SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

"TULLIO ASCARELLI"

Diritto Penale IUS/17

XXI Ciclo

LE PRESUNZIONI NEL DIRITTO PENALE

DOTTORANDO

Carlo Pecoraro

COORDINATORE E TUTOR
Chiar.mo
Prof. Mario Trapani

ANNO ACCADEMICO 2007/2008

INDICE

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I

L'ISTITUTO DELLE PRESUNZIONI.

LE PRESUNZIONI LEGALI ASSOLUTE

1. Le presunzioni: cenni storici 6
2. Classificazione delle presunzioni 8
3. Le presunzioni nel diritto penale: cenni 17
4. Le presunzioni legali assolute: natura giuridica 18
5. (segue) presunzioni assolute come istituto sostanziale 20
6. (segue) presunzioni assolute come prove: la fissazione formale del fatto 22
7. Le presunzioni assolute "improprie" 33
8. Presunzioni assolute e *ratio* della fattispecie 36
9. Presunzioni assolute e finzioni 38

CAPITOLO II

LE PRESUNZIONI LEGALI RELATIVE

1. Le presunzioni legali relative: cenni 42
2. Natura giuridica: le presunzioni legali relative come prova 43
3. Le presunzioni legali relative come regola di giudizio 46
4. (segue) la questione dell'onere della prova nel processo penale 47

5. (segue) le presunzioni come “fatti opposti agli elementi impeditivi” e l’onere della prova degli elementi negativi.....56
6. Le presunzioni legali relative come istituto surrogatorio 65
7. Le presunzioni legali relative come istituti costitutivi di fattispecie a doppio schema normativo 67
8. L’inserimento del dato processuale nella disposizione incriminatrice: riflessi di sistema; in particolare, la validità nel tempo 70
9. Considerazioni conclusive in tema di presunzioni legali relative.....78

CAPITOLO III

LE PRESUNZIONI SEMPLICI

1. Le presunzioni semplici: cenni 82
2. Presunzioni semplici ed indizi 83
3. Origine derivata degli indizi: l’accertamento del fatto noto 85
4. Le massime di esperienza 88
5. L’accertamento del fatto ignoto: l’art. 192 comma 2 c.p.p.....95
6. Presunzioni semplici e istituti analoghi: le verità interinali.....97
7. (segue): la prova *prima facie* 101
8. (segue): la prova *levior* 103

CAPITOLO IV

IL QUADRO COSTITUZIONALE: LA PRESUNZIONE DI INNNOCENZA E GLI ALTRI PRINCIPI RELATIVI ALLA MATERIA PENALE

1. I principi costituzionali: l’art. 27 secondo comma Cost. 108
2. L’art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio: analisi testuale.....109

3. (segue) la *voluntas legis*: evoluzione storica e lavori preparatori.....114
4. (segue) le conseguenze sulla legislazione ordinaria 117
5. L'art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza: le critiche tradizionali 120
6. L'interpretazione della giurisprudenza costituzionale.....122
7. Considerazioni critiche e rilettura della disposizione 125
8. Il principio di offensività e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto elementi costitutivi del fatto tipico.....132
9. Il principio di colpevolezza e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto l'elemento soggettivo del reato 136
10. Il principio di irretroattività della legge penale e l'applicabilità alle presunzioni legali.....137

CAPITOLO V

CASISTICA

1. Introduzione ad un'analisi casistica.....140
2. I c.d. reati di sospetto 141
3. L'*exceptio veritatis* 150
4. L'offensività del fatto tipico; il pericolo presunto 154
5. Il dolo presunto e le presunzioni di dolo.....160
6. La colpa presunta; la prevedibilità e l'evitabilità presunte: il caso fortuito e la forza maggiore 168
7. L'imputabilità del maggiorenne.....176
8. La conoscenza della legge penale 182
9. La conoscenza dell'età dell'offeso nei delitti sessuali.....184
10. Il superamento dei limiti introdotti dalla l. n. 49/2006 nell'art. 73 comma 1 *bis* d.p.r. n. 309/1990: i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope 188
11. (segue): le sostanze stupefacenti o psicotrope.....189

12. Le fattispecie di contrabbando.....202

CONCLUSIONI 208

BIBLIOGRAFIA 215

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI 235

INTRODUZIONE

E' espressione ricorrente, fondata su una convinzione genericamente condivisa, che il processo penale abbia come fine quello del pieno accertamento della verità[1], a sua volta strumentale rispetto al perseguimento di scopi ulteriori, tra cui l'emissione di una sentenza giusta – in quanto conforme ai principi dettati dall'ordinamento – e l'applicazione per il caso concreto di effetti stabiliti dalla legge penale[2].

Pare perciò ovvio che tale accertamento, nella misura in cui miri senz'altro alla verifica della sussistenza *effettiva* dei fatti oggetto del giudizio, debba passare attraverso un riscontro *reale* ed *empirico* di quanto debba essere provato ai fini dell'applicazione della norma: *in criminibus non debent esse praesumptiones, sed clarae probationes*.

Eppure, anche sul versante penalistico, capita sovente in dottrina e giurisprudenza di imbattersi in formulazioni che fanno riferimento all'istituto

[1] Si veda l'enfasi posta sul punto da FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, p. 3, il quale nell'*incipit* della propria opera afferma che "si muove nel processo penale uno sforzo che lo investe ed incalza incessantemente, dagli esordi alla decisione ultima: lo sforzo di accertare la verità di fatto […]. Sforzo gagliardo, dominatore, che assoggetta a sé tutta l'attività processuale".

[2] Ancora ID., *op. loc. cit.*, sottolinea che la verità sia fine immediato della ricerca processuale, ma anche mezzo verso uno scopo più alto e generale, ossia l'applicazione della legge penale al caso concreto.

delle presunzioni: termine che, già semanticamente, rimanda ad una verità solo supposta, ma non accertata.

Espressioni quali “presunzione di dolo”, colpa presunta, presunzione di innocenza, pericolo presunto – solo per citare alcun esempi – accostano così sotto una comune egida fenomeni per il resto assai diversi tra loro.

Invero, se si passa a tradurre il significato giuridico di tale richiamo alla presunzione, esso appare assumere una differente valenza a seconda del contesto in cui viene utilizzato.

Ci si avvede così che con lo stesso termine vengono indicate situazioni piuttosto eterogenee, nei presupposti e nelle conseguenze giuridiche; e soprattutto, ci si rende conto di come tale polivalenza non sia sempre ben percepita dagli studiosi e dagli operatori del diritto, che paiono proporre l’espressione “presunzione” o “presunto” come una sorta di *passepartout*, utile in ogni occasione in cui si voglia individuare una scorciatoia probatoria, o la non necessarietà di una prova.

Questa è la conseguenza di una scarsa fortuna del tema nella letteratura penalistica, la quale ha preferito continuare a parlare di presunzione in modo spesso improprio – se non addirittura a sproposito –, ma con il “vantaggio” di avere a disposizione una categoria in cui includere fenomeni altrimenti di difficile collocazione sistematica.

Ciò, come ovvio, non ha giovato all’esatta ricostruzione teorica dell’istituto; e – quel che è peggio – ha consentito che, nel cono d’ombra di una scarsa padronanza della materia, si insinuassero nell’attuazione pratica del diritto

applicazioni poco in linea con il nostro ordinamento penale, peraltro assai spesso con l'utilizzazione di pretese presunzioni a carico dell'imputato: imputato che, non sembri un gioco di parole, dovrebbe a parer di molti godere invece della cosiddetta presunzione di innocenza, o quantomeno del riparo garantista espresso dal brocardo *in dubio pro reo*.

Da tale breve premessa sono implicitamente già emerse talune delle questioni problematiche che la presente trattazione si propone di evidenziare e, per quanto possibile, chiarire.

In primo luogo si tratterà infatti di verificare se lo scopo dell'accertamento concreto della verità sia davvero un'esigenza giuridica indefettibile, o non sia solo una delle tante enunciazioni di principio che, calate nell'ordinamento positivo, si rivelino vuote di significato e soprattutto di precettività.

Si tratterà poi di capire cosa si intenda per "presunzione"; se abbia senso costruirne una nozione unitaria a fronte dei diversi fenomeni che sinora pare avere ricompreso; se essa sia compatibile con un processo eventualmente imperniato sulla ricerca della verità, o se ne costituisca un'eccezione.

Sullo sfondo resta un'altra importante questione, che non potrà essere elusa: ci si riferisce alla già citata presunzione di innocenza, di cui dovrà verificarsi la vigenza nel nostro ordinamento; e in caso positivo, se essa abbia copertura costituzionale.

Con la risposta a tali domande sarà possibile tirare le fila del discorso oggetto del presente scritto, e così cercare di comprendere se e come le presunzioni abbiano, o possano avere, ancora spazio nel nostro ordinamento penale.

CAPITOLO PRIMO

L'ISTITUTO DELLE PRESUNZIONI. LE PRESUNZIONI LEGALI ASSOLUTE

SOMMARIO: 1. Le presunzioni: cenni storici. – 2. Classificazione delle presunzioni. – 3. Le presunzioni nel diritto penale: cenni. – 4. Le presunzioni legali assolute: natura giuridica. – 5. (segue) presunzioni assolute come istituto sostanziale. – 6. (segue) presunzioni assolute come prove: la fissazione formale del fatto. – 7. Le presunzioni assolute "improprie". – 8. Presunzioni assolute e *ratio* della fattispecie. – 9. Presunzioni assolute e finzioni.

1. *Le presunzioni: cenni storici*. – La storia delle presunzioni appare antica quanto la stessa storia del processo.

La tradizione ebraica ha tramandato ai posteri la proverbiale sapienza di Re Salomone, esemplificandola nelle Scritture con il noto giudizio sulla controversia tra due donne che si contendevano la maternità del medesimo bambino[1]; la contesa fu decisa proprio sulla scorta di una presunzione semplice, che suggerì al re che la vera madre fosse quella disposta a perdere il figlio, piuttosto che vederlo morire.

[1] 1 Re, 3, 16-28.

Ancora, tra le antiche leggi indiane il c.d. codice di Manù conteneva diverse presunzioni legali circa la mendacità dei contendenti e dei testimoni in un processo[2].

A prescindere da tali vaghi riferimenti, comunque, l'istituto entra a far parte a pieno titolo della storia del diritto in concomitanza con le prime costruzioni giuridiche compiute e sistematiche: ossia, *in primis* con lo sviluppo del diritto romano.

Le presunzioni prendono corpo nell'ambito delle prove *artificiales* (ἔντεχνοι nella terminologia aristotelica), ossia quelle fondate su operazioni logiche che, tramite il noto o il verosimile e in opposizione al metodo dimostrativo, cercano di conferire all'ignoto il più alto grado di attendibilità. Tale mezzo di prova veniva definito dai Greci[3] πίστις, mentre tra i Romani assume la denominazione di *argumentum* o *argumentatio*[4]: esso è fondato sulla *opinio posita in communi omnium intellectu*[5], perfettamente corrispondente, ancora, alle κοίναι ἔννοιαι dei Greci[6], anche definite πρόληψις; Seneca traduce tale ultimo termine con la parola latina *praesumptio*[7]: così, un nuovo significato viene attribuito a tale significante, già utilizzato in varie fonti per indicare "privilegio", "usurpazione", "arroganza", "opinione"[8].

Lo strumento presuntivo, inizialmente di valenza prettamente persuasiva, diviene col tempo anche meccanismo legale di prova e di ripartizione degli oneri

---

[2] Tale riferimento è presente in RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Roma – Firenze, 1890, p. 70.

[3] Ed in particolare degli Stoici: così REGGI, voce *Presunzione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 256.

[4] DONATUTI, *Le* praesumptiones iuris *come mezzo di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, III, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 490. In merito si veda anche GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 525.

[5] Così come specifica Quint. *Inst.* 5, 10, 18, citato in REGGI, voce *Presunzione*, cit., p. 257.

[6] REGGI, voce *Presunzione*, cit., p. 257.

[7] Seneca, *Epistulae*, 117, 6.

[8] Per l'individuazione di tali significati, e l'opportuno riferimento bibliografico, si veda ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. rom.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 765, e REGGI, voce *Presunzione*, cit., p. 256. *Contra* FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano*, in *Riv. it, sc. giur.*, 1892, XIV, ora in *Opere*, III, Milano, 1929, p. 417, secondo cui il significato tecnico-giuridico del termine *praesumptio* sarebbe intervenuto solo in epoca giustinianea, ed i riferimenti di epoca classica sarebbero frutto di interpolazione. Nello stesso senso anche SCAVO LOMBARDO, voce *Presunzione (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 317, secondo cui i classici utilizzavano il termine presunzione al più nel senso di *praesumptio hominis.*

probatori; ben nota, tra le prime, è ad esempio la c.d. *praesumptio Muciana*, in virtù della quale si presumevano provenienti dal marito i beni muliebri di cui non fosse nota l'origine[9]: anche tale presunzione non aveva all'inizio valore legale, ma lo assunse senz'altro in seguito[10], in consonanza con quello che storicamente è il processo di affermazione delle presunzioni *iuris*[11].

Entrate oramai nel catalogo giuridico, le presunzioni non ne uscirono con la caduta dell'Impero romano; la loro applicazione non si interruppe, ma anzi fu a tratti valorizzata dalla tendenza alla prevalenza della prova legale sul libero convincimento del giudice; si avviò uno studio approfondito dell'istituto, che interessò i glossatori, i commentatori, gli umanisti[12]; in particolare, fondamentali per la sistemazione teorica della materia furono le opere di Andreas Alciatus (*Tractatus de praesumptionibus*, 1551) ed ancor più di Jacobus Menochius (*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis*, 1590); nel solco di tali impianti si muovono anche i trattatisti del XVII e XVIII secolo, impegnati soprattutto a superare il precedente approccio casistico e a dar corpo di sistema alla tematica[13]. Sforzo proseguito nel corso dell''800, ultimo secolo in cui la materia pare meritare in dottrina un approccio monografico: eppure, la legislazione sino ai giorni nostri ha continuato ad operare riferimenti – più o meno espliciti – all'istituto delle presunzioni.

2. *Classificazione delle presunzioni.* – Si suole tradizionalmente definire la presunzione come quel procedimento probatorio che, da un fatto noto, consente di inferire la sussistenza di un fatto ignoto direttamente rilevante per l'applicazione del diritto.

---

[9] Su tale figura e la sua attualizzazione nel diritto fallimentare moderno, si veda SCUTO, voce *Presunzione muciana*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 762 ss..

[10] Anche se, come accennato, vi è discordia circa la datazione classica o giustinianea dell'acquisizione del valore legale.

[11] Per una esaustiva indicazione delle altre presunzioni, legali e semplici, utilizzate nel diritto romano giustinianeo si veda ancora RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 70 ss..

[12] Per una panoramica sullo sviluppo scientifico del tema, si veda CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 260 ss..

[13] RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 82.

Questa definizione appare certamente assai generica, e capace di ricomprendere fenomeni per la verità piuttosto diversi tra loro. Così, da sempre i giuristi hanno tentato di distinguere e classificare le differenti forme in cui esse si presentano.

Tralasciando partizioni che ci appaiono superate, o comunque superflue per un'esatta comprensione della materia, la prima e fondamentale distinzione deriva dalla fonte giustificativa dell'operazione presuntiva.

In tale ottica, si sono così differenziate le presunzioni *legali* da quelle *semplici*.

Le prime, in tutta evidenza, sono quelle che trovano il loro fondamento nella legge, la quale *impone* al giudice di considerare esistente un fatto sulla sola scorta della sussistenza di un'altra circostanza effettivamente accertata.

Tuttavia, l'equiparazione normativa tra i due fatti (quello presunto e quello indiziante) si può presentare con due diversi livelli di intensità: in un caso la resistenza della presunzione è massima, tale per cui nessuna prova[14] del contrario può scalfire l'equivalenza stabilita dal legislatore; nell'altro, invece, è data la possibilità di provare la non corrispondenza a realtà di quanto ipotizzato per vero.

Avremo dunque una presunzione *assoluta*, o *iuris et de iure*, se essa non sia superabile da alcuna prova contraria[15]; oppure *relativa*, o *iuris tantum*, se al contrario tale prova abbia l'efficacia di escluderne l'operatività.

Quanto alle presunzioni semplici, invece, la fonte dell'equiparazione sarebbe una massima di esperienza che, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, consentirebbe di affermare per via logico-induttiva che, data la nota sussistenza

[14] Il termine "prova" può essere utilizzato in differenti accezioni: principalmente, come lo strumento per giungere alla verificazione di un dato, oppure come il risultato del procedimento istruttorio; come il fatto rappresentativo, oppure come il fatto rappresentato; entrambe le accezioni sono corrette da un punto di vista lessicale, anche se la prima appare più coerente con la nomenclatura espressa dal legislatore; nel corso della trattazione l'espressione verrà talvolta indifferentemente utilizzata per indicare entrambi i profili, confidando nella sussidiaria valenza semantica del contesto. In argomento si veda CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, p. 113; CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pp. 49 ss.; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., pp. 6 e ss., con l'indicazione di ulteriori significati attribuibili alla nozione di prova.

[15] Ovviamente, prova contraria può essere fornita relativamente alla sussistenza del fatto noto da cui si ricava l'ignoto, facendo venire meno la premessa minore del sillogismo e neutralizzando così la presunzione.

di *x*, sia assai probabile la presenza dell'elemento *y*, che pertanto viene assunto per vero[16].

In altre parole, in questa classe di presunzioni il giudice, al fine di appurare la sussistenza di un elemento rilevante per l'applicazione del diritto, utilizzerebbe l'esistenza del fatto noto per dedurne logicamente (ma sulla base di un'indagine empirica) la presenza anche del fatto ancora ignoto.

L'elemento probabilistico, vera e propria anima delle presunzioni semplici, sarebbe in realtà molto spesso *ratio* giustificativa anche delle legali; così, il legislatore, proprio sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*, sceglierebbe di imporre la correlazione statistica in via generale, così da semplificare normativamente l'accertamento giudiziale[17].

Da ciò, come si vedrà, è sorto l'equivoco di voler sempre ravvisare nella presunzione legale la sacramentalizzazione per via giuridica di una valutazione probabilistica, ritenuta dal legislatore tanto fondata da essere imposta *erga omnes*, giudice compreso; e proprio sulla falsa riga di tale impostazione, si è addivenuti ad escludere dal novero della nozione che qui ci occupa tutte quelle vicende che non apparivano spiegabili in termini di alta frequenza statistica: con il risultato di non cogliere talune correlazioni con la tematica dell'onere della prova[18], di ridurre aprioristicamente l'ampiezza della categoria in questione e, simmetricamente, di sfornire di un'adeguata collocazione fenomeni assolutamente analoghi sul piano degli effetti; che è ciò che più rileva.

L'*id quod plerumque accidit* non è infatti l'unico fondamento giustificativo delle presunzioni legali; in primo luogo, per la considerazione generale per cui

[16] Si avverte come in realtà l'utilizzo dell'*id quod plerumque accidit* sia connaturato alla valutazione di ogni tipo di prova, tanto della storica quanto della critica: anche nella valutazione di una testimonianza, ad esempio, occorrerebbe pur sempre rifarsi alla massima d'esperienza secondo cui un testimone disinteressato dice il vero; nelle prove critiche, tuttavia, il giudizio probabilistico appare mediato, di doppio grado; in argomento, si veda anche CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 22; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 2 ss.; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, pp. 8 ss.; *contra*, UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 315, che distingue la prova in senso stretto – tanto storica quanto critica – dagli indizi, in quanto la prima è sempre basata non su massime d'esperienza, bensì su leggi scientifiche; conseguentemente, l'Autore espunge la categoria degli indizi dal novero della prova critica.

[17] BRUNELLI, *Delle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Ferrara, 1899, p. 26; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 20.

[18] Segnala tale effetto SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 91.

l'esperienza del legislatore potrebbe non coincidere con quella del giudice[19]; ma soprattutto, perché la norma ha il potere di porre una presunzione prescindendo da qualsiasi frequenza probabilistica, perseguendo solo finalità di utilità o opportunità[20], senza che ciò infici la validità della presunzione stessa[21].

Pertanto, può senz'altro affermarsi in via di principio la neutralità della presunzione legale in punto di attendibilità storica del fatto presunto: ogniqualvolta il legislatore sostituisca alla prova del fatto *y* la (più agevole) dimostrazione del fatto *x*, non interessa verificare che effettivamente tra i due vi sia una ragguardevole correlazione statistica; al contrario, il disposto normativo surrogherà qualsivoglia valutazione empirica, imponendo con la forza della legge un accertamento mancante[22].

La classificazione qui proposta – presunzioni legali, assolute e relative, e presunzioni semplici – è assai risalente[23], ed è stata da più parti ed in più parti confutata, integrata, ridefinita. Tuttavia, assume ancora oggi valore

[19] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 75.

[20] BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., p. 27; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 19 ss, che però ritiene tale evenienza una deroga alla natura generale delle presunzioni legali relative. Proprio per questo, tuttavia, vi è chi ritiene che la logica del probabile sia estranea alla tematica delle prove legali in genere e delle presunzioni legali in particolare; così CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 27; ID., *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 597, secondo cui le presunzioni legali avrebbero funzione di "comporre gli interessi in conflitto"; per FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari, 1996, p. 114, l'attendibilità storica delle prove legali è paragonabile alle arcaiche "prove irrazionali di tipo magico". Sul punto vedi anche CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Roma - Palermo, 1920, p. 5; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 409; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 89 e 247, ove si sottolinea che, ancor più che nel campo civile, nel penale domina in tema di regola di giudizio un principio di carattere politico, che "non è legato alla valutazione della probabilità, quale risulta dall'esperienza, ma preordinato alla protezione di un interesse"; probabilmente tale assunto, in questa fase iniziale della trattazione, potrà quasi apparire sorprendente, poiché in contrasto con le tralaticie affermazioni circa i fini di ricerca della verità storica sommamente perseguiti nel processo penale: tuttavia, gli estremi giustificativi di tale considerazione saranno illustrati nel proseguo.

