

Capitolo I

Le presunzioni legali: dai modelli alle attuazioni

SOMMARIO: 1. La rieducazione del condannato e le logiche presuntive. – 2. La dogmatica processualciviltistica in tema di presunzioni. – 3. Le presunzioni nel processo penale. – 3.1. *Praesumptio iuris et de iure*. – 3.2. *Praesumptio iuris tantum*. – 4. I modelli presuntivi nella sperimentazione legislativa.

1. *La rieducazione del condannato e le logiche presuntive*

L'esecuzione penale è stata a lungo ritenuta una mera appendice del processo, «suggerimento burocratico del diritto penale materiale»¹.

La concezione retributiva della pena, in uno con il principio di intangibilità del giudicato, ha giustificato la creazione di un sistema povero di garanzie processuali e improntato all'applicazione del *dictum* giudiziale nella sua rigida immutabilità².

¹La celebre espressione appartiene a G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 231. In tema v. anche, *ex plurimis*, V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, *ivi*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 489 ss.; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 23; A. SANTORO, *L'esecuzione penale*, Utet, Torino, 1953, p. 174 ss.; A. PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. giur.*, V, Agg., Treccani, Roma, 1996, p. 1 ss.

²G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1 ss., il quale mette in evidenza come la disciplina dell'esecuzione penale rifletta proprio «le scelte politico-legislative operate a monte dal legislatore in ordine ad alcuni dei grandi temi del diritto e della procedura penale: le finalità attribuite alla pena in un caso, e le valenze assegnate al giudicato nell'altro caso, rappresentano [...] due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam*».

Una fase eminentemente amministrativa, dunque, estranea ai caratteri tipici della giurisdizione, che affidava al giudice dell'esecuzione e a quello di sorveglianza funzioni integrative del provvedimento emesso nel processo di cognizione, e guardava al detenuto non come ad un soggetto titolare di diritti, ma come ad uno strumento attraverso cui perseguire obiettivi di prevenzione generale e difesa sociale³.

Le scelte di principio operate dalla Costituzione, però, hanno minato le fondamenta ideologiche di tale impostazione, da un lato sottraendo la pena alla staticità del regime retributivo per collocarla nella prospettiva del finalismo rieducativo, dall'altro conferendo all'esecuzione penale carattere giurisdizionale⁴.

Il principio rieducativo scolpito nell'art. 27 Cost. ha così imposto un radicale ripensamento delle attività *post rem iudicatam*: il momento risocializzante, ponendosi come fattore di rottura nei confronti della logica meramente retribuzionistica, ha preteso flessibilità nell'attuazione della pena, al fine di adeguarla alla specificità di ciascun condannato, sia sotto il profilo della durata che delle sue concrete modalità attuative⁵.

³Sul carattere essenzialmente burocratico dell'esecuzione penale durante la vigenza del Regolamento penitenziario del 1931 v., *ex plurimis*, V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 489 ss.; F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, Torino, 1990, p. 286 ss.; G. DEAN, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 231 ss.; A. PRESUTTI, voce *Esecuzione penale*, cit., p. 1. Come ha rilevato G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, XIX, Utet, Torino, 1995, p. 43 ss., si guardava al carcere come istituzione: a) impermeabile e isolata dalla società libera; b) retta dalla violenza, vera e propria regola di governo nei rapporti tra gli agenti e i detenuti; c) caratterizzata dalla previsione di una «struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'Amministrazione penitenziaria». Sulla necessità di un cambio di passo in senso giurisdizionale, autorevolmente, F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 214 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1939, p. 570 ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, p. 206 ss. Per ampi riferimenti al contenuto dei regolamenti carcerari del 1891 e del 1931 si rinvia a G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V/2, I documenti, Einaudi, Torino, 1973, p. 1912 ss.

⁴Sull'impatto dell'art. 27, comma 3, Cost. sulla fase *post rem iudicatam* si rinvia alle limpide considerazioni di F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 267; nonché a F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 26 ss.; e a P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in ID. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 7° ed., Monduzzi, Milano, 2019, p. 1 ss. S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 11, definisce il precetto costituzionale *de quo* «norma-radice» dell'esecuzione penale. Per un'analisi più approfondita sul principio rieducativo e sulle sue declinazioni v. *infra*, cap. II, § 1.

