⁶⁴.

Ben diverso il discorso con riferimento alla funzione esercitata dai meccanismi presuntivi in età medievale.

In tale contesto, un grosso incentivo all'utilizzo degli strumenti in esame è derivato dal radicamento del sistema delle prove legali, specialmente nel terreno penale⁶⁵.

Nello specifico, in siffatta categoria, rientravano una serie di mezzi probatori

⁶² In tal senso, G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento*, cit., p. 493.

⁶³ Cfr. L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 7.

⁶⁴ V. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt*, cit., p. 103.

⁶⁵ Più precisamente, l'assetto delle prove legali contemplava la *probatio plena*, risultante sia dalla deposizione di due testimoni, sia dal documento scritto, da soli sufficienti a fondare la condanna; la *probatio semiplena*, sufficiente alla tortura, nel cui novero rientravano la testimonianza singola e una serie di prove indiziarie; e gli *adminicula* cui afferivano tipologie di indizi dotati di minore persuasività probatoria, come l'inimicizia tra il reo e l'offeso, il movente o la fuga. Pur se portata a compimento con la *Constitutio criminalis carolina* del 1532, in dottrina si ritiene che simile impostazione gerarchica delle prove legali si fosse già consolidata nel corso del XIII secolo. Cfr. H. LEVY, *L'évolution de la preuve dès origines à nos jours. Synthèse générale*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, XVII. *La preuve*, t. 2, Bruxelles, 1965, p. 38. In tal senso, anche A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 60.

preventivamente individuati a livello normativo secondo una precisa graduatoria e «tariffati quasi aritmeticamente, così che il giudice era obbligato a condannare se quelle date prove si fossero raggiunte, e ad assolvere in caso contrario, ovvero a condannare a pena arbitraria se soltanto alcune prove si fossero avute»⁶⁶. Una vera e propria «algebra delle prove»⁶⁷, in cui il valore persuasivo del singolo dato istruttorio era predeterminato *ex auctoritate legis*.

In tale ambito, in particolare, la presunzione legale era assimilata, quanto ad efficacia dimostrativa, al «*notorium factum*», il quale dispensava le parti dall'onerare della prova⁶⁸.

Come noto, l'imposizione di talune regole di prova legale fungeva da contrappeso rispetto alla connotazione fortemente autoritaria del sistema processuale medievale, volto a realizzare l'interesse superiore alla restaurazione dell'ordine giuridico violato. Il che, sotto il profilo delle logiche probatorie, comportava, evidentemente, la totale mancanza di vincoli per il giudice in relazione alla raccolta del materiale istruttorio.

Non si tarda a comprendere che in un modello così strutturato, la tradizione delle cosiddette «regole di giudicatura»⁶⁹ avrebbe ben presto finito per assumere quasi una valenza difensiva per la persona sottoposta al processo.

Come concordemente si ritiene, infatti, la previsione di simili barriere legislative era chiamata «a svolgere il ruolo di baluardo contro il prepotere del giudice»⁷⁰.

In questa prospettiva, lo stesso impiego delle presunzioni appariva strumentale ad offrire all'inquisito un minimale presidio di tutela dinanzi all'incontenibile *potestas puniendi* esercitata dagli organi giurisdizionali.

Nel precostituire il valore giuridico di determinati fatti probatori, i congegni

⁶⁶ V. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Utet, Torino, 1932, p. 189.

⁶⁷ Così, L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 196.

⁶⁸ Più specificamente, le *praesumptiones iuris tantum* e le *praesumptiones iuris et de iure* venivano etichettate con la formula «*notorium praesumptionis*», ponendosi, così, al massimo livello della gerarchia delle fonti di prova, (V., G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Napoli, 1979, p. 5 ss.; A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 187 ss.). Ad un livello subordinato del sistema gerarchico, si collocava la *praesumptio hominis* che, insieme alla testimonianza singola, rientravano nella sfera della *semiplena probatio*, e che per poter spiegare la pur minima efficacia probatoria, necessitavano di riscontri provenienti dal giuramento suppletorio, o, in alternativa, dal giuramento purgatorio.

⁶⁹ Per tale riferimento, v. M. NOBILI, voce *Libero convincimento del giudice*, cit., p. 1.

⁷⁰ Così, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 315. In tal senso, M. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "common law" "civil law"*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 236; V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 32; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. I, Vallardi, Milano, 1927, p. 320.

presuntivi rappresentavano, così, uno sorta di “scudo di protezione” per l’accusato, altrimenti destinato a subire gli effetti di una vera e propria «“anarchia” nelle operazioni conoscitive del giudice»⁷¹. Al contempo, proprio perché sottraevano la materia della prova alla umana fallibilità dello stesso giudicante⁷², i meccanismi *de quibus* fungevano anche da calmieri dei rischi fisiologici di errore giudiziario. Un ruolo del tutto nuovo e inedito e che, in un certo senso, già presagiva un possibile impiego “virtuoso” delle presunzioni, da incoraggiare ogniqualvolta il ricorso esclusivo al libero convincimento dell’organo giurisdizionale potesse risultare inidoneo o, addirittura, nocivo per la tutela degli interessi coinvolti nella vicenda processuale⁷³.