[21] In via generale questa considerazione appare corretta; tuttavia, la totale assenza di limiti per il legislatore nel porre presunzioni andrà meglio approfondita, anche alla luce di eventuali contrasti che potrebbero sorgere con talune disposizioni costituzionali.

[22] Neanche dall'etimologia del termine sarebbe dato inferire la natura probabilistica della presunzione: in questo senso vedi SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 91, il quale perciò ritiene che il distacco tra verosimiglianza e presunzione non costituisca una degenerazione del primitivo concetto, quanto piuttosto la riprova storica dell'originaria ampiezza dello stesso.

[23] Nell'ambito delle presunzioni la suddivisione ora illustrata perdura immutata dal trattato di Guido Papa del 1450, *De praesumptionibus iuris tantum et de iure*; in ogni modo, le categorie descritte erano state individuate in epoca ancora anteriore.

convenzionale, ed in quanto tale viene costantemente riproposta anche ai giorni nostri, pur con le dovute cautele e precisazioni[24].

Ed essa risulta accolta anche nel vigente codice civile, agli art. 2727 ss.[25]; l'art. 2727 c.c., in particolare, definisce le presunzioni come "le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato".

Giova innanzitutto evidenziare la genericità della nozione proposta: tale definizione, infatti, ben si potrebbe attagliare al più generale concetto di prova[26]; non ci si può nascondere, infatti, che tanto le cosiddette prove rappresentative o storiche[27], quanto le critiche, abbiano sempre una valenza dimostrativa in qualche modo indiretta[28]: quasi mai il giudice conosce il fatto da giudicare direttamente coi propri sensi, quasi sempre egli deve avvalersi di un fatto noto per accertare ciò che non conosce; e tale fatto noto può indifferentemente essere una testimonianza, un documento o un indizio da cui inferire logicamente, per via di

[24] Si dubita, ad esempio, dell'opportunità di racchiudere nel medesimo *genus* le presunzioni legali e le relative, per certi versi rispondenti a presupposti e conseguenze che appaiono irriducibili: in tema si veda FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 280. Ma si esita anche a considerare vera e propria presunzione la assoluta, piuttosto che norma di carattere sostantivo (vedi *infra* § 3); o si tenta di integrare la nozione includendovi istituti volti a soddisfare le medesime esigenze di ordine probatorio, quali le verità interinali o la prova *prima facie*. Non è questo il momento per affrontare specificamente la questione, su cui si veda *infra*.

[25] Art. 2727 (Nozione): "Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato".
Art. 2728 (Prova contro le presunzioni legali): "Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite.
Contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa".
Art. 2729 (Presunzioni semplici): "Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.
Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni".

[26] La nozione di cui all'art. 2727 è testualmente identica (fatto salvo per il verbo "trae" in luogo di "deduce") a quella contenuta nell'art. 1349 del previgente codice civile; tale definizione risulta già criticata in RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 6, ove la si ritiene troppo generica, proprio perché in realtà confacente anche alla più generale nozione di prova.

[27] CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 12, delle due dizioni preferisce la prima, in quanto l'attributo "storico" potrebbe attagliarsi anche agli indizi, che invece compongono la prova critica.

[28] CARNELUTTI, *La prova civile*, *Parte generale*, Milano, 1992 (ristampa della I ed., 1915), pp. 54 ss. distingue a tal fine tra prova diretta e prova indiretta: la prima sarebbe appunto quella in cui direttamente "il giudice percepisce coi proprii sensi […] il fatto stesso che si deve provare; nella seconda, invece, il magistrato percepisce solo "un fatto diverso". Accoglie la distinzione anche CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 6.

una massima di esperienza, di una legge scientifica o di una norma giuridica, la sussistenza di ciò che occorre dimostrare[29]. Ma di questo meglio oltre.

Per ora, vuole comunque sottolinearsi che la definizione proposta va quantomeno integrata, facendo un opportuno richiamo alle particolari caratteristiche possedute dal fatto noto posto a fondamento del procedimento presuntivo, e costituente la *species* della prova critica. In tale ottica, ciò che lo differenzia rispetto ad una qualsiasi fonte di prova della *species* rappresentativa è la sua natura non artificiale, ossia non preordinata a provare il fatto ignoto, ma di semplice argomento da cui desumerlo[30]; la prova rappresentativa, invece, nasce proprio con la destinazione e la funzione di descrivere una realtà fenomenica[31]: ed in quanto tale è proposta al giudice.

Ma, evidenziate tali difformità, null'altro è dato a nostro avviso distinguere[32]: non la diversa natura del ragionamento, basato sempre su una sorta di calcolo di probabilità (o sul comando normativo, per le prove legali), secondo cui appare più o meno possibile che, dato il fatto noto (la testimonianza di Tizio[33] o la fuga dell'imputato), si possa affermare l'esistenza dell'ignoto; né la diversa sicurezza dell'approdo, poiché la maggior certezza del ragionamento giudiziale non dipende dalla natura rappresentativa o critica della prova, ma solo dalla maggiore

---

[29] Per tutti NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 213, secondo cui "come in ogni ragionamento, il passaggio dall'affermazione del singolo fatto incerto è reso possibile da una regola di inferenza […] Anche quando l'elemento di prova dal quale muove l'argomentazione è una dichiarazione descrittiva del fatto incerto, come nella testimonianza, è pur sempre necessario che il passaggio dal fatto noto (la dichiarazione) al fatto da accertare (quello descritto dal testimone) sia garantito da una valutazione di attendibilità del dichiarante".

[30] In questo senso SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 290; per la materia penale vedi CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, p. 289.

[31] Così CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 84, che differenzia le due categorie della "fonte di prova in senso stretto" e della "fonte di presunzione". Vedi anche CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 9, e VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 603, che parlano di prove rappresentative o storiche come "artificiali", ovviamente non nel senso proprio della contrapposizione retorica tra prove *artificiales* e *inartificiales*, su cui vedi RIPOSATI, *Studi sui* Topica *di Cicerone*, Milano, 1947, pp. 31 ss., nonché *supra* § 1.

[32] Coerentemente, dunque, GIUS. SABATINI, voce *Prova* (*Dir. proc. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 305, afferma che "la conseguenza essenziale di una siffatta osservazione è unicamente la infondatezza della distinzione tra prova storica e prova critica".

[33] Per quanto riguarda la testimonianza, ad esempio, può affermarsi che, date le convergenti deposizioni di Tizio, Caio e Sempronio, persone oneste, affidabili e convincenti in sede di esame, sia certo che quanto da loro narrato corrisponda al vero.

capacità del fatto noto a porsi nel caso concreto quale spia inequivocabile del fatto ignoto[34].

Lo stesso peraltro è a dirsi in relazione al rapporto tra prove legali in genere e presunzioni legali: anche nelle prove legali, come ad esempio la confessione[35], abbiamo un fatto noto (la confessione della parte, appunto) tramite il quale per comando legislativo assumiamo per vero un fatto ignoto: l'unica differenza tra tale istituto e quella della presunzione vera e propria è, ancora una volta, la natura del fatto noto, che nel primo caso è *rappresentativo*, nel secondo *indiziante*[36].

Proprio per questo, vi è chi ha considerato la presunzione come fonte probatoria primordiale, posta alla base di ogni argomentazione dimostrativa: il valore della testimonianza, ad esempio, poggerebbe sulla generale presunzione di veridicità degli uomini[37].

Tuttavia, tale opinione ci pare eccessiva: la sussistenza e la fondatezza di tale presunzione di veridicità ci sembrano tutte da dimostrare[38], né essa appare corrispondente alla realtà del procedimento probatorio; sempre restando alla

---

[34] Ad esempio, la deposizione incerta, reticente e contraddittoria di un rapinato interessato alla condanna dell'imputato sarà assai meno probante rispetto al ritrovamento dell'arma del delitto e dei beni personali della persona offesa in casa del sospetto rapinatore; correttamente SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 74, sottolinea come "il convincimento tratto in questo modo indiretto possa rivelarsi più sicuro di quello tratto da prove dirette, poiché per la sicurezza dei legami ciò che importa non è la lunghezza ma la solidità del filo"; nello stesso senso anche CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 89 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1943, p. 409; NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit., p. 226; anzi Aristotele, citato in GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, p. 35, esplicitava *a contrario* la propria diffidenza verso la prova rappresentativa, notando come gli argomenti di verosimiglianza non si possano corrompere col denaro. *Contra* GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, 1988, p. 484, secondo cui, data la connaturata valenza solo probabilistica degli indizi, essi sarebbero incapaci di stabilire un rapporto di necessaria implicazione tra *factum probans* e *factum probandum* e potrebbero essere dunque solo indicativi di una mera compatibilità con i fatti noti dell'ipotesi da essi sorretta, rafforzandone la verosimiglianza. Evidenziano la minor forza probante degli indizi anche GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 305.

[35] Ci si riferisce ora, ovviamente, all'ambito civile.

[36] In questo senso vedi SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 80.

[37] Così, sulla scorta dell'insegnamento di Bentham, RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 7.

[38] Vedi, anzi, i limiti posti all'utilizzazione e alla valutazione della testimonianza dagli artt. 2721 e ss. c.c. e dall'art. 192, commi 3 e 4 c.p.p., rivelatori della diffidenza del legislatore verso tale mezzo di prova. Per RAMPONI, *op. loc. cit.*, la presunzione di veridicità si baserebbe invece su un calcolo di frequenza statistica, in quanto la testimonianza sarebbe stata empiricamente "riconosciuta vera nel maggior numero dei casi". Nello stesso senso PISANELLI – SCIALOIA – MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1861, vol. III, cap. XI, sez. I, 1.

testimonianza, essa non ha affatto valore di per sé, né lo acquista in virtù di una qualsivoglia presunzione; al contrario, tale mezzo di prova necessita di volta in volta di un vaglio, di una valutazione, tale per cui possa affermarsi che il narrante sia sincero e il narrato veridico.

Astrattamente meno infondata, invece, ci appare altra ipotesi: quella di tener ferma la definizione legislativa, e sulla base della sua genericità ritenere che ogni mezzo di prova sia in realtà esso stesso una presunzione, ovverosia una prova critica[39]. A sostegno della tesi potrebbe appunto invocarsi che sempre l'accertamento di un fatto ignoto parte da un fatto noto, e che il procedimento presuntivo sia sempre il medesimo, ossia l'affidamento a massime di esperienza (o a precetti giuridici) che ci convincano che dal fatto noto sia dato assumere per vero l'ignorato[40].

Si potrebbe obiettare che, ad opinare così, si priverebbe di autonomia la categoria della prova critica, ma soprattutto si priverebbe di oggetto la relativa disciplina.

Gli argomenti, però, non appaiono decisivi: l'eventuale assenza di un'etichetta legislativa *ad hoc* per la prova critica presuntiva non è di per sé un ostacolo, se prima non si dimostra che tale categoria meriti di essere isolata e diversamente regolamentata: in caso contrario, vale il brocardo *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

Quanto invece alla disciplina già prevista per le presunzioni quale mezzo di prova a sé, a prescindere dalla scarsità quantitativa delle indicazioni legislative che andrebbero "perdute", nulla osterebbe a ritenerle applicabili a qualsiasi prova: se, ad esempio, le presunzioni semplici "sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti" (art. 2729 c.c.), potrebbe non sembrare fuor di luogo richiedere la medesima cautela nella valutazione da parte del giudice di qualsiasi fonte di

[39] Così Cass., sez. VI, 11 gennaio 1991, Teresi, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 983, secondo cui la prova "non accetta altra definizione che quella di prova critica unitariamente intesa".

[40] Rileva tale identità nella valutazione CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 172; analogamente anche NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit., p. 213; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 74, secondo cui "in un certo senso, il meccanismo della presunzione *hominis* si incontra in ogni giudizio: presunzioni semplici sono in fondo anche quelle che servono per interpretare e valutare le testimonianze, gli atti e ogni altro genere di prove".

prova la cui valenza non sia stabilita direttamente dalla legge; proseguendo nell'esempio, abbiamo già affermato che il fatto noto della testimonianza può condurre ad inferire la sussistenza del fatto ignoto da accertare solo a seguito di un'accurata analisi di tutte le circostanze che possano convincere della verosimiglianza della deposizione: ebbene, tali circostanze potrebbero portare a tale conclusione solo qualora corrispondano ai parametri fissati dall'art. 2729 c.c., ovvero quando siano così "gravi, precise e concordanti" da condurre a ritenere la verità del narrato. Così opinando, dunque, le disposizioni sulle presunzioni assumerebbero valenza generale applicabile ad ogni altra prova, proprio perché dettate quali criteri di valutazione della stessa.

Tuttavia, se *de iure condendo* la tesi proposta può apparire non irragionevole, per quanto meritevole di ulteriore approfondimento, *de iure condito* essa si scontra con l'inequivoco disposto legislativo, che pone le presunzioni sullo stesso piano degli altri mezzi di prova; probabilmente il legislatore non si è avveduto che il procedimento presuntivo (legale e semplice), peraltro disciplinato con la inconsapevole genericità che si è sottolineata, potrebbe porsi quale "meccanismo di funzionamento" di tutte le prove, legali e non; ma l'impostazione prescelta dal codice civile non ci appare superabile da alcuna ricostruzione alternativa, per quanto fondata.

Pertanto la definizione ivi contenuta può essere integrata, in virtù di una lettura sistematica che tenga conto degli altri mezzi di prova disciplinati altrove nel testo normativo, specificando – nei termini che si è visti[41] – la particolare natura del fatto noto posto a base del procedimento presuntivo.

E può anche aggiungersi che, sebbene prova rappresentativa e prova critica siano fenomeni concettualmente distinguibili, essi nella realtà interferiscono e si sovrappongono: accade laddove la prima funga da dimostrazione del fatto noto da cui scaturisce la seconda[42], e laddove la prova indiziaria serva comunque ad

[41] Ossia, nella prova rappresentativa il fatto noto rappresenterebbe artificialmente, per mezzo del parlato o dello scritto, il fatto ignoto, mentre nella prova critica o per presunzioni il primo sarebbe un dato occasionalmente idoneo a far dedurre la sussistenza del secondo.

[42] Al proposito si veda, anche per le opportune indicazioni bibliografiche, *infra* cap. 3 § 3.

argomentare e giustificare l'attendibilità di quella narrativa[43]; tale ultima considerazione, peraltro, consente – magari in modo superfluo, ma non inopportuno – di far rientrare dalla finestra ciò che non era possibile far accedere dalla porta, ossia l'obbligo di sottoporre la valutazione della prova rappresentativa al rispetto dei canoni stabiliti dall'art. 192 comma 2 c.p.p.: non in quanto prova presuntiva in sé, ma in quanto la sua attendibilità è a sua volta bisognevole di dimostrazione e oggetto di prova (critica).

Il che, dunque, consente di ravvisare un suggestivo parallelismo: la prova presuntiva parte da un fatto noto, che va provato per via rappresentativa; la prova rappresentativa richiede la dimostrazione della sua attendibilità, che va provata per via critica[44]; medesimo schema, peraltro, potrebbe riscontrarsi anche laddove tali prove non siano libere[45] (o naturali), ma legali[46].

3. *Le presunzioni nel diritto penale: cenni*. – Manca invece, come detto, una sistemazione della materia delle presunzioni nei codici criminali, fatta eccezione

[43] Così NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit. p. 226, secondo cui "sovente la prova critica serve a verificare quella rappresentativa e, comunque, prove di un tipo sono inestricabilmente intrecciate con prove dell'altro tipo"; nello stesso senso anche CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 11 e 22, il quale asserisce che la valutazione della prova rappresentativa si avvale di un procedimento che "procede secondo schemi sillogistici, nelle cui premesse figurano massime indotte dall'esperienza", pur con l'avvertenza che "per quanto si spinga a fondo l'introspezione, vi è un punto, oltre il quale la questione se si debba o no credere, esige una scelta metarazionale": "insomma, una singolare mescolanza d'atteggiamenti emotivi e logici". Sull'apporto di un elemento alogico alla valutazione della prova in generale si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 14 e *infra* cap. III, § 4, *sub* nota 50.

[44] Limpidamente SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 9, per il quale "nessuna prova critica può prescindere dalla rappresentazione dei fatti indizianti, come nessuna prova rappresentativa può sfuggire al vaglio della critica". Non si nega, peraltro, che l'indizio A possa essere provato per mezzo dell'indizio B, o che l'attendibilità di una testimonianza C possa essere provata con la testimonianza D: tuttavia, si sposta solo il problema, dovendosi dimostrare la sussistenza di B e l'attendibilità di D; insomma, anche procedendo a ritroso prima o poi si rende necessario sottoporre a vaglio critico la prova rappresentativa e al vaglio storico quella indiziaria, innescandosi così un circolo di reciproche implicazioni che meriterebbe uno studio *ad hoc*. In questo senso, pur con diverse sfumature terminologiche, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 109.

[45] Con prove libere non si intende "prova innominata", bensì si abbrevia la formula "prova a valutazione libera": così CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 32, *sub* nota 81.

[46] Ad esempio, laddove l'attendibilità di un documento o la sussistenza di un fatto ignoto siano, a determinate condizioni, direttamente affermati dalla legge: nel primo caso potrebbe dirsi che l'attendibilità è presunta, nel secondo che la rappresentazione dell'indizio dimostra anche il fatto ignoto; in ogni modo, si spera che tali considerazioni, per ora ancora sfumate, possano acquisire maggior chiarezza nel proseguo della trattazione.

per una scarna – e per certi versi superflua[47] – disciplina degli indizi dettata all'art. 192, comma 2, c.p.p., che ricalca palesemente l'art. 2729 c.c.; tuttavia, seppure manchi una esplicita disciplina normativa, ciò non significa che il fenomeno non sia riscontrabile anche nell'ambito penale.

Lo studio degli istituti riconducibili alla nozione di presunzione, dunque, dovrà essere affrontato con spirito interdisciplinare, prendendo a prestito le acquisizioni della dottrina civilistica e processualistica che si è occupata dell'argomento e verificandone di volta in volta la compatibilità con i principi del diritto penale.

A tal fine, sarà necessario prendere in considerazione singolarmente ognuna delle tre *species* di presunzioni isolate dagli interpreti e riconosciute dalla legge, prima di poter proporre uno sforzo di sintesi.

4. *Le presunzioni legali assolute: natura giuridica*. – Come accennato, assai incerta è la natura giuridica, e la conseguente funzione, delle presunzioni.

In diritto civile, tanto le legali quanto le semplici sono disciplinate nel titolo dedicato alle prove, dopo i capi relativi alla prova documentale e testimoniale e prima di quelli riguardanti la confessione e il giuramento.

Se tale inquadramento non appare controverso per quanto riguarda le presunzioni semplici, che effettivamente assolvono al compito di contribuire a formare il libero convincimento del giudice[48], diverso appare il discorso per quanto riguarda le presunzioni legali.

Esse rientrerebbero nel più ampio *genus* delle prove legali, in quanto la loro particolare efficacia deriverebbe, come visto, dal dispositivo normativo.

Ma, soffermando l'attenzione sulle assolute[49] - o *iuris et de iure*, o invincibili, o perentorie[50] –, l'irrilevanza della prova contraria rende arduo considerarle vere e

[47] Sull'inutilità di una disciplina delle presunzioni semplici e degli indizi, vedi già FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 62; ora, nella vigenza del codice del 1988, che per la prima volta detta una disciplina in materia, vedi CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 624; FERRAIOLI, voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano - Varese, 1986, p. 310.

[48] FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., p. 291; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 32 ss.. *Contra* GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 309, secondo cui "la presunzione non è prova, ma sviluppo logico di fatti certi o accertati". Per un'analisi dettagliata dell'argomento, vedi *infra*, cap. III.

[49] Per le relative, si veda *infra*, capitolo III.

proprie prove, per l'impossibilità logica di considerare "provato" un fatto su cui non si è svolto alcun accertamento e che in concreto potrebbe essere stato addirittura dimostrato falso[51].

Probabilmente, la loro collocazione nell'ambito probatorio deriva, più che da una accorta analisi del fenomeno, dal percorso storico che talora ha condotto e conduce alla previsione di una presunzione assoluta[52].

Tale previsione, infatti, appare spesso essere la conclusione di un'evoluzione interpretativa ed applicativa: dapprima, invero, il giudice e la giurisprudenza, sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*, riconoscono la correlazione statistica che sussiste tra un fatto ed un altro, e pertanto dalla presenza dell'uno sono portati a inferire la sussistenza anche dell'altro.

E' questo, sommariamente, il *modus operandi* della presunzione semplice, che palesa così la propria natura probatoria quale mezzo per l'accertamento della verità: mezzo riconducibile nell'alveo della prova cosiddetta indiretta-critica[53].

In proseguo, a fronte di un'applicazione costante e convincente, tale inferenza può talvolta essere sacramentalizzata in una previsione giuridica: lo stesso legislatore, persuaso dalla bontà e dalla praticità del collegamento tra i due fatti, stabilisce la loro equivalenza per la produzione di effetti giuridici; in altre parole, crea una presunzione legale, assoluta o relativa[54].