⁵In relazione alla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, costituzionalmente imposta nel momento in cui si consente alla magistratura di sorveglianza di modificare la pena determinata nella sentenza di condanna, v. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 64 ss.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 6 ss.

La proclamazione della funzione rieducativa, quindi, non solo ha comportato l'estensione delle garanzie di giurisdizionalità alla fase esecutiva, ma soprattutto ha reso necessaria la creazione di meccanismi di controllo *in itinere* dei risultati del trattamento che seguissero le regole che governano la fase di cognizione. In questo senso si è detto che la giurisdizionalizzazione di tale fase abbia preteso non solo interventi di tipo "quantitativo", ma anche e soprattutto "qualitativo", affinché a qualificarne la funzione fosse non tanto l'organo che vi era adibito ma il corredo delle garanzie formali che ne presidiavano l'esercizio⁶.

Di base vi era l'idea, scolpita nella carta costituzionale, ma poi progressivamente chiarita dalla Consulta⁷, secondo cui il momento esecutivo, al pari di quello *stricto sensu* processuale, avesse pur sempre ad oggetto la libertà personale, essendo destinato a sfociare in decisioni che la dilatano o la comprimono, a seconda degli esiti. Dopo il passaggio in giudicato della sentenza di colpevolezza, dunque, non si assiste ad una caduta delle garanzie fino a quel momento riconosciute bensì ad un loro conformarsi al nuovo *status* del soggetto, non più imputato ma condannato⁸.

Allo stesso modo, la vocazione cognitiva del processo, quello «sforzoagliardo, dominatore», che «lo investe ed incalza incessantemente»⁹, non viene meno nel segmento successivo alla condanna ma si trasforma: da "giudizio sul fatto", così come ipotizzato dall'accusa, a "giudizio sull'uomo", ovvero sul percorso di riabilitazione condotto in concreto dal detenuto.

Il primo guarda al passato, il secondo guarda al futuro, entrambi però hanno carattere epistemico e sono espressione di quel cognitivismo processuale che costituisce l'essenza del nostro sistema e impone la verificabilità e la falsificabilità come metodo di conoscenza¹⁰.

⁶ V., sul punto, le approfondite riflessioni di G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 100; nonché, in una prospettiva più ampia, A.A. DALIA-G. PIERRO, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 1989, p. 2.

⁷ Emblematica in tal senso è Corte cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, p. 802 ss., la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 636 e 637 c.p.p. 1930, nella parte in cui consentivano che i provvedimenti del giudice di sorveglianza in materia di misure di sicurezza potessero essere adottati senza tutela del diritto di difesa, sottolineava vigorosamente il preminente valore dell'interesse umano oggetto del procedimento in questione, ovvero l'interesse «supremo della libertà personale» («amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale un tale interesse viene in questione davanti ad un giudice» – affermava la Corte – «spetta sempre al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa»).

⁸ In termini P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, cit., p. 1; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 43.

⁹ E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Vallardi, Milano, 1921, p. 1.

¹⁰ Il riferimento è, chiaramente, a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989, p. 7 ss. L'Autore contrappone il cognitivismo processuale, che

Il modello garantista cui è informato il processo penale, in ogni sua fase, rifugge quindi una epistemologia decisionista, in favore del principio del libero convincimento del giudice, da intendersi proprio come «rifiuto di ogni limitazione della libertà di valutazione della prova, sottratta a qualsiasi meccanismo di preventivo dosaggio della sua persuasività stabilito a priori dal legislatore»¹¹, pur senza scadere mai in una «discrezionalità pura e arbitraria che si muove al di fuori dei binari e dei “percorsi di verità” delineati dalle regole del codice di rito»¹².

Esistono delle innegabili differenze fra la fase di cognizione e quella *post rem iudicatam*, dall'attivabilità *ex officio* del procedimento all'assenza della pubblicità e ai limiti alla presenza personale in udienza, dalla debolezza del contraddittorio alla tendenziale cartolarità del giudizio, ma il metodo della conoscenza rimane invariato¹³.