Oltre che per aver prefigurato la possibilità di scenari alternativi, in cui l’utilizzo della presunzione finisce, in fondo, per apparire desiderabile anche nell’ambito del processo penale, il diritto intermedio si contraddistingue per l’importante contributo conoscitivo dell’istituto offerto dagli studiosi del tempo.

Da questo specifico punto di vista, vanno, anzitutto, sottolineati gli sforzi ermeneutici di natura classificatoria intesi a distinguere il fenomeno presuntivo da quello della finzione giuridica, con cui il primo veniva spesso volte inopinatamente confuso. Di qui, la recisa negazione di un utilizzo promiscuo delle due categorie, dal momento che solo la «*praesumptio fundatur in veritate*», mentre la «*fictio est adversus veritatem*»⁷⁴.

D’altronde, si reputa corretto attribuire proprio agli interpreti medievali un primo tentativo definitorio⁷⁵ della fattispecie presuntiva come «*argumentum ad credendum factum surgens ex probatione alterius facti*»⁷⁶. Una perifrasi che sembra individuare il tratto qualificante del fenomeno nel ragionamento logico di tipo deduttivo attraverso il quale, muovendo da un fatto noto, esistente nella real-

⁷¹ In questi termini, efficacemente, E. AMODIO, *loc. ult. cit.*, p. 311.

⁷² In tal senso, S. BORGHESE, voce *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1966, p. 773; V. DENTI, *L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 32.

⁷³ Una percezione che oggi sembra trovare palpabile riscontro, ad esempio, nella congenita ed incolpevole debolezza della discrezionalità giudiziale dinanzi alla grave minaccia del terrorismo *jihadista*, sempre più difficile da contrastare nella misura in cui lo stesso si è ormai capillarmente diffuso anche nelle comunità occidentali. Per alcune riflessioni su tale profilo, v., *infra*, parte seconda, cap. II, §2 e cap. III, § 3.

⁷⁴ In questo senso, si vedano i Trattatisti, ANDREA ALCIATO, *Tractatus de praesumptionibus*, Venetiis, 1564 e JACOPO MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis, 1617.

⁷⁵ In tal senso, D. PEDRELLI, *Le presunzioni giudiziali nel diritto canonico. Breve excursus storico dell’istituto della presunzione giudiziale e suo uso nella giurisprudenza rotale*, in *Dir. eccl.*, 2002, p. 715.

⁷⁶ Cfr. TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, (1214-1216), *Pillii, Tancredi et Gratiae libri de iudiciorum ordine*, ed. Bergmann, p. 3.

tà, è possibile risalire al fatto sconosciuto, oggetto di prova⁷⁷.

Così, sulla falsa riga di tale definizione, prendeva forma anche una nuova lettura quadripartita dell'istituto, declinata in base al diverso atteggiarsi del rapporto tra *factum probans* e *factum probandum*, e al conseguente grado di vincolatività della presunzione rispetto al convincimento del giudice investito della *quaestio facti*.

In quest'ottica, in ordine crescente, si distingueva tra presunzione "leggera" o "temeraria", ritenuta inidonea a spiegare efficacia nel giudizio, sia pure quale elemento meramente indiziante, stante il suo carattere di assoluta inattendibilità; presunzione "probabile", che, pur traendo origine da una situazione di notorietà del fatto presunto, abbisognava comunque, di una qualche corroborazione probatoria estrinseca; presunzione "violenta", risultante da una pluralità di indizi possibili e idonea a fondare la decisione del giudice in assenza di prove contrarie e, da ultima, la presunzione "necessaria", che non ammetteva alcuna possibilità di controprova in quanto ritenuta in assoluto decisiva per i fatti di causa⁷⁸.

Nonostante gli indiscutibili passi avanti nell'inquadramento teorico dell'istituto, il diritto medievale non è, però, riuscito a compiere una radicale modernizzazione del concetto giuridico di presunzione.

Con buone probabilità, almeno in parte, ha remato contro quel *favor veritatis* di ascendenza canonistica⁷⁹ che ha sempre esercitato una forte influenza sul processo di diritto comune. Un obiettivo ideale di perfetta coincidenza tra verità storica e verità processuale, dinanzi al quale persino la stessa *praesumptio iuris et de iure* poteva finire talvolta per capitolare, se fosse stata di ostacolo al raggiungimento della certezza morale sulla verità oggettiva. Di qui, la previsione di deroghe eccezionali al divieto di prova contraria, con conseguente possibilità di smentita sia del fatto assunto dalla legge come certo, sia di quello costituente un cosiddetto "*notorium facti permanentis*", in quanto tale, oggetto di conoscenza generalizzata⁸⁰.

Approfondendo l'indagine storiografica è possibile constatare, allora, che la vera svolta nel processo di maturazione intellettuale del fenomeno presuntivo si è avuta con l'avvento dell'Illuminismo giuridico e della successiva codificazione napoleonica che ne ha costituito la propaggine normativa.

Determinante, in quest'ottica, la metamorfosi subita dal concetto di conoscenza giudiziale, una volta abbattuto lo spartiacque del diritto intermedio. Da

⁷⁷ Per tali rilievi, v., A. CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 261.

⁷⁸ TANCREDI, *Ordo iudicarius*, cit., p. 258.

⁷⁹ Cfr., per tutti, P.A. BONNET, voce *Sentenze ecclesiastiche*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3.

⁸⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Utet, Torino, 2012, vol. II, p. 471, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti agli Autori di diritto comune.