---

[50] Così RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 15.

[51] *Rectius*, non può essere "falso" un fatto, bensì "l'affermazione di esistenza di un fatto": così UBERTIS, voce *Prova*, cit., p. 300. In tema vedi anche CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, p. 101; CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 25 ss..

[52] In questo senso CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 29, che parla – sia pure a proposito della c.d. *exceptio veritatis*, su cui vedi *infra* cap. 5, § 3 – di un'"esigenza di un riferimento *a contrario* ad una precedente esperienza legislativa, nella quale, essendo congegnata in altro modo la figura del reato […], il suo accertamento [rivestiva] un concreto rilievo effettuale".

[53] Così CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, vol. I, p. 226; nello stesso senso CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p . 94.

[54] Peraltro secondo SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 259, nel silenzio della legge circa la natura relativa o assoluta della presunzione, essa andrebbe intesa come relativa; tale assunto è a nostro avviso assolutamente condivisibile, ma non tanto – come sostiene invece l'Autore – perché vada preferita in linea generale l'interpretazione più favorevole al reo: sarebbe da dimostrare, infatti, che il principio dell'*in dubio pro reo* vada applicato non solo per la ricostruzione del fatto storico, ma anche per l'interpretazione della legge; ed oltretutto, quell'impostazione dà per scontato che le presunzioni siano sempre sfavorevoli al reo, dimenticando che ve ne potrebbero essere anche di favorevoli. Piuttosto, ci sembra decisivo il rilievo che le presunzioni legali si pongono come norme derogatorie rispetto alla regola generale di giudizio, e dunque quanto più se ne allontanano, tanto più la deroga deve risultare

E proprio l'origine probatoria del fenomeno conduce, per forza di inerzia, a mantenere ferma la medesima natura quand'anche esso sia regolato non più dalle regole logiche ed empiriche dell'accertamento concreto, ma dalla sola forza del diritto.

5. *(segue) presunzioni assolute come istituto sostanziale.* – Tuttavia, se si guarda al solo esito dell'*iter* storico accennato, cioè alla sola previsione della presunzione assoluta, ci si è avveduti che solamente a costo di notevoli forzature, o di una revisione profonda del concetto di *prova*, si potesse affermare la funzione probatoria dell'istituto in parola[55].

Se infatti si considera prova ciò che consente al giudice[56] di formarsi un convincimento o di ottenere una dimostrazione circa la verità reale di una proposizione – nozione "soggettivizzata" su cui sostanzialmente converge la dottrina, pur nelle varie formulazioni[57] – non si vede come possa ritenersi tale ciò che inserisce solo coattivamente un fatto tra i termini del giudizio, e a proposito del quale non è data rilevanza alla dimostrazione del contrario[58].

---

espressamente; pertanto, nel silenzio della legge la presunzione andrà ritenuta relativa, perché la portata derogatoria è senz'altro minore.

[55] "Le presunzioni assolute sono una categoria storica, non logica": così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 81. L'Autore sottolinea anche che tale classe di presunzioni a fatica possa farsi rientrare nella definizione tradizionale di Menochius il quale, partendo dall'etimo, definisce la categoria "*preaesumptio, id est ante et sumptio, hoc est ante sumptio, quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero*": nelle presunzioni assolute, infatti, "l'*antequam aliunde probetur* si trasforma in un *quamvis aliunde probetur*"; così ID., *op. cit.*, p. 94.

[56] FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 17, ritiene in realtà che il giudice non sia il solo destinatario della prova, ma che essa si rivolga a tutte le parti processuali, in funzione di orientarle in merito all'adozione delle scelte processuali di propria competenza.

[57] La dottrina ha prodotto una moltitudine di definizioni del concetto di "prova", tale che pure una minima panoramica delle posizioni al riguardo appare improponibile; a titolo meramente esemplificativo, BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 348 definisce "prova" ciò che serve a "formare la convinzione del giudice circa i fatti rilevanti in causa"; per CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 15, a "dare al giudice la certezza dei fatti rilevanti"; per altre definizioni e gli opportuni rimandi bibliografici, vedi GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 302; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 4.

[58] E ciò a prescindere dalla sussistenza o meno di una massima di esperienza che giustifichi la presunzione; così CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 33, *sub* nota 84.

Invero, la norma può comandare al giudice di utilizzare per vero un fatto, ma non di considerarlo tale; il comando può indirizzarsi alla sua volontà, ma non al suo intelletto[59].

Pertanto, le presunzioni assolute non adempirebbero alla funzione di convincere circa la sussistenza o meno di un fatto: esse si limiterebbero a stabilire che, data la fattispecie[60] A + B + C e ipotizzando che C sia oggetto di una presunzione assoluta al ricorrere dell'elemento D, tale fattispecie produrrebbe i suoi effetti sol che sia data la prova della sussistenza di A + B + D, senza che rilevi la mancata prova di C, né addirittura la prova della sua assenza[61].

Ma se tale è il mutamento cui si assiste sul piano degli elementi da provare per l'applicazione della fattispecie, la struttura della stessa esce stravolta: apparentemente e nominalmente essa è composta da A + B + C, ma sostanzialmente – ossia agli effetti giuridici – essa si accontenta della prova, e dunque della sussistenza, degli elementi A + B + D, con indifferenza totale circa la ricorrenza di C, la cui dimostrata insussistenza non impedirebbe il perfezionamento di una fattispecie di cui solo formalmente è elemento costitutivo.

In conseguenza, le presunzioni assolute si risolverebbero semplicemente in una particolare tecnica di costruzione della fattispecie[62] e costituirebbero dunque vere e proprie norme di carattere sostantivo, che determinerebbero l'equipollenza del fatto D al fatto C per l'applicabilità della fattispecie, sancendo addirittura l'irrilevanza della prova di non-C[63]; o meglio, attesa tale irrilevanza, più che di

---

[59] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 76; nello stesso senso anche FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit. p. 280; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 408, che ricorda inoltre come non sempre alla base della presunzione relativa sia posto un giudizio logico basato sulla probabilità, bensì mere ragioni di opportunità che, in quanto tali, non sono dotate di alcuna forza dimostrativa.

[60] Con il termine "fattispecie", qui e nel proseguo della trattazione, si vuole intendere in senso lato l'insieme di tutti gli elementi positivi o negativi – quale che sia la loro natura dogmatica – da cui dipende la produzione di un determinato effetto giuridico; per questa definizione vedi CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 67; nello stesso senso anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 225.

[61] Come ovvio, la funzione di semplificazione dell'accertamento è garantita nella misura in cui la sussistenza di D sia di più agevole dimostrazione rispetto a quella di C.

[62] Così MAZZAMUTO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di Bessone), Torino, 2007, p. 1128.

[63] Tra gli altri, ritengono le presunzioni assolute vere norme di carattere sostantivo BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 243; BRUNELLI, *Delle presunzioni*,

equipollenza appare più corretto parlare di assoluta *prevalenza* dell'elemento D rispetto a quello C.

6. *(segue) presunzioni assolute come prove: la fissazione formale del fatto.* – La correttezza di tale ricostruzione in chiave sostantiva delle presunzioni assolute può essere contestata solo partendo da diverse premesse in ordine alla definizione di "prova"; non a caso, illustri Autori, proprio rifiutando la nozione soggettiva di prova come "qualcosa di idoneo a convincere", attribuiscono anche alle prove legali – tra cui le presunzioni legali – funzione probatoria, sebbene si convenga sul fatto che costituiscano un "comando probatorio"[64].

Si potrebbe sostenere, infatti, che la prova sia semplicemente ciò che consente la produzione di effetti giuridici da parte di un fatto regolato dal diritto: il processo, invero, deve verificare la sussumibilità di un accadimento concreto nella fattispecie normativa astratta, così che questa possa spiegare la propria efficacia[65]; il vaglio di tale corrispondenza è appunto compiuto per mezzo della *prova*, la quale consente di ricostruire il fatto su cui il giudice dovrà esercitare il giudizio. E tale *input* può essere dato per via empirica, per mezzo di un accertamento storico concreto[66]; oppure per via giuridica, laddove sia la legge a prevedere che a determinate condizioni quel fatto debba o meno ritenersi sussistente – e dunque produttivo di effetti – prescindendo da ogni

---

cit., p. 23; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 29; ID., *Tre studi*, cit., p. 33; FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., p. 281; REGGI, voce *Presunzione*, cit., p. 260; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 414, *sub* nota 50; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 293; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 81. Tale carattere delle presunzioni assolute le avvicina molto alle cd. finzioni, da cui sono solitamente distinte per il collegamento di verosimiglianza che nelle prime sussiste tra fatto noto e fatto ignoto, e per la postulata inesistenza del fatto oggetto delle seconde; in merito si veda *infra* § 9. Anche la giurisprudenza costituzionale ha valutato la legittimità di talune presunzioni assolute non in relazione al parametro dell'art. 24 Cost. bensì, sul presupposto della loro natura sostanziale, in rapporto all'art. 3 Cost.; in questo senso Corte Cost., 16 giugno 1964, n. 42, in *Foro it.*, I, 1964, c. 1534; Corte Cost., 5 marzo 1969, n. 27, in *Foro it.*, 1969, I, c. 545; Corte Cost., 14 luglio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2340.

[64] Così CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 28 ss., anche superando la nozione "soggettiva" da lui stesso precedentemente accolta in ID., *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 73 ss..

[65] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 1: "non si può neppure concepire una statuizione giudiziale senza la verificazione del fatto previsto".

[66] Indagine che può essere assimilata a quella storiografica; oppure, secondo CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 26, *sub* nota 67, a quella sperimentale.

accertamento[67]; nel mezzo, peraltro, sta il possibile combinarsi delle due modalità, laddove la ricostruzione storica sia effettuata realmente, ma con vincoli e condizionamenti imposti dalla legge[68] che comunque inquinino la "libera" ricerca della verità[69].

Una volta ammesso che nel nostro ordinamento, anche penale, il libero convincimento del giudice non sia sciolto da qualsiasi vincolo, ma soggiaccia a limiti e obblighi, non potrebbe più sostenersi – in modo del tutto aprioristico –, che il processo penale abbia per scopo la ricerca della cosiddetta verità materiale, visto che questa può risultare recessiva rispetto ad interessi di altra natura[70]; al proposito, basti pensare alla sanzione di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche sancita all'art. 271 c.p.p., talvolta prevista non a tutela della genuinità e autenticità degli elementi raccolti, ma solo a presidio della riservatezza individuale: bene che, evidentemente, è considerato talora sovraordinato all'interesse alla punizione del reo, e dunque alla ricerca ad ogni costo della verità effettiva[71].

---

[67] Per la definizione di "prova legale" si vedano, tra i molti, CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 27, e VERDE, voce *Prova*, cit., p. 601.

[68] Secondo FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 8, il sistema legale di prova può esplicarsi in una triplice direzione: limitando l'oggetto o i mezzi con cui raggiungere la dimostrazione di un fatto; regolamentando il procedimento di acquisizione; oppure predeterminando il valore probatorio di certi fatti. Al riguardo anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 79, distingue tra "prova legale" e "limitazione di prova". I vari profili, comunque, parimenti concorrono al procedimento di fissazione formale del fatto, seppure con funzioni diverse.

Al riguardo, taluno rinviene un possibile contrasto tra tali limiti e il diritto alla difesa sancito dall'art. 24 Cost.: in tal senso, pur con riferimento al processo civile ma con argomentazioni viepiù valide per quello penale, COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, pp. 148 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 74 ss.. *Contra* VERDE, voce *Prova*, cit., p. 593, il quale correttamente evidenza come la norma costituzionale non preveda il divieto di qualsivoglia limitazione al diritto alla prova.

[69] Al proposito ELLERO, *Della critica criminale*, Bologna, 1875, p. 107, denomina tale metodo come "certezza legale impropria". In riferimento a tale quadro SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 78, *sub* nota 1, "salva" la libertà dell'attività intellettiva del giudice sottolineando che "nella serie delle norme che regolano la prova, si arriva sempre a un punto in cui l'accertamento diviene un fatto naturale esente da regole". Tuttavia, va evidenziato che vale anche il contrario: a prescindere da ogni accertamento concreto, si arriva sempre a un punto in cui questo è in vario modo filtrato dai canoni legali. In questo senso CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 391, per cui "il giurista è dunque uno storico, ma spesso uno storico con le mani legate".

[70] AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 121: "lo Stato ha interesse all'attuazione del diritto obbiettivo, ma non dimentica che il suo fine mediato è quello della pace sociale […], l'interesse alla verità non deve farne sopprimere altri ai quali lo Stato tende in egual modo".

[71] Gli esempi potrebbero essere molti altri: per la sua esemplarità, si veda anche la disciplina dei segreti. Altre ipotesi sono offerte da AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, pp. 248 ss. e, per il diritto

E' stata così coniata la nozione di verità formale o legale, la quale risulterebbe dalla sentenza giudiziale al netto dei meccanismi legali previsti dall'ordinamento: ma si è rilevata la palese contraddittorietà di tale concetto, laddove si contrappone la verità effettiva[72] ad una verità "convenzionale", senza però rendersi conto che la verità non può che essere una; perciò un fatto o è vero, o è falso[73]: *tertium non datur*, e qualsiasi tentativo di connotare la verità non può che essere volto a mascherare il disagio di far dipendere la solennità e la gravità della decisione giudiziale – specie nell'ambito penale – da un presupposto la cui effettiva sussistenza non può essere garantita in ogni caso: la corrispondenza tra la verità materiale e quanto ritenuto dal giudice, infatti, sarebbe evenienza possibile, ma "del tutto contingente, non necessaria di fronte all'ordine giuridico"[74].

Meglio, dunque, il riferimento al procedimento di *fissazione formale del fatto*[75]: il giudice non ha il compito di scoprire quale sia stato l'effettivo accadimento

---

attuale, da FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 33 ss., il quale così evidenzia l'interrelazione tra "verità" e "validità": la corrispondenza con la verità fonda la validità della prova e della decisione, ma la validità della sua acquisizione condiziona la ricostruzione della verità nel processo. *Contra* BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi econ. giur della Università di Cagliari*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, pp. 349 ss., secondo cui anche le imposizioni legali sul libero convincimento del giudice risponderebbero sempre all'esigenza di una completa ricerca della verità effettiva, che "non può essere sacrificata da ragioni di convenienza, di opportunità o di praticità". Parzialmente nello stesso senso anche FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 8; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 315.

[72] Verità che in ogni modo non andrebbe intesa in senso assoluto, ma pur sempre debole, relativo, in quanto espressione di un giudizio "umano": così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 18.

[73] CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 29; così anche BETTIOL, *op. cit.*, p. 350, seppure con esiti opposti circa la prevalenza della verità materiale su quella c.d. formale.

[74] Così CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 30. Al riguardo, non varrebbe distinguere tra *scopo* e *risultato*, opinando che il processo abbia come *scopo* la ricerca della verità, ma che esso talvolta raggiunga un *risultato* che se ne discosti: invero, la citata previsione astratta di meccanismi legali che contengono *in nuce* l'esito di distorcere l'esito di una illimitata ricerca storiografica impedisce di ravvisare anche solo l'obiettivo della verità, perché è pienamente calcolato che esso non sarà raggiunto; ed a meno di non ritenerlo schizofrenico, il legislatore non può porre come scopo ciò che ha accettato di *non* ottenere come risultato; in tema si veda anche CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Studi di dir. proc.*, 1925, p. 217.
Tuttavia, non è del tutto indifferente che la decisione si avvicini alla "verità"; altrimenti, "il valore stesso della norma giuridica [sostanziale] da applicare verrebbe frustrato facilmente, dato che essa ricollega conseguenze giuridiche solo al verificarsi di certi presupposti": così G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966 (rist.), p. 308, *sub* nota 189.

[75] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 31; così anche CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 28, che definisce sinteticamente le prove come "strumenti per risolvere la *questio facti*".

concreto, bensì quello di utilizzare i criteri logici e legali[76] per definire formalmente il fatto che poi qualificherà giuridicamente; a tal fine, lo strumento utilizzato è quello appunto della prova[77], che potrà indifferentemente costituire un appoggio empirico, quanto una direttiva legale[78].

Ci si avvicina ad un concetto di prova in senso normativo[79], il cui fondamento "ideologico" non pare, pur nella consapevolezza dell'azzardato accostamento, troppo dissimile da quello che ha condotto a distinguere la matura concezione normativa della colpevolezza dall'istintiva, ma inappropriata, ricostruzione della stessa in chiave meramente psicologica[80].

In altre parole, in entrambi i casi si vuole prescindere dal fenomeno meramente naturalistico, sottolineando come la "giuridicizzazione" di una nozione imponga di abbandonare la lettura ontologica della stessa (sempre che di tali nozioni possa individuarsi un corrispondente "in natura"); al contrario tali istituti, quantomeno dal momento in cui vengono disciplinati da disposizioni giuridiche, esistono solo in quanto giuridici, e operano nella misura e nei confini che la norma gli attribuisce[81].

---

[76] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 34, parla in tal caso di "equivalente processuale o giudiziario" del fatto da provare, in aperta contrapposizione con l'"equivalente giuridico o materiale" cui fa riferimento chi sostiene la natura sostanziale della presunzione legale; anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 79, parla di "equivalente artificiale".

[77] CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 30, *sub* nota 80, risponde negativamente al quesito circa la possibilità di considerare "prova legale" anche le regole che vietano o limitano l'uso di una certa tecnica istruttoria; in ogni modo, a prescindere dalla questione terminologica, neanche l'illustre Autore dubita che tali preclusioni afferiscano al tema della ricostruzione e valutazione del fatto: dunque, al più andrebbe specificato che alla fissazione formale del fatto contribuiscono, oltre alle prove, anche le limitazioni di prova. Nello stesso senso VERDE, voce *Prova*, cit., p. 590. Più avanti, come si vedrà al cap. II, aggiungeremo anche le regole di giudizio e quelle relative alla ripartizione dell'onere della prova.

[78] Limpidamente CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 28, *sub* nota 77: "prova, in quest'ampia accezione, è ogni fatto, dato il quale, il giudice, secondo il metodo della storiografia o in ossequio ad una regola legale, afferma che ne esiste o ne è esistito un altro": "le prove si distinguono, quindi, in libere e legali".

[79] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 47, introduce così la nozione di "prova in senso giuridico"; CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 28, invece, di "nozione processuale delle prove", da contrapporre a quella propria delle scienze sperimentali, su cui vedi *infra* alla nota 81.

[80] Per cenni generali circa i termini del dibattito si veda, per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1997, pp. 317 ss..

[81] Così, quanto alle coerenti conseguenze (anche terminologiche) dell'adesione alla concezione normativa della colpevolezza, si veda TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006 (rist.), pp. 149 s.. In tema di prova, invece, sostanzialmente in questo senso VERDE, voce *Prova*, cit., pp. 589 s.. Anche CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 28, ritiene che la diffidenza verso l'inclusione delle legali nel *genus* della prova dipenda "da un concetto extragiuridico con cui inconsapevolmente operiamo: si allude al paradigma delle scienze sperimentali, al quale ripugna l'idea che si possa predicare l'esistenza d'un avvenimento, senza averlo verificato con dati metodi di ricerca".

Solo così, peraltro, può spiegarsi l'ancora attuale accettazione, da parte degli interpreti, della nozione di prova legale, cui pure le presunzioni legali appartengono; ebbene, praticamente nessuno nega lo *status* di prova al *genus* prova legale, sebbene tale natura sia invece assai contestata per le *species* presunzioni legali: con gli argomenti, peraltro, cui abbiamo fatto cenno e che potrebbero indifferentemente rivolgersi anche alle prove legali in generale.

Ad esempio, l'art. 2738 c.c. prevede che "se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario": in tal caso è palese che la legge stabilisca il valore assoluto della prova anche contro le evidenze potenzialmente disponibili, imponendo di ritenere vera l'affermazione di un fatto di cui potrebbe essere invece dimostrata la falsità.

Pertanto, delle due l'una: o la ricostruzione in chiave naturale e soggettiva inerisce a qualsiasi genere e specie di prova, tale da privare di *status* probatorio (e di collocazione sistematica) ogni operazione poggiata su fondamenti solo normativi, e non empirici, sull'obbligo e non sul libero convincimento: così opinando, non apparterrebbe alla categoria della prova qualsiasi prova legale, presunzioni (legali) comprese[82]; oppure si abbandona, consapevolmente ed espressamente, la visione soggettivo-naturalistica e si accoglie un'impostazione schiettamente normativa, arrivando a definire prova "lo strumento tramite il quale il fatto da giudicare viene fissato formalmente e dunque diviene produttivo di taluni effetti"[83]: strumento che, invero, potrà a seconda dei casi influire soggettivamente sul convincimento giudiziale, oppure determinare coattivamente la fissazione[84].

---

[82] Coerentemente, infatti, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 81 ritiene che in tutti gli equipollenti assoluti (ossia che non concedano la prova contraria) l'equiparazione incida sul diritto sostantivo. *Contra* CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 33, *sub* nota 84, che giustifica la distinzione – quanto a natura giuridica – delle presunzioni legali assolute rispetto alle altre prove legali.

[83] Definizione nostra. Tale ricostruzione della nozione, assai generica e onnicomprensiva, è stata talora adottata in una prospettiva comparatistica, al fine di esaminare il concetto di prova in ogni ordinamento, a prescindere dalle distanze intercorrenti; in quest'ottica, si è affermato che "con prova si intendono tutti quegli strumenti (elementi, mezzi, fonti o criteri di decisione) che in varia misura concorrono a regolare il giudizio dell'organo giurisdizionale preposto alla decisione": così RUGGIERI, voce *Prova in diritto processuale penale comparato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 398.