Questo assunto si è tradotto in un orientamento di politica legislativa che puntava dichiaratamente ad irrobustire le garanzie giurisdizionali *in executivis*. Dapprima, tale aspirazione si è manifestata nell'enunciazione della direttiva n. 79 della prima legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (art. 2, n. 79, l. 3 aprile 1974, n. 108), ove si dedicava particolare attenzione all'esigenza di un «*effettivo* giudizio sulla pericolosità del reo», evidentemente funzionale al suo reinserimento sociale, oltre che alla necessità di giurisdizionalizzare i procedimenti concernenti la modificazione e l'esecuzione della pena¹⁴. Successivamente, questa ambizione ha guidato l'emanazione del-

costituisce la spina dorsale del modello garantista accusatorio, al decisionismo tipico dei sistemi autoritativi di tipo inquisitorio. Nel primo, si richiede la ricorrenza di due presupposti fondamentali, ossia la verificabilità dell'ipotesi accusatoria, *ex se* assertiva, e la prova empirica dei fatti; nel secondo, invece, il giudizio non ha carattere cognitivo ma potestativo, secondo il brocardo «*auctoritas, non veritas, facit iudicatum*».

¹¹ E. AMODIO, *Liberò convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 3. Sul tema, autorevolmente, G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo rito*, *ivi*, 1992, p. 1255 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 38 ss.; ID., voce *Liberò convincimento del giudice*. II) *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, p. 1 ss.; ID., *Storie d'una illustre formula: il “libero convincimento negli ultimi trent'anni”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 ss.

¹² Così M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 27 ss., che ulteriormente osserva come proprio «il sistema del convincimento libero impon(ga) la scrupolosa osservanza di un metodo legale probatorio, il quale diviene appunto un valore, nel momento in cui mira ad impedire la degenerazione della libertà del giudice in dispotismo, assicurando anche in caso di condanna il rispetto di determinati principi».

¹³ Per un approfondito studio teso a verificare la tenuta della disciplina esecutiva rispetto ai valori costituzionali che presidiano il processo di cognizione si rinvia a S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., pp. 5 e 228 ss.

¹⁴ In questi termini v., ancora, S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., p. 16.

la l. 26 luglio 1975, n. 354, i cui principi ispiratori miravano ad estendere all'accidentato terreno dell'attuazione della pretesa punitiva l'ampio corredo dei diritti e delle garanzie di rilievo costituzionale. Infine, è confluita nel nuovo codice di rito che, almeno nelle intenzioni, puntava a creare un modello di giurisdizione rieducativa che «recasse inequivoche le stimmate accusatorie della riforma»¹⁵ e prevedesse un ingranaggio processuale più sofisticato di valutazione della pericolosità del condannato¹⁶.

Senonché, da tempo, la dottrina ha segnalato l'avanzata di dinamiche di accertamento della pericolosità sociale a carattere decisionista, che hanno progressivamente rinunciato all'apporto dei tradizionali parametri fondati sull'osservazione dell'individuo e sulla sua risposta al trattamento penitenziario, a favore di meccanismi che misurano la personalità del condannato sulla base del reato commesso.

Si tratta di un «modello costitutivo»¹⁷ di accertamento, che sottrae al giudice di sorveglianza l'oggetto della propria valutazione (la pericolosità del condannato, appunto), poiché il giudizio è stato formulato *ex ante* in sede legislativa.

Invero, l'inarrestabile avanzata di simili metodi “alternativi” e “facilitati” di conoscenza nella fase esecutiva della pena rappresenta soltanto uno specifico punto di emersione di un fenomeno assai più ampio, che interessa ogni segmento del processo¹⁸.