[84] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 78, contrasta la natura probatoria delle prove legali affermando che "non esiste la prova legale di un fatto, ma esiste la *prova* sempre *libera di un equipollente*

Così ricostruita la nozione di prova, peraltro, sembra in qualche modo ci si riavvicini anche alle conseguenze derivanti dalla lettura delle presunzioni assolute come norme sostantive, nella misura in cui la modalità di prova prevista dal legislatore per una determinata fattispecie paia condizionarne la stessa struttura: in altre parole, sul piano effettuale potrebbe sembrare indifferente affermare che la fattispecie A + B + C sia integrata in realtà anche dalla ricorrenza di A + B + D (ricostruzione in termini sostanziali), oppure sostenere che, quanto alla fattispecie A + B + C, la prova dell'elemento C si ritiene incontrovertibilmente raggiunta tramite l'accertata sussistenza di D (ricostruzione in termini probatori): in entrambi i casi, dati A + B + D, la fattispecie sarà perfetta e produttiva di effetti.

Tale accostamento tra i due fenomeni avviene però in modo affatto singolare: sarebbe l'ambito probatorio, così normativizzato, ad avvicinarsi esso stesso al campo del diritto sostanziale, laddove la prova diventa l'innesco[85] necessario per l'applicazione della fattispecie, e dunque quasi elemento della stessa.

Ma tale avvicinamento non può e non deve condurre mai, magari in ossequio alla concezione della norma reale[86], a guardare con indifferenza alla questione circa la natura sostantiva o probatoria di un istituto: seppure in entrambi i casi essi divengono fenomeni normativi imprescindibili per la produzione di effetti da parte della fattispecie, ciononostante dall'appartenenza all'una o all'altra categoria discendono conseguenze assolutamente rilevanti: prime fra tutte, in ordine alla configurazione dell'elemento soggettivo e alla applicazione delle norme di sistema proprie del diritto sostanziale o del diritto processuale[87], cui la materia probatoria viene usualmente ricondotta.

---

legale del fatto, la quale non può svolgersi se non mediante l'esperienza e la logica e le percezioni proprie di chi giudica. La locuzione prova legale non è che un'abbreviazione per significare la prova di un equipollente o l'equipollente stesso"; ebbene, una volta chiara la differenza tra prova naturale (o libera) e prova legale, a nostro avviso nulla si oppone ad utilizzare questa "abbreviazione" (il termine *prova*) come nozione riassuntiva delle due *species*, entrambe necessarie per la fissazione formale del fatto da giudicare.

[85] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 107, in modo del tutto analogo parla al proposito di "chiave" per la produzione di effetti da parte della fattispecie.

[86] Sulla nozione di "norma penale reale" si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, pp. 17 ss..

[87] ID., *op. cit.*, p. 19.

Proprio partendo dalla prima di tali conseguenze, riteniamo di poter dare una risposta, circa la natura delle presunzioni assolute, che dia coerenza alla proposta regolazione dei confini tra materia sostanziale e materia processuale, tra il piano dei presupposti di fatto e quello dell'attività di accertamento.

Lo studio delle presunzioni assolute, infatti, pare essersi svolto su un piano prettamente formale ed obiettivo, con l'intento di individuare la collocazione dell'istituto tra l'ambito sostanziale e quello probatorio, dimenticando però di inserire, tra le variabili che compongono il quadro su cui vagliare la coerenza complessiva della soluzione prescelta, le conseguenze che ne discenderebbero ad esempio sul piano della delimitazione della sfera dell'offesa e su quello dell'elemento soggettivo[88].

A tale ultimo proposito, giova sottolineare che parlare di presunzione assoluta come creazione di un equipollente *sostanziale* al fatto da provare, significa ritenere che nella fattispecie tipica A + B + C, in luogo dell'elemento essenziale C si introduca il sostitutivo D: proprio in tale riformulazione della struttura del reato risiederebbe la natura sostantiva della norma che prevede una presunzione *iuris et de iure*.

Ma visto che il fatto criminoso, per essere imputabile a titolo di dolo, deve essere rappresentato nella sua interezza dal soggetto agente[89], inserire un nuovo o diverso elemento nella struttura oggettiva del reato implica che, per la punibilità della fattispecie, anche tale nuovo o diverso elemento debba essere rappresentato dal soggetto agente.

E' dunque chiaro che ragionare in termini sostantivi in materia di presunzioni assolute, e dunque ritenere, come prima si è illustrato, che la presunzione *iuris et de iure,* accanto alla fattispecie A + B + C, ne crei una nuova e diversa A + B + D, imponga di ritenere anche che nel soggetto agente possa ravvisarsi dolo solo

[88] Probabilmente ciò è dovuto alla circostanza che, come ricordato, lo studio delle presunzioni è stato condotto principalmente in campo civile, ove il rilievo del contenuto lesivo e della copertura soggettiva dell'illecito appare notevolmente inferiore che nell'ambito penale.

[89] Per tutti si veda M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.),* in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano - Varese, 1964, p. 754.

se lo stesso si rappresenti quantomeno[90] la sussistenza di A, di B e di D; D, però, ha una natura che per definizione appare estranea al piano del disvalore inerente alla fattispecie di reato[91], e dunque si appalesa talvolta assolutamente ingiustificato richiederne la copertura soggettiva.

Se ad esempio il legislatore imponesse una presunzione assoluta, tale per cui chi venga trovato sporco del sangue della vittima di un omicidio vada *iuris et de iure* ritenuto autore del delitto, apparirebbe privo di senso richiedere ai fini del dolo, e dunque della punibilità *ex* art. 575 c.p., la rappresentazione da parte del soggetto di essersi sporcato di sangue: se l'elemento indiziante è del tutto estraneo al piano dell'offesa, non può rilevare che l'autore ne abbia avuto contezza, ma interessa semplicemente la sua sussistenza sul piano materiale quale spia di un altro accadimento storico; anzi, inutile aggiungere che, proprio in quanto traccia potenzialmente dannosa per il reo e il suo desiderio di impunità, essa è del tutto non voluta dall'agente e probabilmente non rappresentata.

Tale considerazione non può essere smentita adducendo altri esempi che solo apparentemente, richiedendosi una copertura soggettiva del fatto indiziante, consentirebbero di difendere la natura sostantiva della presunzione assoluta.

Si prenda come esempio la presunzione *iuris et de iure* di contrabbando, contenuta nell'art. 94 cpv. nell'abrogato T.U. legge doganale del 1923[92], alla stregua della quale la sottrazione al pagamento dei diritti si considera sempre avvenuta o tentata in relazione alla merce estera celata addosso o nel bagaglio di chi si presenti alle linee ispettive; in tale caso, potrebbe argomentarsi che la presunzione operi nella misura in cui il soggetto sappia di avere tale merce indosso o nel proprio bagaglio; se invece fosse dimostrato che un terzo, a sua insaputa, gli abbia occultato degli oggetti in una tasca pochi minuti prima, parrebbe inconcepibile applicare comunque la presunzione, e dunque si potrebbe

[90] Tralasciando il problema in ordine alla necessità della rappresentazione dell'elemento presunto C.

[91] NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 86, analogamente ritiene che la presunzione assoluta "non crea nuove ipotesi criminose e non allarga quella già esistente".

[92] R.D. 2 settembre 1923, n. 1960. La fattispecie è analoga a quella prevista dall'art. 282, comma primo lett. c.) del T.U. attualmente vigente; tuttavia, la diversa formulazione della disposizione autorizza all'individuazione di una differente natura giuridica, come si vedrà *infra* cap. 5 § 12.

avere buon agio a sostenere che la circostanza indiziante, in realtà, sarebbe elemento costitutivo del fatto, in quanto tale bisognosa di rappresentazione da parte dell'agente.

In questo, come in altri casi eventualmente prospettabili, pure a voler ritenere necessaria la consapevolezza del soggetto rispetto alla sussistenza della circostanza indiziante, tale requisito non consentirebbe il trasferimento dell'elemento in oggetto all'interno del fatto: la copertura psicologica, infatti, non vale a integrare anche soggettivamente il disvalore della fattispecie di reato, ma serve solo a colorare e a conferire valenza probatoria ad un fatto sì sintomatico di un altro, ma comunque neutro rispetto al bene tutelato dalla norma incriminatrice; ed ancora, l'atteggiamento soggettivo vale a rendere specifica, rispetto al detentore della merce, la prova generica dell'avvenuto contrabbando[93].

Tornando all'esempio del contrabbando, pertanto, dalla formulazione della fattispecie astratta è da ritenersi che sia solo il mancato pagamento (o il tentativo di sfuggire al pagamento) dei tributi doganali a offendere gli interessi finanziari dello Stato, e non il possesso occulto da parte del soggetto agente; la rappresentazione da parte di questi di avere indosso beni da dichiarare non vale a integrare il disvalore soggettivo del reato, ma solo a rendere possibile l'inferenza logica dal fatto indiziante a quello presunto: se infatti il soggetto non sapesse di detenere merci celate tra i suoi vestiti, non potrebbe dirsi che tale possesso sia finalizzato al contrabbando, o che egli ne sia il responsabile.

L'aspetto soggettivo della vicenda, dunque, non contribuisce ad arricchire il fatto tipico, ma solo a conferire valenza di prova a una circostanza altrimenti equivoca.

Se quanto sostenuto sinora è corretto, riteniamo non possa liquidarsi la questione circa la natura delle presunzioni assolute in modo forse superficiale, credendo di giungere rapidamente all'essenza del fenomeno attribuendogli valenza sostanziale e così di saltare qualsiasi preteso infingimento verbale da parte del legislatore: se certo è importante non fermarsi al *dictum* legislativo, specie ove

[93] Così NUVOLONE, *Presunzioni legali*, cit., p. 91.

questo possa nascondere una truffa delle etichette, altrettanto certo è che la collocazione di un istituto in una determinata categoria produce degli effetti sistematici; e tali effetti vanno presi in considerazione anche al fine di verificare la compatibilità di un istituto con la categoria ove si ritiene di inserirlo.

Nel caso di specie, la modificazione sostanziale della fattispecie tipica da parte della presunzione assoluta ci appare incompatibile con le conseguenze in punto di elemento soggettivo; tanto incompatibile da rendere inappropriata tale ricostruzione.

Né ci appare corretto conferire sì natura sostanziale alla presunzione *iuris et de iure*, ma su un piano diverso rispetto a quello degli elementi del fatto tipico: così, potrebbe ipotizzarsi[94] che il fatto indiziante, sostitutivo del presunto, si collochi fuori dal fatto, ma all'interno della fattispecie[95], in una posizione dunque ove non sarebbe richiesta la piena copertura da parte dell'elemento soggettivo; magari, arrivando a definirlo "condizione obiettiva di punibilità"[96], spesso utilizzata quale etichetta utile per ogni fenomeno imputato obiettivamente.

Tuttavia, non si vedrebbe ragione per una simile soluzione, attesa l'assenza di qualsiasi indicazione legislativa in tal senso; e d'altra parte, non si sfuggirebbe *in toto* ai problemi in ordine all'elemento soggettivo, atteso che parte della dottrina ha evidenziato che anche gli elementi della fattispecie, pur non richiedendo la piena rappresentazione da parte dell'agente, debbono pur sempre presentarglisi quale circostanza dotata di un minimo di prevedibilità, pena la violazione del principio di personalità penale sancito dall'art. 27 Cost.[97].

---

[94] Ma non ci consta che nessuno sia mai giunto a proporlo.

[95] Per l'individuazione di elementi estranei al fatto di reato propriamente detto, ma comunque appartenenti alla fattispecie criminosa, si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, p. 141.

[96] Tale tentativo risulta in un certo senso esperito in tema di natura giuridica dei limiti tabellari di cui all'art. 73, comma 1 *bis*, lett. a), d.p.r. 309/1990, ma proprio in antitesi all'ipotesi di considerare tali soglie come presunzioni: così MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2006, p. 832; nello stesso senso anche ZAINA, *Riflessioni critiche sulle ultimissime modifiche introdotte dal disegno di legge n. 6927, in relazione agli artt. 73, 75, 75-bis ed 89 del DPR 309/90*, in *www.altalex.com*; in argomento vedi *infra*, cap. V § 11.

[97] M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 162; in giurisprudenza, parzialmente, già Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1378, con nota di INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d' uso*, ove si è incidentalmente affermato che le condizioni obiettive di

Anche tale *quid*, però, appare non esigibile in relazione al fatto indiziante, restando validi al proposito gli argomenti già proposti in precedenza.

Altro piano di indagine, al cospetto del quale misurare la compatibilità della ricostruzione probatoria, è quello delle conseguenze di sistema, in particolare in ordine all'efficacia nel tempo delle norme relative alle presunzioni assolute.

Se infatti si aderisse alla concezione prevalente, secondo cui le disposizioni processuali e dunque quelle probatorie sarebbero regolate dalla legge vigente al tempo della loro applicazione secondo lo schema del *tempus regit actum*[98], l'art. 25 comma secondo Cost. e 2 c.p. non sarebbero richiamabili per l'istituto delle presunzioni assolute.

Da ciò discenderebbe ad esempio che, se al momento del fatto la fattispecie A + B + C era applicabile senza darsi luogo a presunzioni mentre invece in quello del giudizio la prova di C è surrogata da quella di D, l'agente si troverebbe in posizione assolutamente deteriore, con conseguenze di dubbia legittimità nel caso in cui fosse *accertata* l'insussistenza di C: al momento della commissione il soggetto verrebbe assolto per insussistenza del fatto, mentre in quello del giudizio l'irrilevanza di C lo condurrebbe alla condanna.

Si fa strada così la tentazione di tornare a valorizzare l'aspetto sostanziale del fenomeno presuntivo, nella consapevolezza dei riflessi in ordine allo svuotamento della struttura della fattispecie, privata, agli effetti pratici, dell'elemento C[99].

Tuttavia, ciò non muta a nostro avviso la natura del fenomeno in oggetto.

Ciò che emerge limpidamente negando l'applicabilità dell'art. 2 c.p. è, in realtà, difetto latente della presunzione assoluta: ossia il rischio che, inserendo nella fattispecie un elemento e poi, a date condizioni, sottraendo rilievo alla sua

---

punibilità intrinseche non possono sfuggire alla regola della necessaria rimproverabilità sancita dall'art. 27 primo comma Cost..

[98] In questo senso, per tutti, CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 79, *sub* nota 47; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 19.

[99] Soluzione in un certo senso intermedia è quella suggerita da FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 21, secondo cui il principio del *tempus regit actum*, valido generalmente per le prove, subirebbe un'eccezione ogniqualvolta una fattispecie criminosa richieda speciali modalità di prova, tale per cui queste si inseriscano nella struttura del reato e si assoggettino così alla disciplina di cui all'art. 2 c.p.. In argomento vedi *infra* cap. II, § 8.

insussistenza, si crei una situazione di tensione con diverse disposizioni costituzionali[100]; il che, però, prescinde dalla natura probatoria o sostanziale del fenomeno, ma attiene al solo piano degli effetti: e da questo angolo visuale si tenterà più avanti di risolvere la questione[101].

Scartata dunque la ricostruzione in chiave sostanziale, e a meno di non introdurre un vago quanto ingiustificato *tertium genus*, non resta quindi che tener ferma la collocazione già consegnataci dalla storia del diritto, e considerare la presunzione assoluta vera e propria prova, sia pure legale[102]; scelta che appare accettabile non solo "per esclusione", ma anche perché conforme, come detto, alla sua genesi storica, nonché alla *ratio* che pare animarla e giustificarne l'introduzione; infine, tale collocazione non stravolge intimamente la nozione di prova, ma solo la adatta in consonanza alla valenza normativa che tale concetto deve possedere.

7. *Le presunzioni assolute "improprie"*. – Discorso *ad hoc*, quanto alla natura giuridica, va fatto in relazione a figure che vengono solitamente denominate presunzioni, ma che appaiono strutturalmente diverse.

Talvolta, infatti, il legislatore usa "presumere" la sussistenza di un certo elemento, ma senza ancorare detta inferenza alla sussistenza di altro elemento che vada in alternativa provato. In tali casi, dunque, il fatto presunto non è in realtà tale, ossia desunto dalla presenza di un fatto diverso cui solitamente si accompagna, bensì è semplicemente non richiesto ai fini della realizzazione della fattispecie[103].

In altre parole, il legislatore enuncia a parole che l'ipotesi normativa sia integrata dalla presenza di A + B + C, ma poi dichiara "presunto" C, con la conseguenza che resta sufficiente la sola sussistenza di A + B: è chiaro, però, che siamo in presenza di uno schema divergente rispetto alle "presunzioni assolute proprie",

[100] Vedi *infra* cap. IV, ed in particolare i §§ 8 e 9.

[101] Oltre al citato cap. IV, §§ 8 e 9, si veda anche il cap. II, § 8, in tema di validità nel tempo delle presunzioni legali relative, con argomentazioni vieppiù valide per le presunzioni assolute.

[102] Così, in posizione assolutamente minoritaria, anche NUVOLONE, *Presunzioni legali*, cit., pp. 86 s.

[103] Per tale distinzione, seppur riferita alle presunzioni legali relative, vedi CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 33 ss.; in tema anche CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, pp. 819 s.

ove vi è un fatto noto D da cui dedurre (sia pure per via legale) la sussistenza di C.

Potrebbe dunque affermarsi che, più semplicemente, l'elemento assolutamente presunto non sia in realtà parte della fattispecie, dal momento che è del tutto irrilevante la sua presenza ai fini della produzione di effetti giuridici, quand'anche se ne dimostri positivamente l'insussistenza[104]; e che non potrebbe parlarsi di "fissazione formale del fatto", perché nel caso in esame la statuizione giuridica opera esclusivamente in una fase pre-processuale, con l'individuazione irrevocabile degli elementi necessari e di quelli ininfluenti.

In quest'ottica, la figura in oggetto potrebbe davvero appartenere all'ambito sostanziale, in quanto il legislatore – per motivi che non interessano i confini del presente studio[105] – decide di travestire da presunzione la mera irrilevanza di un elemento, o meglio la non appartenenza dello stesso alla fattispecie criminosa, che risulta conseguentemente "ridotta"[106]; e proprio tale paradigma – e non quello delle presunzioni "propriamente dette" – ha presente la dottrina quando, quasi unanimemente, conclude per la natura sostantiva delle presunzioni assolute[107].

La figura in parola ricorre anche quando esista un legame con un fatto indiziante, che però appare "nascosto": ciò avviene quando l'esistenza di C è desunta dalla sussistenza non di un'altra circostanza D, ma dalla semplice esistenza di A + B, ossia gli altri elementi della fattispecie. Si può scorgere, infatti, un rapporto così stretto tra gli elementi costitutivi della fattispecie, tale per cui dalla sussistenza di alcuni di essi possa dedursi la sussistenza anche del resto; perciò la differenza tra

[104] Limpidamente CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 95: "dire che la colpa è assolutamente presunta, ovvero che ricorre un'ipotesi di responsabilità oggettiva, significa enunciare due formule che giuridicamente si equivalgono". Così anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 251. Tale convinzione è alla base di espressioni tralaticie, ma improprie, quali "presunzione assoluta di conoscenza della legge penale" *ex* art. 5 c.p., o "presunzione assoluta di conoscenza dell'età della vittima nei reati sessuali" *ex* art. 609 sexies c.p.; su tali ipotesi, si veda più diffusamente *infra* cap. V §§ 8 e 9.

[105] Ancora CORDERO, *op. loc. cit.*, ravvisa "una certa indulgenza al gusto dell'immagine traslata, che rifugge dalle strettoie del discorso diretto". Per SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 252, il legislatore "da un lato sembra che paventi di enunciare crudamente quelle conseguenze che pur inevitabilmente derivano dalla norma, dall'altro ha l'aria di volere giustificarsi col fondamento di probabilità attribuito alla presunzione".

[106] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 88.

[107] Vedi *supra* § 5 *sub* nota 63.

queste presunzioni assolute improprie e quelle appartenenti al tipo comune è che il fatto noto – da cui presumere l'esistenza di quello ignoto – non è un dato esterno alla fattispecie, ma uno interno[108].

Pertanto, nell'ambito delle presunzioni assolute improprie potrebbe distinguersi a seconda che l'accertamento del fatto C sia pretermesso solo perché irrilevante per il legislatore, oppure perché questi lo ritenga "scontato" in virtù dell'esistenza di A + B. Il distinguo, comunque, è di scarso rilievo: come già chiarito non interessa – sino al limite della razionalità e degli altri che si vedranno nel proseguo[109] – il perché il legislatore abbia scelto di pretermettere l'accertamento di un elemento, e se ciò obbedisca a un fondamento empirico o di opportunità.

In ogni modo, a ben vedere anche le presunzioni assolute improprie possono essere ricondotte all'alveo probatorio, o comunque al procedimento di fissazione del fatto: deve infatti contestarsi la premessa teorica, ossia l'assoluta irrilevanza, sul piano degli effetti, tra il considerare l'elemento presunto in modo assoluto come fenomeno processuale o sostanziale.

D'altra parte, appare metodologicamente errato postulare un'identità di effetti tra presunzione assoluta impropria e estromissione sostanziale di un elemento dalla fattispecie: ciò dovrebbe semmai scaturire quale risultato dell'analisi interpretativa, e non come assioma di partenza.

Al riguardo, se è vero che non si richiede l'accertamento dell'elemento assolutamente presunto, è vero anche che tale fattore – prima di essere presunto – è comunque descritto come parte della fattispecie; ed a prescindere dalla precisione terminologica, ciò produce anche degli effetti: quando il dato presunto fosse inserito tra gli elementi del fatto tipico, esso, in primo luogo, concorrerebbe anche a delineare la sfera dell'offesa penalmente rilevante; in secondo luogo, dovrebbe rientrare nel fuoco dell'elemento soggettivo: pertanto, se il legislatore decidesse di presumere assolutamente un elemento del tipo – a prescindere dalla legittimità di tale opzione –, ciononostante questo dato non potrebbe essere

[108] E' la medesima differenza che si vedrà intercorrere tra presunzioni semplici e verità interinali, su cui *infra* cap. III § 6.
[109] *Infra* cap. IV.

ritenuto dall'interprete *tamquam non esset*, ma andrebbe considerato per gli effetti "collaterali" che si diramano a raggio dalla natura giuridica di un certo elemento[110].

8. *Presunzioni assolute e* ratio *della fattispecie*. – Vanno poi distinti, invero, i casi in cui l'elemento presunto appartenga solo alla *ratio* della fattispecie[111]: il legislatore lascerebbe implicita una delle ragioni per le quali abbia imposto un precetto, con conseguente disinteresse circa la verifica della sussistenza concreta del fondamento della disposizione. In altre parole, la *ratio* stessa della fattispecie obbedirebbe ad una presunzione implicita nella previsione normativa; è il caso, ad esempio, dei cosiddetti reati di pericolo[112] presunto[113], laddove nel silenzio della legge circa la rilevanza o meno della verificazione di un pericolo ai fini del perfezionamento della fattispecie, si sostiene che tale pericolo sia appunto presunto dalla norma, in quanto conseguenza normale della condotta posta in essere dall'agente e per questo non bisognevole di specifico accertamento[114], oppure perché il singolo comportamento sarebbe di per sé inoffensivo, ma capace di condurre ad esisti lesivi se ripetuto su larga scala[115]; grazie a tale

[110] Per esempio, per la valutazione in concreto dell'offensività della condotta tipica, e della sussistenza dell'elemento soggettivo. In merito si veda *infra* cap. IV, §§ 8 e 9.

[111] BETTIOL, *La regola* "in dubio pro reo*" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 254 parla di "motivi informatori delle norme penali". Secondo SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 254, l'Autore non si avvedrebbe, però, che ciò sarebbe fenomeno comune a ogni fattispecie, laddove si presume dalla realizzazione del tipo la conseguenza della meritevolezza della produzione di determinati effetti giuridici; in argomento vedi anche *infra* cap. V § 4, in ordine in particolare alla "presunzione di offensività".

[112] Per la nozione di "pericolo" si veda M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 2, che lo definisce quale "apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto". *Contra* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, cit., p. 230, che ritiene necessario un più elevato grado di verificabilità, rinvenibile nel concetto di "probabilità".

[113] O, secondo altra terminologia ritenuta talora sinonimica, "astratto": così ad esempio FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 50. *Contra* l'identità di significato, pur con diversità di motivazioni, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, pp. 205 ss., e M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 4.

[114] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2008, p. 5; FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 50; recentemente, per una esplicita lettura in chiave di "presunzione legale" fondata su basi statistiche o semplice esperienza, si veda CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1416.

[115] Ciò sarebbe correlata alla natura superindividuale del bene tutelato, in quanto tale insuscettibile di essere leso da una singola condotta: così FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., pp. 60 ss., cui si rinvia per una più esaustiva analisi delle ragioni giustificatrici di un reato a pericolo presunto o astratto;

presunzione[116], perciò, si semplificherebbe l'accertamento e si garantirebbe al precetto una maggior efficacia general-preventiva[117]; come si vede, però, il legislatore non sancisce espressamente alcuna presunzione, ma essa è ricavata dall'interprete quale *ratio* del divieto (o dell'obbligo)[118].

Peraltro, generalizzando tali considerazioni, potrebbe sostenersi che *sempre* – quando la disposizione non richieda espressamente un'offesa – la *ratio* di una fattispecie sia frutto di una presunzione, quella per cui dalla commissione di un fatto derivi la lesione (nella forma del pericolo o del danno) all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. L'unica differenza, a nostro avviso, è che il fenomeno sarebbe più evidente nei reati di pericolo, laddove oltre all'assenza certa di un danno effettivo si aggiungerebbe l'evanescenza di un pericolo la cui integrazione non venga richiesta: pertanto, quasi a rassicurare della ragionevolezza della disposizione incriminatrice, si specificherebbe che in tali casi sussiste una presunzione di pericolosità della condotta vietata; ma tale affermazione in nulla differisce rispetto a quella più generale secondo cui il fatto tipico si *presume* offensivo: e non a caso, identiche sono le conseguenze, come ha evidenziato un'attenta dottrina[119], in ordine alle conseguenze in caso di concreta accertata inoffensività del fatto e di applicabilità dell'art. 49 c.p.[120].

Ma allargando il campo d'indagine, ancora, potrebbe dirsi che il recidivo *ex* art. 99 c.p. sia *presunto* maggiormente capace di delinquere; che si *presuma* che il reato continuato *ex* art. 81 c.p. manifesti minor disvalore soggettivo rispetto al mero concorso materiale; che il decorso del tempo rilevante per la prescrizione lasci *presumere* una rilevante attenuazione delle ragioni della punibilità.

---

nello stesso senso anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 176 ss; NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, 2008, p. 52.

[116] Al riguardo si chiarirà *infra*, cap. V § 4, la natura di tale presunzione; o meglio, se si tratti davvero di una presunzione.

[117] M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 6. Secondo FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 50, l'anticipazione della tutela può andare "esente da obiezione, quanto più elevato è il rango del bene esposto a rischio".

[118] Per uno studio dei reati di pericolo, e del legame tra questo e la *ratio* dell'incriminazione, si veda M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 1 ss.

[119] M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 7.

[120] Per un approfondimento dell'intera tematica, qui solo accennata, si veda *infra* cap. V § 4.

In questi, come in altri esempi che potrebbero proporsi, siamo però fuori dall'ambito delle presunzioni, in quanto ad essere presunta sarebbe semplicemente la corrispondenza tra la realtà effettiva e il fondamento teleologico della disposizione; ma in ogni norma è presente una *ratio* che la giustifica e che il legislatore ha a mente nella redazione della disposizione, costruita – per quanto possibile – nel modo più efficace rispetto allo scopo[121].
Che questo sia raggiunto, poi, è solitamente irrilevante[122]: ma ciò non può portare a estendere a dismisura il concetto di presunzione assoluta, sino all'identificazione con la *ratio* di ogni disposizione.

9. *Presunzioni assolute e finzioni.* – La natura assoluta della presunzione, ossia l'irrilevanza della prova dell'insussistenza dell'elemento presunto, ha portato a ravvisare un'affinità tra tale istituto e quello delle finzioni.
Quest'ultimo consiste infatti nella fittizia affermazione normativa dell'esistenza di un fatto in realtà inesistente[123].
E' fenomeno anch'esso ricorrente nella storia del diritto e a tutt'oggi rinvenibile nel nostro ordinamento; un esempio, nel campo processual-penalistico, è costituito dall'art. 475 comma 2 c.p.p., laddove si dispone che "l'imputato allontanato si considera presente": evidente, in tal caso, l'attribuzione di effetti

[121] Limpidamente RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 100, evidenzia come il massimo dell'efficacia sarebbe raggiunto da disposizioni altamente individualizzate, che tenessero conto di tutte le circostanze concrete, oggettive e soggettive, che fondano la specificità di ogni singolo caso; tuttavia, dall'irrealizzabilità di tale disegno l'Autore riconosce la necessità pratica che la legge sia astratta e generale: ed allora la posizione di una norma valida e conferente per la generalità dei casi avviene sulla base di un'ipotesi che, avuto riguardo anche all'*id quod plerumque accidit*, convince il legislatore dell'adeguatezza della disciplina rispetto agli scopi avuti di mira. Ebbene, non si può però in tali casi parlare di presunzione, "altrimenti diventerebbero presunzioni tutti gli articoli della legge"; al contrario, quei fondamenti probabilistici "rappresentano semplicemente il risultato ultimo di un raziocinio, che potrà informarsi a criteri presuntivi ed avere per base logica la probabilità, ma rimane sempre il *motivo* della disposizione. E i motivi della legge non sono la legge". In questo senso anche NUVOLONE, *Presunzioni legali*, cit., p. 86 *sub* nota 1.
[122] Tornando all'esempio dei reati di pericolo presunto, il soddisfacimento della *ratio* sarebbe irrilevante, se non fosse che il sistema costituzionale e l'art. 49 c.p. impongono la necessaria offensività dell'illecito penale.
[123] In tema di finzioni si veda, per tutti, l'esaustivo TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della* fictio iuris, Padova, 1979.

giuridici ad una circostanza asseritamente inesistente, *come se* fosse invece sussistente.

Si tratta di un istituto ritenuto eminentemente sostantivo: gli effetti prodotti da A sono gli stessi prodotti da B; tuttavia il legislatore, piuttosto che porre tanto A tanto B tra le condizioni per la produzione di quei medesimi effetti, preferisce affermare – anche qui per motivi la cui individuazione esorbita dal presente studio – contro ogni evidenza che A = B.

Su questa base, si è affermato che le presunzioni assolute altro non sarebbero che finzioni, in quanto con quello strumento il legislatore *fingerebbe* che la correlazione riscontrata in generale tra due classi di fenomeni sia valida anche per il caso concreto[124].

Tuttavia, si suole tradizionalmente distinguere le finzioni dalle presunzioni assolute proprio sulla base del diverso rapporto che il fatto presunto ha con la realtà rispetto a quello fittizio: il primo, infatti, sarebbe probabile o comunque possibile, grazie al suo legame statistico con quello indiziante; il secondo, invece, sarebbe per definizione inesistente. Per il primo, dunque, l'insussistenza sarebbe un accidente irrilevante, ma pur sempre un accidente; per il secondo, invece, sarebbe un connotato inerente.

Tale considerazione può dirsi corretta, ma va precisata.

In primo luogo, il legame statistico tra fatto noto ed ignoto può essere più o meno forte, o addirittura insussistente[125], con ovvie conseguenze in ordine all'affermata "probabilità" circa l'esistenza del fatto presunto; ma resta comunque fermo il punto per cui, per quanto improbabile, il fatto presunto non è mai già per definizione inesistente, come è invece quello oggetto di finzione[126].

---

[124] GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1884-1888, vol. I, n. 421. Nello stesso senso, più di recente, FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., p. 282. Per ulteriore approfondimento si veda ancora TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., *passim*, il quale, ricostruendo in una prospettiva storica l'istituto della *fictio iuris*, studia anche l'evolversi di tale particolare problematica nel pensiero dei molti studiosi che nei secoli la hanno affrontata.

[125] Si ricorda che, come chiarito *supra* al § 2, la presunzione può essere dettata per motivi di verosimiglianza, ma anche per ragioni di mera opportunità.

[126] Per RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 31, "*fingere* vuol dire supporre o simulare che una cosa sia non *quale è probabilmente*, ma *quale certamente non è*" (corsivo dell'Autore).

In secondo luogo, ciò che più rileva nel distinguere le due categorie non è tanto la *qualità* del fatto assunto per vero, quanto la collocazione sistematica dei due istituti e le conseguenze che ne derivano; al proposito, richiamando quanto scritto in precedenza e superando l'apparente identità di effetti tra presunzioni assolute e finzioni[127], bisogna ribadire la natura probatoria delle prime e quella sostantiva delle seconde.

[127] L'identità di effetti è coerentemente affermata da chi ritiene la natura sostantiva delle presunzioni assolute; ad esempio, vedi SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 252.

CAPITOLO SECONDO

LE PRESUNZIONI LEGALI RELATIVE

SOMMARIO: 1. Le presunzioni legali relative: cenni. – 2. Natura giuridica: le presunzioni legali relative come prova. – 3. Le presunzioni legali relative come regola di giudizio – 4. (segue) la questione dell'onere della prova nel processo penale. – 5. (segue) le presunzioni come "fatti opposti agli elementi impeditivi" e l'onere della prova degli elementi negativi. – 6. Le presunzioni legali relative come istituto surrogatorio. – 7. Le presunzioni legali relative come istituti costitutivi di fattispecie a doppio schema normativo. – 8. L'inserimento del dato processuale nella disposizione incriminatrice: riflessi di sistema; in particolare, la validità nel tempo. – 9. Considerazioni conclusive in tema di presunzioni legali relative.

1. *Le presunzioni legali relative: cenni.* – Come già accennato, le presunzioni legali si dicono relative – o *iuris tantum*, o vincibili, o discutibili[1] – quando la sussistenza del fatto presunto, ricavata sulla scorta del fatto indiziante indicato dal legislatore, valga solo sino a che non vi sia prova del contrario. A tale forma di manifestazione, che potremmo definire "propria", si affianca quella "impropria": in questa non vi è un fatto noto che sostituisce la dimostrazione dell'ignoto, bensì più semplicemente la prova di questo non è richiesta per il

[1] Per tale nomenclatura si veda RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 15.

perfezionamento della fattispecie, restando salva però la possibilità di dimostrarne l'insussistenza al fine di bloccare la produzione di effetti da parte della fattispecie stessa[2].

Le presunzioni relative si differenziano dunque dalle assolute, poiché in queste non v'è dimostrazione che valga a spezzare la fissazione formale del fatto sacralizzata dalla legge; e si differenziano anche dalle semplici, in relazione alle quali l'inferenza tra due dati è stabilita non in generale dal legislatore, ma nel caso specifico dal giudice.

La collocazione sistematica e la disciplina dell'istituto delle presunzioni legali "vincibili", tuttavia, appare di difficile ricostruzione.

2. *Natura giuridica: le presunzioni legali relative come prova.* – Come già accennato, l'origine storica delle presunzioni legali ha fatto propendere parte della dottrina verso la qualificazione delle stesse quali veri e propri mezzi di prova; e la stessa impostazione è corroborata anche dal vigente codice civile che, all'interno del libro sesto, inserisce le presunzioni, anche legali, nel capo quarto del titolo secondo, dedicato alle prove; tale tesi, che pareva poco fondata in relazione alle presunzioni assolute – perciò reinterpretate come istituti di diritto sostanziale – era invece apparsa più convincente riguardo alle relative: in tal caso, infatti, la presunzione si sarebbe limitata ad orientare il libero convincimento del giudice imponendogli di ritenere provato un fatto che il legislatore ritiene assai probabile – *rectius*, ritiene opportuno dedurre[3] – sulla

[2] G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 198. Lo stesso si è verificato per la categoria delle presunzioni assolute: vedi *supra* cap. I, § 7. Al riguardo CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 996, utilizza – anche se solo nell'indice – il termine di "pseudo-presunzioni". Tuttavia, come nota SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 94, se dessimo prevalente rilievo all'etimologia del termine "presunzione", e alla tradizionale definizione sorta da tale etimologia, le qualificazioni proprie/improprie risulterebbero da invertire; Menochius, infatti, come abbiamo visto definì "*preaesumptio, id est ante et sumptio, hoc est ante sumptio, quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero*", limitando l'effetto tipico delle presunzioni alla dispensa di prova, e non alla sostituzione di prova. In ogni modo, prescindendo dall'origine storica, abbiamo preferito attribuire la "patente di originalità" alla classe che meglio corrisponde alla definizione legale contenuta nel codice civile. Il citato Autore, invece, proseguendo sulla scorta del significato letterale, ha optato per la distinzione tra *preaesumptio* e *postsumptio*, riconducibili al più generale concetto di *sumptio*.

[3] Come detto, infatti, la probabilità non è l'unico tipo di *ratio* rinvenibile alla base di una presunzione *iuris tantum*.

scorta della presenza di un altro fatto noto, facendo però salva la prova contraria[4]. In tale ottica, il procedimento decisionale avrebbe conservato il proprio fondamento – "naturalisticamente" – probatorio, poiché il collegamento tra il fatto noto e l'ignoto sarebbe stato assicurato da una massima di esperienza, sia pure consacrata in una disposizione legislativa[5]; e la corrispondenza tra verità materiale e comando probatorio sarebbe comunque stata salvaguardata dalla valvola di sicurezza della prova contraria, garante dei fini di ricerca della verità effettiva usualmente attribuiti al processo penale.

Pertanto, l'operare di una presunzione relativa propria comporterebbe una mera semplificazione dell'accertamento, operato in via astratta dalla norma[6]: laddove non si abbia per altra via la prova di un elemento, sarà sufficiente la prova di un altro, probabilmente di più agevole riscontro.

Intanto, tale valenza probatoria non potrebbe di certo estendersi anche alle presunzioni legali c.d. improprie, poiché in queste manca addirittura il fatto noto da cui dedurre l'ignoto; salva la possibilità, come per le assolute[7], di individuare all'interno della categoria delle improprie quelle in cui l'elemento indiziante c'è, ma sembra non percepibile in quanto è costituito da tutto il resto o da una parte soltanto della stessa fattispecie.

Ma soprattutto, come già illustrato appare necessario intendersi sul corretto significato di "prova": se si vuole adoperare una nozione "soggettiva", "naturalistica", è evidente che qualsiasi condizionamento per via normativa alla libera ricostruzione operata dal giudice appare contraddittorio e incompatibile con la premessa; se la prova è strumento di convincimento, la legge non può mai imporre una prova, perché un comando non persuade, ma costringe.

---

[4] In questo senso BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 246; BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., p. 23; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 597; FERRAIOLI, voce *Presunzione*, cit., p. 308; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 249;

[5] Cass., 5 marzo 1955, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 324, secondo cui "la presunzione, sia essa legale o semplice, si fonda sul presupposto che da un dato fatto noto si debba logicamente, necessariamente, certamente, e non solo probabilmente, risalire ad un fatto ignoto, con la differenza che […] nelle presunzioni legali è lo stesso legislatore che attribuisce ad alcuni fatti efficacia probatoria".

[6] BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., pp. 250 e 258; BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., p. 26; DELITALA, *Il divieto della "reformatio in peius" nel processo penale*, Milano, 1927, p. 115; FERRAIOLI, voce *Presunzione*, cit., p. 308.

[7] Si veda *supra* cap. I § 7.

La natura *lato sensu* probatoria della presunzione relativa, invece, può ricavarsi solo rimodulando la nozione stessa di prova, come già tentato nel capitolo relativo alle presunzioni assolute; in quella sede si era tentato di dimostrare come la ricostruzione del fatto storico, al fine della sua eventuale sussunzione nella fattispecie astratta, risponde sempre, in misura minore o maggiore, a influenze di origine normativa.

La valutazione del giudice, infatti, non è mai del tutto libera, ma risulta costantemente soggetta alle indicazioni legislative, non sempre volte ad assicurare il più efficace raggiungimento della verità effettiva, bensì a subordinarla ad interessi di diversa natura; abbandonata dunque l'illusione del processo penale preordinato alla ricerca della verità, e l'ipocrisia della nozione di verità formale o giudiziale, non resta che prendere atto della duttilità del procedimento penale, piegato dal legislatore alla salvaguardia di interessi diversi e talora contrastanti.

L'esito del giudizio, dunque, non è né la verità effettiva né quella giudiziale, ma una fissazione formale che è la risultante della ricostruzione storica del giudice e dei vincoli posti dall'ordinamento a tutela degli interessi più disparati; e la prova, come già sostenuto, è lo strumento attraverso il quale un'ipotesi viene cristallizzata, per poi venire offerta al giudice al fine della sua qualificazione giuridica sostanziale.

Ebbene, tale strumento sarà ugualmente autentico ed efficace tanto se sorretto dalla persuasività delle massime di esperienza, tanto se imposto dalla forza della legge; pertanto, sarà prova qualsiasi comando legale, ivi compresa la presunzione relativa: potrà solo distinguersi tra prove "naturali" (o "libere") e prove legali, e all'interno di ognuna delle due categorie differenziare le prove rappresentative da quelle critiche[8]; pur con l'avvertenza che, data la pervasività della legge in questa materia, anche le prove libere sono soggette ad una regolamentazione normativa che impedisce di isolare la purezza della specie; e che, riconoscendo la

[8] Lo schema della classificazione delle prove in naturali e legali, e a loro volta in rappresentative e critiche, è presente anche in SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 80. Così pure CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 32.

ragionevolezza del legislatore, anche le prove legali non agiscono prescindendo totalmente dall'*id quod plerumque accidit*: insomma, le classificazioni accennate hanno sì un fondamento, ma esso è solo tendenziale.

3. *Le presunzioni legali relative come regola di giudizio* – La constatazione della natura imperativa delle presunzioni relative, la convinzione del fondamento persuasivo della prova, la mancata percezione della funzione di fissazione del fatto da parte del processo, hanno portato a rigettare l'asserita natura probatoria delle presunzioni relative.

Con argomentazioni analoghe a quelle già riportate in precedenza[9], si è infatti ritenuto incompatibile l'intrusione del legislatore con il concetto di prova, e si è spostata dunque l'attenzione sul piano della regola di giudizio e sul tema dell'onere della prova.