Il riferimento – è bene chiarirlo – non va a quei meccanismi agevolati di verifica del *thema probandum*, né agli strumenti di giustizia penale negoziata: tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, la scorciatoia probatoria è suggerita da esigenze comunque ascrivibili allo sviluppo procedimentale (rispettivamente,

¹⁵ Così G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 6, il quale ricorda come nell'ambito del processo di codificazione del 1988 fosse stata soprattutto la legge-delega n. 81/1987 a costringere ad un ripensamento dei fondamenti dogmatici del procedimento di esecuzione, in generale, e del procedimento di sorveglianza, in particolare. Il richiamo in essa contenuto ad una necessaria giurisdizionalizzazione *in executivis* ha diffuso ampie aspettative, che sono in realtà rimaste sostanzialmente tali. Sul punto, tra i molti, F.R. DINACCI, *Il momento esecutivo tra giurisdizionalità incompiuta e potenzialità revocatorie*, in ID. (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 600 ss.; A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 27 ss.

¹⁶ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 48.

¹⁷ Ricorre nuovamente la terminologia coniata da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 510 ss., secondo cui il modello costitutivo (o decisionista), in antitesi rispetto a quello dimostrativo (o cognitivo), si caratterizza proprio per il rifiuto della valutazione giudiziale in favore di pregiudizi stabiliti per via normativa.

¹⁸ Su questi temi v. *amplius* F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 6.

dalla complessità intrinseca di talune fattispecie incriminatrici¹⁹ o da precise scelte processuali dell'imputato²⁰).

Il problema si pone, piuttosto, quando questi strumenti alternativi di accertamento sono imposti da scelte di politica criminale assunte nel segno dell'emergenza.

È quello che è accaduto nella recente stagione di riforme: dinanzi alla recrudescenza di fenomeni criminali di particolare allarme sociale, il legislatore è corso ai ripari "trincerando" il sistema penale attraverso l'inserimento di plurime presunzioni, che sottraggono il giudizio alla discrezionalità del giudice e al suo accertamento in concreto, rimettendolo alle scelte generali del legislatore, nel chiaro tentativo di rendere certa e prevedibile (oltre che predeterminabile) la risposta sanzionatoria²¹.

Si è assistito alla progressiva creazione di un modello di decisione giudiziale basato su regole generali indefettabili, che affidano esclusivamente al legislatore il bilanciamento degli interessi in gioco, con buona pace del principio del libero convincimento del giudice, ridotto a mero esecutore materiale di direttive normative eteroimposte.

Un'operazione di politica criminale che, se da un lato è stata favorita «dai mutevoli venti della deriva securitaria»²², dall'altro è stata pure agevolata dalla grave crisi di sfiducia nei confronti degli organi della giustizia e dalla necessità di proteggere i consociati dai loro errori²³.

Accanto a queste preoccupazioni, poi, si stagliano le esigenze di prevedibilità della decisione: posto lo scarso affidamento sull'effettiva capacità dei giudici di pervenire a soluzioni razionalmente giustificate dei casi individuali, può apparire più sicuro vincolarli al rispetto di norme inderogabili e uniformi, pur

¹⁹ Si pensi ai reati di falso o di bancarotta, in cui l'esistenza del dolo è desunta dalla commissione del fatto tipico. In tema v. E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, I, Utet, Torino, 2008, p. 260.

²⁰ È quello che accade nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, in cui sostanzialmente il giudice rinuncia al pieno accertamento, affidandone le sorti alle parti, che accettano la semplificazione ottenendo in cambio un trattamento sanzionatorio più benevolo.

²¹ Come precisano G. ZAGREBELSKY-V. MARCENO, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 212, il fenomeno non può considerarsi solo una deviazione occasionale, ma torna ciclicamente alla ribalta, accompagnando le stagioni di riforma della giustizia penale.

²² Così L. CARACENI, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1009 ss., che osserva con preoccupazione la tendenza a potenziare la risposta punitiva per placare le pressanti istanze di difesa sociale, frutto dell'elevata frequenza statistica (reale o temuta, poco importa) di talune condotte criminali.

²³ Come osserva F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 247.

nella consapevolezza che tale generalizzazione travolgerà tutta una serie di casi dissimili²⁴.

La presunzione, in sostanza, si è trasformata in uno strumento di controllo sull'operato dell'autorità giudiziaria.