In quest'ottica, si è affermato che le presunzioni relative altro non farebbero che dispensare una parte dall'onere di provare un elemento rilevante per il perfezionamento di una fattispecie, in deroga al brocardo, istituzionalizzato dall'art. 2697 c.c.[10], secondo cui *affirmanti incumbit probatio*: data la fattispecie composta dagli elementi A + B + C, in cui C sia presunto, il soggetto interessato agli effetti di tale fattispecie dovrà provare solo la sussistenza di A + B, e sarà sollevato – in deroga alla regola generale[11] – dall'onere di dimostrare anche l'esistenza di C, che per l'appunto è presunto. Al contrario, sarà il soggetto invece interessato a paralizzare l'applicazione della fattispecie in parola a dover provare l'insussistenza di C: si dovrebbe dunque parlare, al proposito, di un'inversione dell'onere della prova.

In realtà, a prescindere dalla correttezza di questa impostazione, vi è da

[9] In tema di presunzioni assolute, vedi *supra*, cap. I, § 4; in tema di presunzioni relative, vedi invece *supra*, § 2.

[10] Alla stregua di tale disposizione "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.
Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (art. 2697 c.c.)

[11] Per il rapporto genere a specie intercorrente tra onere della prova e (riflesso processuale della) presunzione legale relativa si veda G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 194 e 304.

puntualizzare che nelle presunzioni relative propriamente dette[12] l'elemento presunto non è semplicemente *espunto* dall'alveo degli elementi da provare, bensì è *sostituito* con un altro elemento: in altre parole, restando all'esempio appena proposto, l'elemento C è ricavato dalla prova di D, e pertanto, al posto della dimostrazione di A + B + C, sarà sufficiente il compiuto accertamento di A + B + D; dunque, in caso di presunzione propriamente detta non vi sarà eliminazione dell'onere, ma solo un suo spostamento su un altro *thema probandum*[13], comprensibilmente di più agevole dimostrazione; nel caso di presunzione impropria, invece, vi sarà una vera e propria dispensa dall'onere stesso, con conseguente rovesciamento sulla "controparte" interessata all'inefficacia della fattispecie[14]; tale ultima ipotesi si vuole ora prendere in considerazione, atteso che è quella che ha suscitato il maggior interesse in dottrina.

Peraltro, la fondatezza – anche in relazione alla materia penale – della tesi proposta passa necessariamente attraverso un approfondimento del concetto di onere della prova[15], e della sua utilizzabilità nel processo criminale.

4. *(segue) la questione dell'onere della prova nel processo penale.* – Questione assai controversa è appunto quella della sussistenza e della ripartizione di oneri probatori nel processo penale.

Il dibattito, già acceso sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, ha trovato nuovo slancio dopo l'introduzione del nuovo testo nel 1988[16] che, nel

[12] Circa la distinzione tra presunzioni propriamente dette e presunzioni improprie, vedi *supra* § 1 e cap. I, § 7.

[13] In questo senso AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 126; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 250; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 395.

[14] Anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 87 ss., avverte della differenza tra "presunzioni indiziarie", dove il fatto ignoto è tratto da un fatto noto esterno alla fattispecie la cui prova si *sostituisce* a quella del fatto ignoto, dalle "presunzioni integrative", dove il fatto ignoto è tratto da elementi interni alla fattispecie, tale per cui l'accertamento della stessa risulta ridotto, mozzato in relazione al fatto ignoto. Come illustrato *supra*, cap. I, § 7, però, non sempre può affermarsi che vi sia un collegamento integrativo tra la fattispecie e il fatto presunto, che invece appare semplicemente espunto dalla fattispecie oggettiva e quindi dall'oggetto della prova.

[15] Sul tema, in generale, vedi AUGENTI, *L'onere della prova*, cit.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit.; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 43 ss..

[16] QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p.

passaggio da un rito inquisitorio ad uno improntato al rispetto dei principi accusatori, ha lasciato intravedere spiragli per una diversa soluzione della problematica.

Per dar conto solo delle prospettazioni più note avanzate in merito – sia sotto il vecchio che sotto il nuovo codice –, vi è chi ha tentato di ricalcare una distribuzione dell'onere della prova sulla falsa riga delle regole vigenti nel processo civile[17]; altri, hanno seguito i criteri della normalità[18], o della specificità[19]; per altri ancora, l'onere spetterebbe *in toto* al pubblico ministero[20]; o al giudice[21], o al solo imputato[22], o infine a nessuno[23].

Vi è comunque da precisare che tali e tante discordanze di opinione derivano in buona parte dalla nozione di "onere" accolta dai vari Autori, nonché dalla diversa considerazione del ruolo e della funzione rivestiti dal pubblico ministero nel

---

1255.

[17] AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 277; ID., *Ancora brevi note sull'onere della prova nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1948, p. 591; FAZZALARI, *I processi nell'ordinamento italiano*, Padova, 1973, pp. 185 ss.; ONDEI, *Considerazioni sulla prova in materia penale*, in *Annali*, 1940, p. 286; nel processo civile, ed in via fortemente semplificativa, come visto la prova spetta per regola generale a chi afferma la sussistenza di un fatto: e dunque all'attore competerebbe la dimostrazione dei fatti costitutivi, al convenuto quella degli impeditivi, estintivi e modificativi; tale regola è "tradotta" nei brocardi *affirmanti incumbit probatio* e *reus in excipiendo fit actor*.

[18] In generale, vedi tra gli altri CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1906, p. 494; PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1883, p. 107; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 42 ss.. In virtù di tale teoria, andrebbe assunta come vera l'ipotesi rispondente all'*id quod plerumque accidit*, lasciando alla parte cui giova il fatto anormale la dimostrazione della sua sussistenza.

[19] Per una panoramica sulla teoria, vedi SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, pp. 41 ss.. Alla stregua di tale criterio, la prova del fatto specifico sarebbe più agevole rispetto a quella del fatto generico; pertanto, colui il quale trae vantaggio del fatto specifico avrebbe l'onere di procurarsi e produrre i mezzi di prova necessari.

[20] CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, cit., p. 212; GAITO, *Onere della prova e processo penale*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 517; PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 685 ss., che però ritiene, sulla scorta della teoria anglosassone dello *shifting of burden*, sia un onere per così dire "iniziale", che si sposterebbe poi sull'imputato in caso di raggiungimento della prova della sua colpevolezza: fenomeno che, però, riteniamo essere non espressione di regola giuridica, bensì mera esigenza pratica.

[21] ELLERO, *Della critica criminale*, cit., p. 253; FROSALI, *Diritto processuale penale*, in *Sistema penale italiano. Parte Seconda*, vol. IV, Torino, 1958, pp. 250 s..

[22] GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, pp. 142 e ss.; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 69 e s.

[23] E' senz'altro l'opinione maggioritaria; vedi ad es. BORGHESE, voce *Presunzioni (dir. pen. e dir. proc. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, cit., p. 774; FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi in onore di E. Eula*, vol. II, Milano, 1957, p. 20; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., pp. 74 ss.; MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 661; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 316; in giurisprudenza, Sez. III, 18 febbraio 1941, Paradisi ed altri, in *Giust. pen.*, 1942, IV, c. 205; Corte Cost., 24 marzo 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 916.

processo penale.

Tralasciando l'analisi delle singole posizioni, e partendo dal dato normativo, è noto che l'imputato possa essere condannato solo quando "risulta colpevole del reato contestatogli *al di là di ogni ragionevole dubbio*" (art. 533, comma 1 c.p.p.), e che vada altresì assolto "anche quando *manca*, è *insufficiente* o è *contraddittoria la prova* che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile" (art. 530, comma 2 c.p.p.) o "vi è dubbio sull'esistenza" di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità (art. 530, comma 3 c.p.p.); e che debba pronunciarsi sentenza di non doversi procedere "quando la prova dell'esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria" (art. 529, comma 2 c.p.p.) e "quando vi è dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato (art. 531, comma 2 c.p.p.).

Dal coordinamento delle disposizioni citate[24], si evince genericamente che per la punizione dell'imputato debba essere raggiunta la piena prova della sua colpevolezza[25], o comunque della sua "condannabilità", anche relativamente all'insussistenza di quelle cause "estintive" ed "impeditive"[26], o, in una parola, "negative",[27] che invece nel processo civile richiedono la dimostrazione da parte del convenuto; e di conseguenza che il dubbio, nella misura del *ragionevole*, giovi all'imputato[28]: insomma, laddove l'incertezza dovrebbe imporre logicamente un *non liquet* – se il processo fosse un semplice strumento di giudizi

[24] Ma anche prima dell'introduzione del nuovo codice, si asseriva che "il principio *in dubio pro reo*, ovvero *in dubiis pro libertate*, quale specificazione del principio del *favor rei* o del *favor libertatis*, rappresenta l'espressione di un principio generale di diritto; come tale esso incide in tutte le fasi del fenomeno giuridico": così GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 309.

[25] Sulle varie accezioni di "colpevolezza" nella materia penale, vedi VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, pp. 1 ss.; in questa sede è indubbiamente utilizzato nel significato processualistico.

[26] Per la nozione di elementi costitutivi, impeditivi ed estintivi vedi SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., pp. 406 ss.; sulla regola di giudizio valida per tali elementi vedi *infra* § 5.

[27] Sul concetto riassuntivo di elemento negativo della fattispecie vedi *infra* § 5 *sub* nota 67; nel medesimo paragrafo anche le necessarie precisazioni circa la regola di giudizio relativa a tale tipologia di elementi.

[28] Oltre che sul disposto della legge ordinaria, a tale soluzione si giungerebbe anche sulla scorta della cd. presunzione di non colpevolezza, contenuta all'art. 27 comma 2 della Costituzione; così MELCHIONDA, voce *Prova*, cit., p. 662. Sulla sussistenza o meno di una presunzione costituzionale di innocenza, da intendersi anche quale regola di giudizio, vedi *infra* cap. IV.

storici[29] –, l'ordinamento sceglie invece di riversare sull'accusa gli svantaggi del mancato accertamento[30].

Ad un primo sguardo, dunque, alcun onere legale peserebbe in via di principio sull'imputato, fatta eccezione per quell'onere di necessità individuato da parte della dottrina, e consistente nell'esigenza pratica di allegare circostanze difensive favorevoli[31], soprattutto quando la tesi accusatoria od altra situazione giuridicamente rilevante appaia di fatto così convincente o consolidata da richiedersi un intervento che neutralizzi il rischio di vedersi applicate conseguenze sfavorevoli[32].

Ma appare difficile anche attribuire un vero e proprio onere probatorio al pubblico ministero[33]: in primo luogo, tale organo non perseguirebbe un interesse proprio che può soccombere nel processo, bensì un interesse pubblico[34]; in secondo luogo, tale interesse non sarebbe la condanna dell'imputato, bensì l'accertamento della verità e l'applicazione degli effetti giuridici conseguenti[35]; in terzo luogo, l'onere presupporrebbe una lite ed un contrasto di interessi, in concreto non sempre individuabile in un processo penale per le ragioni anzidette[36]; infine, l'azione, così come la ricerca e la produzione delle prove, non

---

[29] AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 103; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 139.

[30] Per ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 33, tale regola mira a minimizzare il rischio insito nell'accertamento, ritenendo eticamente preferibile addossarlo alla società, piuttosto che all'imputato.

[31] EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 656; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 75; M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato, L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 131; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 316; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 64, parla al riguardo di "oneri spuri".

[32] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 57, che appunto contrappone la categoria dell'onere di legalità a quella dell'onere di necessità; vedi anche MELCHIONDA, voce *Prova*, cit., p. 663.

[33] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 70, preferisce utilizzare tutt'al più il termine "compito", in quanto combinatorio del dovere di agire seppur nell'interesse proprio, valorizzando così più l'aspetto soggettivo della situazione giuridica, che quello oggettivo delle ripercussioni sulla regola di giudizio.

[34] Secondo CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 92, il pubblico ministero è "parte per definizione disinteressata"; vedi anche GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 316; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 69; SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit., p. 229. Si veda però G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 134 s., secondo cui in generale non è l'*interesse* il fondamento dell'onere della prova – dal momento che la parte può agire anche in rappresentanza di un interesse altrui –, ma la *legittimazione*.

[35] FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 257; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 316;

[36] Si faccia il caso, ad esempio, di un pubblico ministero che chieda l'assoluzione dell'imputato, con cui quindi condivida l'interesse al medesimo esito processuale; cfr. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 221 ss.; SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit., p. 148. *Contra* AUGENTI, *L'onere della prova*, cit.,

sarebbero per il pubblico ministero l'esercizio di una semplice facoltà giuridica, bensì un vero e proprio obbligo conseguente al suo inquadramento pubblicistico[37].

E pur volendo continuare a parlare di onere a carico del pubblico ministero, anche con le menzionate incongruità ma con la dovuta consapevolezza critica[38], è comunque da precisarsi che si tratterebbe di onere sostanziale[39], incompleto[40] e imperfetto[41]: la nozione "pura" di onere[42], infatti, descriverebbe una situazione giuridica soggettiva in cui l'iniziativa sua propria della parte sia *condicio sine qua non* sufficiente per la soddisfazione dell'interesse[43], che nell'inerzia risulterebbe invece inevitabilmente sacrificato[44]; il che non è riscontrabile nel

---

p. 246 che, al riguardo, fa notare come nel processo civile nessuno neghi la qualità di parte al litigante che riconosca il diritto vantato dall'avversario.

[37] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 69, secondo cui tale situazione non si potrebbe qualificare "come una «facoltà» né come un «imperativo ipotetico», ma come un imperativo categorico al quale non è possibile sottrarsi"; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 316; SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit., p. 150.

Al riguardo, però, potrebbe emergere piuttosto che la medesima situazione di fatto rilevi giuridicamente in modo diverso a seconda dell'ambito preso in considerazione: in quest'ottica, la posizione del pubblico ministero rileverà come obbligo sul piano dei rapporti funzionali rispetto all'ufficio cui appartiene, e dunque su quello disciplinare; ma soltanto come onere, se ci si limita al versante squisitamente processuale in cui il pubblico ministero compare in qualità di parte; insomma, una cosa sarebbe il rapporto trilatero giudice-accusa-difesa, altro invece il rapporto sottostante al potere del pubblico ministero di rappresentanza dell'interesse pubblico all'azione.

[38] Avverte comunque l'utilità pratica della nozione, a prescindere dalle inesattezze insite nella sua ricostruzione, CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 93.

[39] Per la nozione di onere sostanziale o materiale, vedi *infra* nel proseguo del paragrafo; in dottrina BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., pp. 252 ss.; ID., *La regola* "in dubio pro reo", cit., p. 251; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 140, nota 2. Per il campo civile, cfr. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 334; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., pp. 402 ss., in cui si esclude la sussistenza di un reale onere di provare anche nel processo civile, a favore dell'individuazione di un rischio sostanziale sulla parte cui nuoce la mancata assunzione di una prova.

[40] BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 113; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 400; l'onere sarebbe completo quando un risultato probatorio può essere conseguito *solo* mediante l'attività *sua propria* della parte; incompleto qualora invece sia indifferente, ai fini del raggiungimento di un risultato utile, la provenienza dell'attività probatoria; sul punto, si veda anche EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità*, cit., pp. 644 ss.; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 62 e 65, dove si effettua anche un'analisi economica delle ragioni che giustificano la maggiore ampiezza dei poteri *ex officio* del giudice penale rispetto a quello civile, ravvisando una sorta di correlazione (empirica, e non logica) di proporzionalità inversa tra importanza dell'oggetto del giudizio e semplicità di precostituzione della prova per l'interessato.

[41] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 61, riprendendo una distinzione operata dal Goldschmidt, definisce imperfetto l'onere in cui "la produzione del risultato dipende, oltre che dalla prestazione dell'onerato, da un apprezzamento discrezionale del giudice"; vedi anche BOLAFFI, *Le eccezioni*, cit., p. 112.

[42] Per un'approfondita disamina del tema si veda G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 60 ss..

[43] G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 85.

[44] SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 399; nota CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 88, che

processo penale, laddove i poteri *ex officio* del giudice[45], previsti ad esempio dagli artt. 422 e 507 c.p.p., sono talora in grado di supplire all'inattività delle parti e a spezzare l'automatismo inerzia-soccombenza; né l'iniziativa della parte è da sola sufficiente al conseguimento del risultato utile, laddove essa non convinca il giudice[46].

Insomma, la risposta al quesito circa la sussistenza di oneri probatori nel processo penale non appare agevole, soprattutto per la mancanza di solido consenso circa la – pregiudiziale – nozione di onere.

Al riguardo, non solo in questo campo, lo studio del diritto ci pone spesso di fronte all'utilizzo di formule, nozioni ed espressioni che appaiono imprecise o improprie.

A prescindere dai casi in cui ciò avvenga per "genetica" inadeguatezza dei termini utilizzati, molto spesso ciò è invece dovuto come "fisiologica" conseguenza di uno dei connotati costanti del diritto stesso: la sua mutevolezza.

Gli ordinamenti normativi, infatti, non sono certo un dato ontologico o naturalistico, tali che li si possa "descrivere" con categorie fisse ed immutabili; le categorie giuridiche, al contrario, sono soggette all'evoluzione storica che attraversa ogni ordinamento, e ne vengono talora stravolte.

Ecco dunque che concetti e nozioni che perfettamente fotografavano un fenomeno giuridico, pian piano cominciano ad evidenziare uno scollamento tra la purezza originaria della formula e l'istituto che pretendono di definire.

E' qui che si impone all'interprete una scelta: continuare ad utilizzare la vecchia nozione, pur con l'avvertenza che essa ricomprende ora fenomeni in parte diversi rispetto al passato; oppure prendere atto del mutamento giuridico del fenomeno

---

se il concetto di onere "configurato sul piano della teoria generale […] fosse trapiantato sul piano del processo, ognuno intuisce quale sarebbe l'inevitabile punto d'approdo: d'un onere di prova si potrebbe correttamente parlare nei soli casi in cui una decisione d'un dato contenuto fosse condizionata ad un'insostituibile iniziativa istruttoria di parte, e cioè la prova fosse a tal segno infungibile da essere processualmente irrilevante, allorché sia somministrata da colui che non ne è onerato". L'Autore, comunque, ritiene "discutibili aggettivazioni" le summenzionate specificazioni della nozione di onere.

[45] Per una critica all'eccessiva estensione dei poteri officiosi del giudice, si legga PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 686.

[46] AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 165, sottolinea come "il fare" che non risolve il dubbio equivalga al "non fare".

rappresentato dalla vecchia nozione, e dunque riporla in archivio ed adottarne una nuova.

Opzione analoga si rinviene quando poi la discrepanza sia dovuta non al decorso del tempo e al mutare delle discipline giuridiche, ma al tentativo di trasporre talune nozioni da un campo giuridico ad un altro, ad esempio dall'ordinamento civile a quello penale, o da quello sostanziale a quello processuale[47].

In entrambi i casi si tratta di una scelta la cui validità non può ovviamente enunciarsi in astratto ed una volta per tutte: il linguaggio tecnico è innanzitutto convenzionale, ed a seconda dei casi potrà apparire opportuno mantenere salde le nozioni risalenti, in altri crearne di nuove; l'importante, come ovvio, è non fermarsi alla definizione, bensì chiarire sino in fondo ciò che con essa si mira a rappresentare e le conseguenze che ne derivano sul piano giuridico[48].

Tale inconveniente può riscontrarsi anche nello studio della materia che qui ci occupa; come illustrato, da tempo la dottrina si divide sulla sussistenza dell'onere della prova nel diritto penale: tuttavia, la molteplicità di opinioni in merito non corrisponde ad una molteplicità di opinioni circa la regola di giudizio applicabile nel processo penale; anzi, su di essa la discordia non è particolarmente significativa.

Ciò che divide pare proprio l'utilizzo dell'*espressione* onere della prova: ogni Autore aderisce ad una particolare ricostruzione astratta del concetto, originale[49] oppure tratta dall'esperienza storica o comparatistica[50], e alla stregua di essa conclude per la sussistenza o meno di oneri probatori nel processo penale, la cui disciplina appare di secondaria importanza o comunque data per pacifica.

Dibattito terminologico, dunque, prima ancora che sostanziale.

Oggetto del presente studio è piuttosto invece l'individuazione delle regole di giudizio applicabili nell'ordinamento criminale, derivanti dalla (o influenti sulla) struttura della fattispecie astratta.

---

[47] Per quanto riguarda nello specifico la tematica dell'onere, si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 50, circa la distinzione tra oneri sostantivi e oneri processuali.

[48] Così, limpidamente, CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 93.

[49] Nel senso di adattata allo specifico campo penale.

[50] Anche con altre branche dell'ordinamento.

Che poi da tali regole possa parlarsi di onere, si ritiene essere di importanza marginale: sarà la praticità della nozione ad orientare la scelta, nella misura in cui quella si rivelerà utile e di facile comprensione.

Al riguardo non si nega che, pur con tutte le cautele e le precisazioni opportune, l'espressione onere della prova abbia una portata sintetica ed esplicativa del fenomeno descritto[51]: affermare ad esempio che "sull'accusa grava l'onere di provare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito", ben traduce la meno intuitiva formula "nel caso di mancata prova di un elemento costitutivo, esso si ritiene insussistente e dunque non può addivenirsi a condanna"[52]; purché sia ad esempio chiaro, come *deve* essere chiaro a seguito di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più che secolare[53], che (restando agli oneri gravanti sull'accusa) la scelta del rappresentante dell'accusa (il pubblico ministero) non è davvero libera, come l'originaria nozione di onere richiede, ma vincolata al rispetto degli obblighi istituzionali della sua funzione; che l'*astratta* soccombenza prevista in teoria per chi non assolve all'onere, può nel processo penale non condurre ad una *concreta* soccombenza se il pubblico ministero non abbia nel caso specifico concluso per la condanna; e comunque, che lo stesso concetto di soccombenza non è relativo ad un interesse proprio della parte in causa, laddove il rappresentante dell'accusa persegue un interesse che è solo pubblico.

Insomma, il concetto di onere nel processo penale perde molti connotati rispetto alla nozione accolta sul piano della teoria generale del diritto: quanto resta e ci è utile, è solo l'individuazione della prospettazione che si ritiene insussistente in caso di mancata prova (o di dubbio): chi ha interesse a tale prospettazione, ha

[51] Ancora CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 131, secondo cui "l'estromissione di un vocabolo può rappresentare un'utile ed anzi doverosa misura, allorché ci si vuole disfare […] del concetto in esso evocato: od anche soltanto per sostituire un segno linguistico ad un altro, con vantaggio della chiarezza nel discorso. Sennonché, nel caso in esame, nessuna delle due esigenze sembra che possa essere invocata".

[52] CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 133 parla di "innocua metafora".

[53] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 43, sottolinea come anche la nozione per così dire "pura" di onere sia il frutto di una lunga evoluzione, che l'ha portata prima a staccarsi dal significato posseduto nel linguaggio comune, poi a distinguersi dai concetti di "dovere" e "obbligo".

l'*onere* di provarla[54].

In ogni modo, a prescindere dall'etichetta che si preferisca attribuire al fenomeno e tornando alle applicazioni di diritto positivo, non vi è dubbio che sull'accusa – oggettivizzata nel senso di impostazione accusatoria, e non soggettivizzata nella figura del pubblico ministero[55] – gravi un onere sostanziale od obiettivo[56], ossia il rischio[57] della mancata prova della sussistenza della fattispecie penale in tutti i suoi elementi; in altre parole, e semplificando, in assenza di dimostrazione piena e completa della colpevolezza e di tutti gli altri requisiti necessari per la condanna, l'ipotesi accusatoria – non il P.M. – soccomberà.

Ancora desta dubbi, invece, la questione circa la spettanza dell'onere della

---

[54] G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 112, ritiene comunque che il punto di partenza nello studio del tema dell'onere della prova debba comunque essere quello dei poteri concessi alle parti e dei poteri conferiti al giudice, mentre l'aspetto oggettivo dell'onere sia solo l'approdo conclusivo dell'indagine.

[55] "La regola sull'onere della prova non concerne *chi* deve provare, ma *ciò* che deve essere provato": così BETTIOL, *La regola "*in dubio pro reo*"*, cit., p. 250; vedi anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 133; UBERTIS, voce *Prova*, cit., p. 338. Tale intuizione è rinvenibile anche in SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 404, ove si parla di "obbiettiva necessità che un certo fatto venga provato" per tutti quei frangenti ove non è necessariamente un soggetto a soccombere nel processo, bensì la "circostanza di cui occorre la prova", formula che l'illustre A. ritiene applicabile "anche al processo di natura inquisitoria". D'altra parte, se così non fosse dovrebbe paradossalmente concludersi che, gravando sul pubblico ministero l'onere della prova, egli sarebbe tenuto a *dimostrare* anche l'innocenza dell'imputato, qualora intendesse richiederne l'assoluzione: il che palesa vieppiù come l'onere non ricada direttamente su un soggetto, bensì su un oggetto e solo indirettamente sul soggetto che abbia interesse a far fissare in decisione tale oggetto. Peraltro, la corrispondenza tra parte e interesse non è predeterminabile in astratto, ma si forma solo nel concreto: così AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 169, secondo cui "l'interesse nel processo è dato dalla manifestazione di uno dei soggetti processuali (escluso il giudice) con la quale si chiede un determinato bene"; perciò, poiché le regole sull'onere sono astratte, esse non possono che riferirsi direttamente ed oggettivamente agli elementi astratti della fattispecie da applicarsi; e solo nell'esplicarsi concreto del processo l'onere si distribuirà soggettivamente sulle parti, a seconda della posizione che esse assumeranno e dell'interesse che si proporranno di perseguire: ma questo è un fenomeno contingente, che al diritto non interessa.

Un'"obiettivizzazione" dell'interesse è in realtà riscontrabile nel processo penale, ma solo ad altri fini: ad esempio, nelle disposizioni che impediscono l'appello dell'imputato contro una sentenza di assoluzione con formula piena, disposizioni che negano rilevanza a un concreto (per quanto eccezionale) interesse dell'imputato a una *reformatio in peius*: si pensi al caso di un imputato reo confesso assolto in primo grado per un reato bagatellare, che tema così di essere esposto a un più gravoso procedimento per autocalunnia.

[56] Per questa dizione si veda CRISTOFOLINI, *Corso di diritto processuale civile*, Pavia, 1934-1935, p. 231; obietta invece, tra le altre cose, la contraddittorietà di tale espressione G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 110, il quale peraltro conclude che l'onere della prova non regolamenti né *chi* debba provare, né *cosa* debba essere provato, bensì *come* il giudice debba decidere (p. 146).

[57] Lucidamente SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 63, ricollega la posizione di "rischio" dell'onerato alla natura "incompleta" dell'onere: infatti laddove questo fosse completo, al mancato assolvimento dell'onere conseguirebbe inevitabilmente un danno; al contrario, in costanza di onere incompleto, l'onerato corre soltanto il rischio del danno perché, anche in caso di inerzia, ben potrebbe la prova (e con essa la soddisfazione dell'interesse) provenire dall'attività di un'altra parte. Altre rilevanti precisazioni sulla nozione di "rischio" sono in SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 403.

dimostrazione della sussistenza degli elementi negativi, impeditivi od estintivi: è a questo proposito che il nostro codice ha introdotto una felice innovazione, che ha in parte sciolto i nodi sorti sotto la vigenza del passato codice.

5. *(segue) le presunzioni come "fatti opposti agli elementi impeditivi" e l'onere della prova degli elementi negativi.* – Dalla dottrina civilistica, e da chi ha ritenuto di trasporne le acquisizioni nell'ambito penale, si è dunque ritenuto di poter inserire le presunzioni nella regolamentazione dell'onere della prova; in sintesi, si è affermato che fosse presunta l'insussistenza dei fatti da provare, e parimenti presunta la sussistenza di quelli da non provare[58]: l'attore avendo – *ex* art. 2697 comma primo c.c. – l'onere di provare i costitutivi, il convenuto – *ex* art. 2697 comma secondo c.c. – quelli impeditivi[59], estintivi e modificativi, tale per cui dalla natura degli elementi componenti la struttura della fattispecie dedotta in giudizio fosse possibile ricavare altrettante presunzioni, ovviamente improprie[60].

Si è dunque ritenuta l'infungibilità, al riguardo, dei termini "presunzione" e "fatto opposto a quelli impeditivo"[61]: laddove vi sia un fatto impeditivo descritto dalla norma, il suo inverso sarebbe oggetto di presunzione; laddove fosse prevista una presunzione, il legislatore avrebbe parallelamente introdotto un fatto impeditivo[62]; in tutti i casi, potrebbe parlarsi di "rischio per la mancata prova"[63].

---

[58] SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 411, riferisce che "tale insegnamento risale alla concezione del tardo diritto comune che cercava di spiegare ogni ripartizione dell'onere della prova come un riflesso di presunzioni".

[59] Sulla figura del fatto impeditivo si veda CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 44; E. FINZI, *Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, pp. 156 ss.. Per la materia penale vedi SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 229, secondo cui "fatti e circostanze impeditive non sono che elementi invertiti di fatti e circostanza attive".

[60] Sostanzialmente in tal senso SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 407, che correttamente evidenzia come in queste ipotesi non vi sia un fatto noto da cui dedurre l'ignoto, ma semplicemente la dispensa dalla prova per la parte cui non è attribuito l'onere; tale precisazione consente peraltro di superare le obiezioni di AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., pp. 159 s., che, avendo a mente il solo schema della presunzione propria, reputa che a tale proposito l'assenza del dato noto impedisca di ritenere operante una presunzione; e pertanto, che la fissazione del fatto incerto come inesistente scaturirebbe piuttosto da una "finzione". Tuttavia, il riferimento alla finzione è senz'altro improprio, in quanto tale figura attribuisce effetto ad un elemento postulato naturalisticamente inesistente.

[61] SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 406 definisce come tale "la circostanza di cui non occorre la prova".

[62] FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., pp. 283 s.; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 127 s. evidenzia

La correttezza di tale ricostruzione non può essere contrastata in un ordinamento positivo dove ad una certa formulazione di un elemento nell'ambito della struttura della fattispecie corrisponda specularmente una certa regola di giudizio: e tale ordinamento pare effettivamente essere quello civile, così come ricostruito sulla scorta dell'art. 2697 c.c.[64].

Ma tale regolamentazione del fenomeno è sostenibile anche per la materia penale?

Riteniamo di no[65].

Può infatti asserirsi che, ogni qualvolta un elemento abbia l'efficacia di escludere, modificare[66], inibire o estinguere la punibilità per un fatto altrimenti punibile, tale elemento si ponga quale "elemento negativo[67] della fattispecie penale"[68].

---

come la presunzione agisca direttamente sulla regola di giudizio, mentre il fatto impeditivo sia caratteristica strutturale di un elemento che si ripercuote indirettamente sulla regola di giudizio *ex* art. 2697 c.c.: ma "resta salva, peraltro, l'identità qualitativa dei fenomeni". Così anche SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 418.

[63] In tema si veda anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 85 ss..

[64] *Contra* VERDE, voce *Prova*, cit., p. 630, secondo cui residuerebbero talune differenze tra l'essere un fatto presunto, oppure l'inverso di uno impeditivo, *in primis* in ordine all'onere di allegazione: profilo, però, di scarso rilievo nella materia penale.

[65] La materia non è stata particolarmente approfondita dalla dottrina; al riguardo facciamo dunque nostre le parole, risalenti ma ancora attuali, di SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 189: "la letteratura giuridica sull'argomento è molto scarsa. Il più delle volte gli autori si limitano a enunciare la propria opinione senza indicarne o precisarne le ragioni, e quasi sempre senza menzionare o criticare le avverse. Manca una trattazione specifica sull'argomento; è ciò dico anche a giustificazione del presente tentativo".

[66] Per SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 228, i "fatti modificativi sono tutti quei fatti che posteriormente alla consumazione del reato, aggravano o attenuano le pene". Pur se non previsto specificamente, essi soggiacciono alle medesime regole degli elementi negativi in generale, nella misura in cui si pongono come limiti negativi all'applicabilità della fattispecie generale e impongano in positivo la punibilità per un diverso titolo speciale, autonomo o circostanziale che sia. Tuttavia tali elementi – contrariamente a quelli estintivi e impeditivi – possono anche avere valenza aggravante rispetto alla posizione del soggetto: nel qual caso, ovviamente, essi dovranno raggiungere la soglia della certezza per poter rilevare. In merito vedi ancora ID., *op. cit.*, pp. 273 s..

[67] Si preferisce la dizione "negativo" al posto delle più comuni, ma anche più specifiche, di "impeditivo" ed "estintivo": non sempre l'elemento *de qua* ha la funzione di impedire il perfezionarsi di una fattispecie altrimenti già al completo del suo disvalore, o di estinguere gli effetti di una fattispecie oramai perfetta; al contrario, talvolta si limita, come nel caso delle cause di giustificazione, ad accompagnare l'*iter* realizzativo in modo che un illecito non venga mai ad esistenza; in questo senso vedi M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 19, *sub* nota 29. D'altra parte, quel che interesse in tal sede non è la funzione dell'elemento in parola, ma semplicemente il suo porsi con il segno "-" all'interno della fattispecie.

[68] E non del "fatto". M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 28, definisce "fattispecie" come il "complesso degli elementi che condizionano la sanzionabilità di un certo comportamento"; vedi anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 67 e 155, secondo cui possono

Esso, ovviamente, potrà esplicare – a seconda della sua natura – gli effetti più diversi: potrà escludere la tipicità del fatto (o l'antigiuridicità obiettiva, aderendo alla concezione tripartita) nel caso delle cause di giustificazione; potrà estinguere un illecito penale già perfetto, come nel caso appunto delle cause estintive del reato[69], quale ad esempio l'amnistia; potrà escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo, come nell'ipotesi del caso fortuito e della forza maggiore[70].

In tutti questi casi, comunque, la presenza degli elementi costitutivi della fattispecie (non solo del fatto) varrà a condurre alla condanna del reo, ma la preesistenza, la concomitanza o il sopraggiungere di uno di tali elementi negativi condurrà al suo proscioglimento.

Sul piano dell'accertamento, ciò significherebbe – analogamente al processo civile – che il giudice possa condannare solo una volta raggiunta la prova certa della sussistenza degli elementi positivi (artt. 530 e 533 c.p.p.), mentre per l'assoluzione occorra la prova (preciseremo meglio poi in quale grado) della sussistenza dei negativi.

Pertanto, per la condanna sarà sufficiente la prova degli elementi positivi e la mancanza di prova dei negativi; e non sarà invece necessaria la dimostrazione puntuale e specifica dell'assenza dei negativi, poiché non richiesta dagli art. 529 ss. c.p.p.[71].

Sembra riecheggiare la ricostruzione operata da illustri studiosi, sostenitori della concezione bipartita della struttura del reato, in ordine alla collocazione delle

---

considerarsi elementi costitutivi "oltre ai requisiti che concorrono ad individuare il *Tatbestand* nel significato restrittivo del termine, il dolo o la cola e tutti gli altri elementi, previsti in forma positiva ed estranei al primo, alla cui ricorrenza è subordinata la possibilità d'applicare una pena: ad esempio le condizioni di punibilità". Il concetto di fattispecie, dunque, appare ben più ampio di quello di fatto – costituito solo dal complesso dei dati che delimitano la sfera dell'offesa –, poiché ricomprende qualsiasi genere di elemento la cui sussistenza è necessaria per la produzione di un determinato effetto.

[69] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 227, che appunto pone in relazione la categoria con la "fattispecie".

[70] Per tale natura, in riferimento agli istituti previsti dall'art. 45 c.p., si veda *infra* cap. V, § 6, con gli opportuni riferimenti bibliografici.

[71] A meno che non si tratti di quelli che parte della dottrina chiama "elementi positivi costruiti negativamente", per i quali sarebbe invece necessaria la prova dell'assenza. Così anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 156, che usa l'espressione "requisiti negativi della condotta" e fa l'esempio della falsità dell'addebito nella calunnia, o dell'omesso accertamento della legittima provenienza della cosa nell'art. 712 c.p..

cause di giustificazione nella struttura criminosa e le conseguenze in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo[72].

In quella sede si era osservato, come noto, che l'appartenenza al fatto di un elemento negativo – la causa di giustificazione, nella specie – non comportava che il reo potesse essere ritenuto responsabile solo laddove si fosse positivamente rappresentato nel suo agire l'assenza di ognuna delle cause di giustificazione previste dall'ordinamento; bensì, era sufficiente l'assenza di rappresentazione circa la presenza delle stesse[73]. Esemplificando, ai fini del dolo non si pretendeva che l'imputato si fosse rappresentato l'assenza del consenso del leso, dello stato di necessità o di legittima difesa etc., ma bastava che non si fosse rappresentato la loro presenza.

Ciò era sostenuto sulla base di argomentazioni logiche, prima che normative: se il fatto di reato risulta composto dagli elementi A + B – C, il dolo in ordine allo stesso discenderà dalla rappresentazione (R) di tali elementi, mantenendo però inalterato il corrispondente segno: ossia, tradotto in termini logici, il dolo sarà integrato da $R_A + R_B – R_C$.

E proprio per la sua valenza logica, prima ancora che normativa, tale impostazione può essere indubbiamente trasposta al campo che qui ci occupa: laddove la fattispecie A + B può essere posta nel nulla – per i motivi più diversi, come già accennato – dall'elemento negativo C, avremo che per la condanna sarà necessaria la prova (P) dei suddetti elementi positivi, e sufficiente la mancanza di prova circa il negativo; ossia, $P_A + P_B – P_C$.[74].

Può dunque rispondere a verità – pur con le già citate cautele circa l'utilizzo di termini che nel campo penale perdono parte del loro rigore – l'affermazione secondo cui sull'accusa spetta l'onere di provare gli elementi costitutivi, e alla difesa quello di dimostrare la sussistenza degli impeditivi ed estintivi (in una

[72] Sottolinea l'analogia di argomenti anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 149, *sub* nota 209.
[73] In questo senso, per tutti, M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 776.
[74] Va però evidenziata la diversa conclusione cui deve giungersi qualora l'elemento negativo sia in realtà un elemento positivo costruito negativamente: in tal caso, infatti – ed ancora, in perfetta analogia con quanto avviene in materia di elemento soggettivo, su cui si veda ancora ID., *op. loc. cit.* – andrà accertata l'insussistenza di quanto deve necessariamente mancare per l'integrazione della fattispecie.

parola, dei negativi).

E potrebbe a questo punto anche essere corretta la parificazione – sul solo piano degli effetti in materia di accertamento – tra presunzioni legali relative e fatti opposti agli elementi impeditivi ed estintivi, se non fosse che il potere del diritto irrompe nel rigore logico della suddetta costruzione[75], con lo scopo di mitigarne le conseguenze più aspre.

Ciò avviene per una direttiva politica di protezione dell'imputato e di salvaguardia dei diritti di libertà dei cittadini e della collettività tutta: l'*in dubio pro reo*, formula tralaticia[76] che ha però trovato pieno riconoscimento nel nostro ordinamento positivo.

Alla stregua di tale principio, come noto, il dubbio su una delle circostanze rilevanti per una pronuncia di merito ridonda sempre a vantaggio dell'imputato[77]. Perciò, se ai fini della condanna è necessaria la prova della presenza degli elementi costitutivi, ai fini dell'assoluzione, invece, non è necessaria la piena prova dell'assenza degli stessi, ma è correlativamente sufficiente il dubbio dell'insussistenza; pertanto, il dubbio sulla presenza (o sull'assenza, che è lo stesso) di un elemento positivo della fattispecie si risolve a beneficio dell'imputato, come chiaramente statuito dal comma 2 degli artt. 529[78] e 530 c.p.p..

Lo stesso beneficio vale però anche per gli elementi negativi, come stabilito dall'art. 530 comma 3 c.p.p. per le cause di giustificazione e le cause personali di non punibilità, e dall'art. 531 comma 2 per le cause di estinzione del reato: pertanto, il dubbio sulle stesse conduce all'assoluzione[79].

---

[75] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 238, evidenzia che i principi in gioco "hanno valore di postulati della coscienza giuridica, e quindi sono *alogici*, direi quasi *prelogici*".

[76] Il principio dell'*in dubio pro reo* avrebbe origini romano-cristiane: così DE DOMINICIS, Brev. Pauli Sententiarum, *IV, 12, par. 5 e l'origine romano-cristiana del principio* «in dubiis pro reo» , in *Arch. pen.*, 1962, I, pp. 411 ss..

[77] Per la distinzione tra prova mancante e prova insufficiente si veda CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 42 ss..

[78] Le condizioni di procedibilità non possono certo considerarsi elementi costitutivi del fatto di reato, ma senz'altro fanno parte della fattispecie in senso lato, in quanto la loro presenza è necessaria per la punibilità. Così anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 227.

[79] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 236, già sotto la vigenza del vecchio codice sottolineava che d'altra parte il bilanciamento di interessi, espressione di una valutazione politica generale, che conduce a preferire il rischio di assolvere un colpevole, piuttosto che quello di condannare

Come già accennato, tale generale valenza unidirezionale del dubbio, capace in ogni caso di risolversi a favore dell'imputato, non consente di recepire nel nostro ordinamento gli ulteriori corollari che sarebbero discesi dall'impostazione qui sinora seguita, volta a dar rilevanza solo alla struttura della fattispecie ai fini della ripartizione degli oneri probatori.

Infatti, in un sistema che non accogliesse la direttiva dell'*in dubio pro reo*, dovrebbe concludersi che l'incertezza su un elemento equivalga *sempre* – quanto agli effetti[80] – alla prova della sua insussistenza; perciò, per la pronuncia di colpevolezza occorrerebbe la mancanza di dubbio (MD) circa la sussistenza degli elementi positivi, e l'assenza della mancanza di dubbio – cioè, sciogliendo la litote – l'assenza della certezza circa la presenza degli elementi negativi; in termini logici, di nuovo, occorrerebbe $MD_A + MD_B – MD_C$.

In altre parole, solo la certezza sulla sussistenza di un elemento, tanto positivo quanto negativo, potrebbe fornire rilevanza giuridica allo stesso: tuttavia il legislatore – anche superando i contrasti interpretativi interni alla giurisprudenza e alla dottrina sul punto – ha chiaramente rifiutato tale via, e ha scelto, per i casi di dubbio, di far pendere il piatto della bilancia sempre dallo stesso lato: quello del giudicando[81].

Così, l'incertezza sarà regolata nei seguenti termini: ai fini della condanna occorrerà $MD_A + MD_B – D_C$: ossia, assenza di dubbio sulla sussistenza dei positivi, e assenza di un dubbio (e a maggior ragione di certezza) sulla presenza

---

un innocente, non potesse mutare a seconda della natura costitutiva, impeditiva, o estintiva di un elemento strutturale: conseguentemente, anticipava la soluzione poi accolta dal nuovo codice, asserendo l'operatività, anche pei casi di dubbio, delle cause di giustificazione, delle cause di estinzione del reato, dell'assenza di una condizione di procedibilità.