Queste giustificazioni "politiche" hanno fornito la copertura ideologica per una disinvolta sperimentazione di modelli presuntivi in ciascuna delle fasi dell'accertamento – dal giudizio di cognizione all'esecuzione, passando per le procedure incidentali – che ha riportato alla ribalta il "delinquente pericoloso", predisponendo statuti differenziali collegati alla qualità del reato commesso o contestato²⁵.

Tale fenomeno di spersonalizzazione ha travolto così vari istituti dell'ordinamento processuale. Fra questi, un caso emblematico è costituito proprio dagli automatismi che caratterizzano il sistema penitenziario: si pensi a quelli che riguardano i recidivi o i condannati per i gravi delitti di criminalità organizzata. Stessa tendenza è stata seguita anche nel mondo delle cautele: paradigmatico è lo speciale modulo applicativo della custodia cautelare in carcere per tipologie di delitti.

Pur nell'eterogeneità tematica, ciascuno di questi innesti normativi si è risolto nella notevole contrazione della libertà del giudice nella valutazione degli elementi a sua disposizione, da cui è scaturita una vera e propria trasfigurazione del modello di accertamento penale²⁶, ora costruito attorno a rigidi pregiudizi normativi non emendabili sul terreno dell'interpretazione²⁷.

²⁴ Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4930 ss. Come osserva F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 237 ss., «un ambiente decisionale deve tenere conto non solo della possibilità di errori dovuti alla fedele applicazione di una regola di fronte a una realtà imprevedibile, ma anche dei probabili errori commessi da decisori tutt'altro che salomonici quando, svincolati dalle regole, si trovano a dovere applicare al caso in esame direttamente le giustificazioni di fondo. Quando si teme quest'ultimo tipo di errore più di quanto si teme l'altro [...] si ricorre alle regole per ridurre l'errore del decisore, limitando la sua capacità di valutare l'intera gamma di considerazioni potenzialmente difficoltose e complesse [...]: invece di lasciare che i decisori passino al vaglio una vasta, complessa e varia gamma di fattori, le regole offrono quale sostituto una decisione basata su un numero minore di fattori facilmente identificati, facilmente applicati e facilmente controllabili da terzi».

²⁵ Così G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, Relazione al Convegno su "Pericolosità e giustizia penale", Udine, 25 e 26 marzo 2011, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2011, p. 1.

²⁶ Sembra quasi essere tornato in auge quel modello di processo penale di chiara matrice offensiva, in cui il giudice «non cerca la verità del fatto ma cerca nel prigioniero il delitto», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XVII, 46, a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2007.

²⁷ Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., p. 4911. Come precisa SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., p. 30, queste generalizzazioni trin-

Un *modus legiferandi* che ha in sé le potenzialità di un vero e proprio *tsunami* sistematico, destinato a cagionare scompensi sia interni che esterni al processo.

Quanto ai primi, è facilmente intuibile come l'inserimento nel tessuto codicistico di plurime presunzioni legali ben possa influire sul piano delle garanzie difensive, in particolare sul diritto di difesa e su quello al contraddittorio.

Predeterminare gli esiti dell'accertamento significa, infatti, non solo tradire il canone del libero convincimento del giudice, ma anche sconfessare il principio dispositivo che regge il sistema.

Più precisamente, da un lato, le parti vedono sensibilmente ridotte le proprie prerogative in ordine alla formazione della prova, fino quasi a "subire" gli effetti giuridici imposti dalla presunzione, potendo tutt'al più interloquire attivamente solo *ex post*, e ove il congegno presuntivo impiegato lasci degli spazi per la prova contraria; dall'altro, il giudice si vede notevolmente ristretto nella sua libertà valutativa posto 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 accertativo da parte dell'organo giudicante²⁸.

Accanto agli scompensi interni, attinenti – in definitiva – alla fisiologia del rapporto processuale, l'abuso delle presunzioni può altresì condurre a squilibri esterni.

Se si osserva il tema da un angolo visuale più ampio, infatti, ci si avvede che questa tecnica di produzione normativa è destinata ad alterare l'equilibrio fra libertà di auto-determinazione dell'organo giurisdizionale e autorità della legge, sbilanciando il sistema solo a favore di quest'ultima.

Di certo, se tale *modus legiferandi* fosse sempre e comunque al servizio dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella vicenda penale non vi sarebbe da preoccuparsi: se, infatti, le presunzioni venissero usate unicamente per proteggere i consociati dall'imprevedibilità della prassi o dagli errori dei giudici, nulla potrebbe opporsi al rafforzamento della legalità²⁹. Senonché, in alcuni contesti procedimentali, sembra invece che la presunzione sia stata usata non già in funzione di garanzia dei diritti soggettivi, ma in chiave ostativa, come limite nei confronti dell'organo giudicante³⁰.

cerate forniscono ragioni per agire e per decidere «semplicemente in virtù della loro esistenza in quanto regole, e, pertanto, generano una pressione normativa anche in quei casi in cui le giustificazioni (le *rationes*) ad esse sottese indicano il risultato contrario».

²⁸ Cfr. F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, cit., p. 11 ss.

²⁹ Così E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 316.

³⁰ L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013,

Ciò ha comportato innanzitutto il ribaltamento di quel modello costituzionale e convenzionale d'accertamento d'età *post-moderna*, «meno giuspositivisticamente legicentrico, e dunque intessuto di principi prima ancora che di regole, più aperto alla concretizzazione giurisprudenziale, [...] più incline a operazioni giudiziali di bilanciamento tra beni giuridici o tra esigenze di tutela in conflitto, operazioni effettuate comunque tenendo conto delle peculiarità dei casi concreti (o meglio dei casi tipologici) che richiedono di essere sottratti alla sovra-inclusività delle fattispecie incriminatrici generali e astratte»³¹.

Non solo. Guardando al meccanismo presuntivo come una sottrazione, da parte del potere legislativo, di quote di discrezionalità giurisdizionale, il tema dell'indagine si amplia sino ad involgere l'equilibrio ordinamentale e il principio della riserva di giurisdizione.

Il valore assegnato al congegno presuntivo rischia, così, non solo di oscurare la funzione cognitiva cui il processo penale rimane inevitabilmente ispirato, anche nella fase *post rem iudicatam*, ma altresì di innescare pericolosi scompensi sul piano dei rapporti fra i poteri dello Stato.

2. La dogmatica processualciviltistica in tema di presunzioni

Il fenomeno presuntivo nasce e si sviluppa nell'ambito del processo civile.

Si deve al *code Napoléon* il merito di aver positivizzato per la prima volta l'istituto³², conferendogli autonomia concettuale e operativa negli artt. 1349 ss.

Nell'esperienza francese *post* rivoluzionaria la *praesumptio* veniva utilizzata come mezzo legale di rigida e precostituita guida del giudice. Essa s'inscriveva

p. 2497 ss., parla a tal proposito di una poco consueta declinazione del principio di legalità; ID., *Deflazione carceraria e tutela giurisdizionale penitenziaria: nuovi propositi e illusioni normative*, in R. DEL COCO-L. MARAFIOTTI-N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 4 ss.

³¹ In questi termini si esprime G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 15.

³² Invero, è pressoché unanime tra gli studiosi il riferimento al diritto bizantino quale primitiva fonte regolatrice dell'istituto. V., *ex multis*, V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, p. 765 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 1946, p. 120; G. COPPOLA, voce *Presunzione*, in *Dig. it.*, XIX, Utet, Torino, 1924, p. 870; R. REGGI, voce *Presunzione (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 255 ss.; E. SCAVO LOMBARDO, voce *Presunzione (dir. canonico)*, *ivi*, p. 317. *Contra*, G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano (loro origine)*, in *Ann. Perugia*, XLII, 1931, p. 1 ss.; ID., *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 492 ss., secondo il quale l'inquadramento tecnico-giuridico del fenomeno presuntivo sia avvenuto in età pregiustiniana, allorché si formò la presunzione Muciana.

in un quadro conoscitivo del giudicante a cui era del tutto estranea qualsivoglia attività critica di prova e, di conseguenza, di giudizio di fatto, inteso come giudizio *sulla* prova.

Il fenomeno presuntivo, così, che si manifestasse sotto forma di *praesumptio iuris* o di *praesumptio hominis*, veniva trattato come un istituto unitario afferente al diritto delle prove.

La successiva diffusione del *code civil* in Europa ha comportato la circolazione di questo modello negli altri ordinamenti giuridici, ed infatti può dirsi che l'evoluzione sino ai nostri giorni del concetto di presunzione risulta essere il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale formatasi proprio in relazione a queste previsioni³³.

Non è un caso allora che, riproducendo quasi testualmente la formula utilizzata nell'art. 1349 *code Napoléon*, l'art. 1349 c.c. 1865 abbia definito le presunzioni come le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto³⁴.

La scelta del legislatore è stata nel senso di adoperare una sola norma, di carattere generale, per definire tanto le presunzioni legali³⁵, in funzione delle quali si elimina (se sono assolute³⁶) o si inverte (se sono relative³⁷) l'onere della prova³⁸, e le presunzioni semplici che vengono "tratte" dal giudice, donde anche il nome tradizionale di *praesumptiones hominis*³⁹.

³³ Per gli sviluppi successivi alla Rivoluzione francese si veda A. CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 260 ss.

³⁴ Sulle presunzioni nel codice 1865 v., *ex multis*, A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel diritto civile*, La Celere, Palermo, 1920, *passim*; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, F.lli Bocca, Torino, 1890, p. 6, che critica la nozione di presunzione contenuta nell'art. 1349 c.c. 1865, accusato di «soverchia larghezza» perché incapace di cogliere la differenza strutturale tra la prova presuntiva e le altre prove.

³⁵ Art. 1350 c.c. 1865: «La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o fatti. Tali sono: 1. Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode delle sue disposizioni; 2. I casi ne' quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze; 3. L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata».

³⁶ Art. 1352 c.c. 1865: «La presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo».

³⁷ Art. 1353 c.c. 1865: «Non è ammessa nessuna prova contro la presunzione legale, quando sul fondamento di essa si annullano certi atti o si nega l'azione in giudizio, salvo che la legge abbia riservato la prova in contrario».

³⁸ In argomento V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, cit., p. 766; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, p. 645 ss.; F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 286 ss.

³⁹ Art. 1354 c.c. 1865: «Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente ne' casi in cui la legge ammette la prova testimoniale».

Questa nozione “promiscua” merita di essere osservata da vicino.

La presunzione, sia che fosse posta *ex ante* dal legislatore, sia che fosse affidata *ex post* alla prudenza del giudice, si riteneva essere la conseguenza tratta dal fatto noto: vale a dire che essa era la conclusione di una estrapolazione euristica e l’oggetto di tale estrapolazione era il fatto noto⁴⁰.

La funzione della *praesumptio* era, dunque, quella di risalire per estrazione dal noto all’ignoto, indicandosi con il fatto ignoto quello giuridicamente rilevante cui l’ordinamento assimila la produzione di effetti giuridici, e con il fatto noto l’elemento idoneo ad estrapolare il fatto sconosciuto.

Attraverso l’adozione di un simile meccanismo era quindi possibile affermare l’esistenza di un fatto non percepito, ma giuridicamente rilevante. Mentre, però, le presunzioni legali si riteneva avessero lo scopo di «scemare l’arbitrio del giudice nell’apprezzamento delle prove, agevolandogli la decisione delle questioni di fatto»⁴¹, le presunzioni semplici, invece, si identificavano con quelle prove finalizzate alla formazione del convincimento dell’autorità giudiziaria.

Pur riconoscendosi questa differenza, si era però preferito configurare l’istituto in modo unitario, in ragione della convinzione – pure autorevolmente sostenuta – che tutte le presunzioni, semplici o legali, avessero la medesima genesi logica, ovvero il «calcolo di probabilità»⁴².

Ed è stata proprio la pretesa di unificarle nell’ambito di un unico istituto giuridico che ha generato numerosi dubbi ermeneutici.

La dottrina maggioritaria, infatti, ha da sempre sottolineato la ridotta capacità esplicativa della norma rispetto al complesso fenomeno presuntivo, evidenziando come fosse improprio coglierlo *tout court* sul campo probatorio.

La presunzione, infatti, non sempre è riconducibile a quegli strumenti di

⁴⁰ Nella dottrina processualcivile per la nozione di presunzione si veda F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 265, secondo il quale «la presunzione è un fatto di accertamento del quale va scoperto il grado di preclusività»; per L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, cit., p. 6, la presunzione costituirebbe una «supposizione della verità di un fatto per conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto». In merito alla declinazione della presunzione in generale, quale strumento di accertamento, e per la sua ricostruzione quale prova non rappresentativa, si rinvia a F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p. 681 ss.

⁴¹ C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, V, F.lli Cammelli, Firenze, 1909, p. 134, il quale, prendendo le mosse da un chiaro interrogativo «Sono veramente presunzioni, nel senso logico già indicato, le presunzioni legali e specie quelle assolute?» (*ivi*, p. 94), conclude che tutte le presunzioni, anche quelle legali, hanno la stessa “genesì logica”; tuttavia, le presunzioni legali hanno una particolare funzione giudiziaria in punto di prova contraria, essendo il loro scopo quello di «scemare l’arbitrio del giudice nello apprezzamento delle prove, agevolandogli la decisione delle questioni di fatto». Seguendo questa impostazione, anche le presunzioni legali sono prove, se pur precostituite dal legislatore.

⁴² Lo rileva L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, cit., p. 20 ss.

conoscenza che, posti dalla legge nella disponibilità delle parti in causa, accedono ad un giudizio logico di valutazione della controversia finalizzato a verificare la veridicità o meno del fatto ignoto⁴³. Soltanto la presunzione semplice si svilupperebbe in un giudizio logico di conoscenza; di diversa natura sarebbe la presunzione legale, che andrebbe intesa come l'affermazione di un fatto in base alla legge, fatto che perciò non necessita di prova⁴⁴.

Si precisava, a tal proposito, come un conto sia l'illazione cui ricorre il giudice, altro conto sia l'illazione della legge⁴⁵. La prima sarebbe diretta alla ricostruzione del fatto e al convincimento dell'autorità giudiziaria, in chiara funzione logica; le altre riguarderebbero, invece, l'applicazione di una norma alla fattispecie⁴⁶.

Benché la dottrina maggioritaria avesse sottolineato con forza l'errore concettuale insito nell'art. 1349 c.c. 1865, consistente nel disciplinare «nella stessa norma, e come se fossero la stessa cosa, due fenomeni completamente diversi»⁴⁷, questa stessa impostazione è stata poi confermata anche nel passaggio al nuovo codice, cristallizzata nell'art. 2727 c.c.⁴⁸.

Definendo le presunzioni come «le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato», l'art. 2727 c.c. accosta le presunzioni legali, che secondo il disposto dell'art. 2728 c.c. «dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite», alle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c. che, «lasciate alla prudenza del giudice», attengono invece alla prova dei fatti nel giudizio e per questo sono

⁴³ Cfr. F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, cit., p. 24.

⁴⁴ «Prova e presunzione si pongono quindi tra loro in rapporto di alternatività, nel senso che un fatto non deve essere provato se costituisce oggetto di una presunzione legale», come specifica S. PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, n. 1, p. 477.

⁴⁵ Così R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere delle prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, n. 1, p. 407.

⁴⁶ Sulla diversità fra presunzioni legali e semplici nel codice del 1942 v. V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, cit., p. 766, secondo cui si tratterebbe di una norma a contenuto formale che non indica le conseguenze che la legge o il giudice trae dal fatto noto, limitandosi a delineare il rapporto tra fatto noto e fatto ignoto secondo la struttura del procedimento deduttivo. Parla di «irriducibile diversità» G. FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. disc. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1996, p. 280; conf. S. PATTI, *Probatio e praesumptio*, cit., p. 481.

⁴⁷ Così M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1165 ss.

⁴⁸ Pur riproducendo quasi testualmente la norma del codice del 1865, una significativa differenza è l'eliminazione dell'autorità di cosa giudicata dal novero delle presunzioni legali, scelta che ha il merito di circoscrivere l'istituto delle presunzioni nell'ambito della prova. Per queste considerazioni V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, cit., p. 767.