Sulle ragioni dell'adozione del principio dell'*in dubio pro reo* vedi anche CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*,cit., pp. 212 ss.; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., pp. 254 e ss.; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, Torino, 1942, p. 204. *Contra* la sussistenza "scritta" di tale direttiva nel nostro ordinamento, ma con argomentazioni non più attuali con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale, vedi invece BETTIOL, *La regola* "in dubio pro reo", cit., p. 253, secondo cui la regola di giudizio citata sarebbe mero principio consuetudinario.

[80] E' ovvio invece che sul piano "ontologico" la mancanza di prova circa un fatto non equivale assolutamente alla prova della sua insussistenza.

[81] In questo senso, già sotto la vigenza del vecchio codice, CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 142; BETTIOL, *La regola* "in dubio pro reo", cit., p. 252, che proprio per tale aspetto individua una profonda differenza tra la disciplina dell'onere della prova vigente nel campo penale rispetto a quello civile, dove invece la prova dei fattori negativi spetta *in toto* al convenuto.

dei negativi[82].

Tale conclusione, che deriva testualmente dal disposto normativo degli artt. 529 ss. c.p.p., consente di distinguere i fatti presunti dagli elementi opposti a quelli impeditivi, e di inquadrarli correttamente nella tematica dell'onere della prova.

Come si è riscontrato in precedenza, infatti, a proposito degli elementi *lato sensu* negativi, in dottrina è sembrata ineludibile l'opzione tra due sole alternative: o considerarli come oggetto di un onere a carico dell'imputato – e dunque come oggetto di una presunzione di insussistenza o come fatti impeditivi –, oppure collocarli sullo stesso piano degli elementi positivi costitutivi, dunque ponendo l'onere della prova a carico dell'accusa[83].

Solo raramente ci si è avveduti, però, che la disciplina normativa non autorizza a restringere a due il numero delle possibili soluzioni.

Si è visto, infatti, come possa ritenersi che la natura positiva o negativa di un elemento abbia generalmente riflessi in ordine al rischio della mancanza assoluta di prova, incombente sull'accusa nel caso dei positivi e sulla difesa nel caso dei negativi; ma si è visto altresì che quanto allo *standard* probatorio necessario alla rilevanza dei suddetti elementi, il dubbio si risolve sempre a vantaggio dell'imputato[84]. Dunque, validità del principio dell'*in dubio pro reo*, ma nessun onere sull'accusa di provare l'insussistenza di tale elemento negativo[85], a meno che non sia emerso al riguardo un principio di prova, una "prova *levior*".

---

[82] Per un accenno alla tematica dell'onere della prova in relazione agli elementi "negativi" della fattispecie e della cause di giustificazione in particolare sotto la vigenza del vecchio codice di procedura penale, vedi *infra* cap. IV § 4.

[83] Così, tra i molti, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 264, secondo cui la regola di giudizio nel processo penale si può semplificare nel principio dell'*in dubio pro reo*. L'indebita commistione tra *standard* probatorio e onere è evidente anche in BETTIOL, *La regola* "in dubio pro reo", cit., p. 253, ove si afferma che, stante la vigenza della regola dell'*in dubio pro reo*, al pubblico ministero spetterebbe l'onere di provare sia la sussistenza degli elementi costitutivi, sia l'insussistenza degli impeditivi; *idem* G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 270. *Contra* CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 131, il quale critica "l'assunto, che pecca di eccessiva generalizzazione, secondo cui nel processo penale tutti, indistintamente, i fatti che fungono da parametro all'accertamento del dovere punitivo, ricadrebbero nell'ambito di una medesima regola decisoria".

[84] QUAGLIERINI, *In tema di onere*, cit., pp. 1270 s. evidenza correttamente come la regola di giudizio da applicarsi nel processo penale sia la risultante della combinazione tra la ripartizione degli oneri e lo *standard* probatorio dell'*in dubio pro reo*; analogamente anche MALINVERNI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, Torino, 1969, p. 35; PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 694.

[85] CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 148, che ritiene non trattarsi di "un bisticcio verbale inutilmente complicato", bensì di "un fenomeno estremamente interessante".

Ebbene, se quanto sostenuto sinora è corretto, residua invece una terza ipotesi, che dà luogo all'isolamento di una terza categoria di elementi: quelli che, per la loro rilevanza, richiedono un più pregnante onere a carico per l'imputato, facendo ricadere su di lui il rischio in caso di dubbio.

E' il caso, ad esempio, della fattispecie di cui all'art. 596 c.p., laddove – per la rilevanza della c.d. *exceptio veritatis* – si richiede la *prova* da parte dell'imputato sulla veridicità dell'addebito ingiurioso o diffamatorio.

In questo, come forse in altri casi che poi si analizzeranno nello specifico, una norma speciale deroga alla regola di giudizio prevista in via generale dall'art. 530 c.p.p.[86], introducendo nella fattispecie criminosa un elemento negativo che eccezionalmente richiede non solo il dubbio, ma addirittura la certezza della sua sussistenza per neutralizzare la contestazione penale.

Si tratta indubbiamente di una terza categoria[87], che si pone accanto a quella degli elementi costitutivi e a quella degli impeditivi: categoria che, in modo più proprio, può ricondursi al fenomeno delle presunzioni[88].

Ogniqualvolta il legislatore deroghi alla regola di giudizio generalmente sancita all'art. 530 c.p.p. e imponga all'imputato un onere che si spinga sino allo *standard* probatorio della certezza, si può affermare che l'insussistenza di tale speciale elemento negativo sia oggetto di una vera e propria presunzione legale relativa[89].

Pertanto, è dato così differenziare il fatto presunto da quello opposto al fatto impeditivo: il primo, infatti, oltre ad addossare il rischio della mancata prova della sua insussistenza alla difesa, gli prescrive anche la dimostrazione della

[86] Così anche CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 127 e 157, ove, rispetto alla regola generale sull'onere della prova, "riscontra un certo numero d'eccezioni che richiedono d'essere inquadrate a parte […]: in forza d'una specifica disposizione legislativa, compare nel ruolo di elemento impeditivo […] un fatto che, alla stregua delle regole generali, dovrebbe essere trattato come costitutivo". Anche secondo G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 272, le presunzioni legali avrebbero l'effetto di ripartire l'onere della prova, rovesciando sull'imputato l'onere normalmente gravante per l'intero sull'accusa.

[87] Non certo un *tertium genus* teorico, ma semplicemente una terza classe di regole positive di giudizio che si affianca alle due più comuni.

[88] Sostanzialmente nello stesso senso CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 157, che però al riguardo parla di "fatti genuinamente impeditivi", comunque distinguendoli dagli altri elementi negativi della fattispecie per la cui rilevanza sia sufficiente il dubbio.

[89] Ma non che sia esso stesso una presunzione: questa è figura processuale che regola l'onere e lo standard probatorio, quello è pur sempre un elemento sostanziale della fattispecie.

certezza; il secondo, invece, pur gravando l'imputato del rischio della prova assente, gli accorda il beneficio dell'assoluzione in caso di dubbio[90].

Per esemplificare, nell'art. 596 c.p. la falsità dell'addebito sarebbe oggetto di una presunzione, e dunque l'agente sarebbe costretto, ai fini dell'assoluzione, a provare sino alla soglia della certezza la verità del fatto offensivo; la legittima difesa, invece, sarebbe un semplice fatto impeditivo (*rectius*, negativo), che imporrebbe all'imputato un onere più limitato: quello di ingenerare soltanto il dubbio circa la sussistenza della causa di giustificazione.

Le due categorie, pertanto, sono accomunate dalla regola di giudizio in caso di mancanza totale di prova, ma si differenziano quanto allo *standard* probatorio necessario per il proscioglimento nel caso in cui la prova non sia del tutto assente.

Le medesime considerazioni, ovviamente, valgono anche nell'ipotesi in cui il rovesciamento dell'onere, rispetto ai principi generali, colpisca il rappresentante dell'accusa: ossia, nei casi in cui l'elemento negativo sia *presunto* sussistente, tale per cui la difesa non sia onerata neanche dalla generale esigenza di fornire il principio di prova di cui si è fatto sinora parola.

E' forse superfluo sottolineare che non è certo intenzione di chi scrive quella di moltiplicare senza necessità le regole di giudizio applicabili nel processo penale; il risultato che si ritiene di aver raggiunto è piuttosto il frutto di una neutrale lettura del sistema normativo, dalla quale si evince, al netto di ogni preconcetto, la generale necessità di prova di qualsiasi elemento, tanto positivo che negativo, al fine della sua rilevanza giuridica; altresì, la chiara esistenza di un correttivo a tutto vantaggio dell'imputato, beneficiato dal dubbio; infine, l'eccezionale previsione di ipotesi in cui l'incertezza non è sufficiente all'imputato.

Insomma, gli oneri prospettabili nel nostro ordinamento sono tre: l'onere della prova per l'accusa in relazione alla sussistenza degli elementi costitutivi e all'insussistenza dei negativi su cui sussista dubbio o che siano oggetto di una presunzione favorevole all'imputato; l'onere per la difesa di una prova *levior*,

[90] ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 5; PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 690.

ossia di "ingenerare il dubbio"[91], in relazione agli elementi negativi (con eventuale e conseguente onere per l'accusa di giungere alla certezza dell'insussistenza)[92]; l'onere della prova per la difesa in relazione agli elementi oggetto di una presunzione relativa di insussistenza.

Si ribadisce peraltro come tale ultima possibilità sia speciale rispetto al regime generale; pertanto, potrà parlarsi di presunzione solo laddove appaia espressa (seppure non esplicita) la volontà del legislatore di derogare alla regola di giudizio di cui agli artt. 529 c.p.p. e ss.[93].

Ciò dovrà essere sempre tenuto presente dall'interprete, al fine di scongiurare arbitrarie applicazioni sfavorevoli al reo.

6. *Le presunzioni legali relative come istituto surrogatorio.* – In ogni modo, prima di passare a considerazioni conclusive circa la natura giuridica delle presunzioni legali relative, giova dar conto di ulteriori ipotesi ricostruttive.

Pur tenendo ferma l'efficacia della presunzione legale relativa sul piano dell'onere della prova, vi è chi ha tentato di chiarire ulteriormente la funzione dell'istituto.

Al riguardo, si è sostenuto che le presunzioni legali avrebbero una funzione surrogatoria, fungendo da regola di giudizio e da rimedio laddove non si sia formata la certezza circa la sussistenza di un fatto[94]: ogniqualvolta l'accertamento

---

[91] Si potrebbe essere tentati di adoperare l'espressione "onere di allegazione", formula già nota nel linguaggio giuridico e genericamente rappresentabile come figura minore e parziale rispetto all'onere della prova; tuttavia, essa ha una valenza tecnica diversa rispetto a quanto si vuole qui significare: l'allegazione "consiste nella specificazione dell'accertamento che si richiede" (così GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 317), e conseguentemente l'onere di allegazione impone alla parte la sola indicazione delle fonti di prova necessarie all'accertamento, senza alcuna implicazione circa la valenza dimostrativa delle stesse, che viene lasciata alla valutazione del giudice; diversamente, l'onere di ingenerare il dubbio – espressione certamente non convenzionale – meglio esprime l'esigenza del raggiungimento di un determinato *standard* probatorio. In tema di "onere di allegazione" vedi anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 60.

[92] Così CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 149, il quale aggiunge che "il rischio connesso ad un non accertamento dei predetti fatti, considerati nel loro verso positivo, è ripartito tra l'imputato e l'organo dell'accusa, a seconda che la prova sia mancata *in toto* o soltanto sia apparsa insufficiente".

[93] In questo senso NUVOLONE, *Presunzioni legali*, cit., p. 89, che però non rinuncia a definire presunzione anche il semplice elemento negativo della fattispecie.

[94] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 81. Anche PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 684, evidenzia che tra ripartizione dell'onere di introdurre la prova e criterio di risoluzione del dubbio sussista una correlazione necessaria, tale per cui chi sia onerato di provare un fatto sarebbe anche colui il

abbia fallito rispetto allo scopo del raggiungimento della verità[95], lasciando sul campo solo il dubbio, là interverrebbe la presunzione al fine di evitare una pronuncia di *non liquet*; essa sarebbe dunque l'antidoto all'incertezza, il criterio risolutore nell'indecisione[96].

Merito di tale ricostruzione è quello di avere evidenziato la connessione tra onere della prova e soccombenza per il caso di dubbio: l'onerato è colui il quale sopporta il rischio del dubbio, il fatto presunto è quello produttivo di effetti anche quando non se ne sia raggiunta la prova completa[97].

Tuttavia, anche tale tesi sconta quel difetto di assolutezza che già si è avuto modo di evidenziare in precedenza[98]: nell'attuale ordinamento penale non è dato individuare due sole regole di giudizio, e conseguentemente contrapporre presunzione ed onere lungo il crinale del dubbio. Al contrario, vi può essere un onere soddisfatto anche solo dal raggiungimento dell'incertezza, senza che si ponga una presunzione a carico di alcuna parte, bensì unicamente un onere "parziale": per fare un esempio esplicativo, come illustrato il dubbio sulla

---

quale sopporti il rischio in caso di incertezza; e viceversa. Tuttavia, tale conclusione risulta poi sostanzialmente smentita da una successiva considerazione (p. 690), in cui si dà atto che pubblico ministero e imputato debbono confrontarsi con *standard* probatori diversificati, ovviamente minori per il secondo.

[95] Per l'opportuna "relativizzazione del concetto di verità", vedi RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 10, secondo cui "i mezzi imperfetti di cui l'uomo può disporre per avere la cognizione delle cose non permettono che si esiga nei giudizi la scoperta della *verità assoluta*, della verità in senso rigorosamente obiettivo. Così intesa, la verità non è di questo mondo; l'uomo deve star pago di conseguire la *certezza morale*, che risponde alla *persuasione della verità*, ossia alla *verità relativa*, in senso *subbiettivo*, o, ciò che è ancora lo stesso, alla massima *probabilità* umana" (corsivi dell'Autore). In tema vedi anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 9 ss., il quale nella ricostruzione della nozione privilegia l'aspetto soggettivo del convincimento, rispetto a quello oggettivo della certezza. Pure CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 45, *sub* nota 105, ricorda che "il dato logico ad un certo punto trabocca nel fenomeno psicologico del convincimento, con le sue componenti metarazionali".

[96] Con la precisazione, però, che il *non liquet* è già di per sé una decisione, perché il principio di inerzia che domina la vita giuridica comporta che la "denegata giustizia" si risolva in un rigetto della domanda; ciò che manca al *non liquet*, piuttosto, sarebbe la forza di risolvere la controversia una volta per tutte, e dunque l'autorità del giudicato: in questo senso SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 18 ss..

[97] Fatta salva la cautela nell'utilizzare anche per il processo penale il termine tecnico "onere", che l'Autore citato ritiene invece improprio.

[98] L'errore di prospettiva è assolutamente evidente: "nel processo penale, come nel processo civile, la decisione sul fatto incerto non può essere che di accoglimento o di rigetto, di condanna o di assoluzione; nel primo caso sarà fondata su una presunzione di reità, nel secondo caso su una presunzione d'innocenza. Tutte le presunzioni che si possono formulare nel campo penale si riconducono nell'una o nell'altra di queste due categorie". L'inesattezza, comunque, si giustifica con la maggiore genericità della regola di giudizio sancita nel vecchio codice di procedura penale, ove, diversamente dall'attuale, non emergeva così chiaramente che la ripartizione degli oneri fosse distribuita su tre alternative, e non su due soltanto.

sussistenza di una causa di giustificazione giova all'imputato; ma ciò non pone una presunzione né un onere probatorio a carico dell'accusa, perché in assenza di qualsiasi principio di prova la causa di giustificazione, lungi dall'operare in quanto presunta, sarà del tutto inefficace; ma neanche vi sarà presunzione nel senso anzidetto a carico dell'imputato, perché in caso di incertezza questi si vedrà comunque riconosciuto l'effetto scriminante.

Pertanto la ricostruzione proposta, tesa a enfatizzare la valenza della decisione del caso dubbio, può essere accolta solo come linea di tendenza, indicativa di una spia utile all'individuazione della ripartizione degli oneri nel processo penale, ma senza la pretesa di poter costituire criterio dirimente.

7. *Le presunzioni legali relative come istituti costitutivi di fattispecie a doppio schema normativo.* – Altro illustre Autore dà invece preliminarmente conto dell'insoddisfazione circa la possibilità che il giudice decida *come se* un certo fatto sia stato provato[99] anche laddove sia mancato ogni accertamento[100], o che si espunga dall'alveo dei fatti soggetti all'onere della prova un elemento[101], così che la dimostrazione di una parte possa bastare per l'efficacia del tutto, spezzando "l'inscindibilità della fattispecie"[102]; da ciò si tenta di tracciare una via utile a spiegare la sostanza del fenomeno, ricorrendo ad una soluzione effettivamente originale.

In particolare, si sostiene che ogniqualvolta il legislatore inverta l'onere della prova, presumendo la sussistenza (o l'insussistenza) di un elemento ma concedendo la prova liberatoria, altro non faccia che racchiudere in un'unica disposizione due diverse schemi normativi, applicabili uno in alternativa all'altro[103].

---

[99] Vedi *supra* § 2.

[100] CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 111.

[101] Vedi *supra* § 3.

[102] CORDERO, *op. cit.*, p. 112, che pertanto critica anche le ricostruzioni intese a ravvisare nelle presunzioni relative e nell'inversione dell'onere della prova un mezzo per "la semplificazione analitica della fattispecie sostanziale": così, invece, G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, p. 108.

[103] ID., *op. cit.*, p. 114. Anche FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., p. 289, ritiene che le presunzioni relative,

Uno degli esempi presi in considerazione è quello dell'art. 2054 c.c.[104], ove si ritiene comunemente statuita una presunzione di colpa a carico del conducente di veicolo che abbia cagionato danni a persone e o a cose: in tal caso, prosegue l'Autore, il legislatore prevede due distinti precetti: il primo, di portata più ampia, prevedrebbe che "accertata la condotta ed il danno, il giudice deve pronunciare favorevolmente sulla domanda di risarcimento"[105]; il secondo, speciale rispetto al primo e dunque potenzialmente prevalente, statuirebbe che "l'obbligazione di risarcimento sorge da un fatto colposo che abbia determinato un danno"[106], laddove però in tale secondo precetto l'onere di provare la mancanza di colpa è addossato al convenuto.

Pertanto, ove tale prova non sia stata fornita, non opererebbe nessuna finzione o scorciatoia, nessuna parziale fattispecie troverebbe applicazione per l'intero; più semplicemente, la prima fattispecie, meno ricca di elementi, verrebbe ad esistenza e spiegherebbe effetti[107].

Tale tentativo, per quanto acuto, pare però solo un mezzo per spiegare in maniera "tranquillizzante" la ragione dell'applicazione della fattispecie generale, ossia quella mancante dell'accertamento dell'elemento soggettivo; ma lascerebbe impregiudicata la natura giuridica del fenomeno in relazione a quella speciale.

Tale fattispecie, infatti, prevedrebbe come detto che "l'obbligazione di risarcimento sorge da un fatto *colposo* che abbia determinato un danno"; formula insufficiente, in quanto non darebbe conto dell'onere gravante sul danneggiante di provare l'assenza di colpa al fine dell'operatività del precetto in parola; pertanto, la previsione andrebbe riscritta in questi termini: "l'obbligazione di risarcimento sorge da un fatto che abbia determinato un danno, *a meno che non si provi la mancanza di colpa*".

Ma se questa è la sostanza della fattispecie speciale, essa è in tutto e per tutto

così come le assolute, concorrano direttamente a delimitare la fattispecie sostanziale.

[104] Art. 2054 c.c.: "Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno".

[105] CORDERO., *op. loc. cit.*.

[106] ID., *op. loc. cit.*.

[107] ID., *op. cit.*, p. 115.

analoga a quella originaria proposta dall'art. 2054 c.c., ma le si affiancherebbe un nuovo precetto per il caso in cui non sia provata l'assenza di colpa.

Ne è ben consapevole lo stesso Autore il quale, sempre sulla falsa riga della ricostruzione sostanziale, ritiene che, nell'ipotesi normativa contenutisticamente più ricca, un elemento schiettamente processuale – la mancata prova – farebbe ingresso nella fattispecie illecita, condizionandone l'applicazione[108].

La ricostruzione, però, ci appare per certi versi scorretta o superflua; delle due l'una: o il dato processuale diventa vero e proprio elemento del fatto o della fattispecie, provocando le obiezioni che già si sono proposte in altra sede[109], in relazione alle conseguenze discendenti principalmente in ordine all'elemento soggettivo[110]; oppure tale fattore processuale mantiene la sua natura, ed allora non ci si può esimere dal ritenerlo un semplice strumento di inversione dell'onere probatorio o comunque di regolazione del giudizio, con conseguente perdita di originalità e utilità della teoria, valida solo a chiarimento del fenomeno: resterebbe ancora da spiegare il profilo a nostro avviso più interessante e rilevante, relativo al meccanismo e alla natura dell'inversione dell'onere probatorio, ossia le caratteristiche "interne", "intrinseche" dell'elemento processuale inserito nella fattispecie sostanziale.

Peraltro, vi è da aggiungere che la ricostruzione in parola è rivolta a spiegare il solo fenomeno delle presunzioni relative improprie, cioè quelle in cui manca un elemento noto da cui trarre la sussistenza dell'ignoto, e dove semplicemente vi è dispensa da prova in relazione ad un elemento della fattispecie; ma crediamo che, pur con le obiezioni prospettate, essa sia trasponibile anche per le presunzioni relative proprie; infatti, dalla fattispecie congegnata con la presenza di una presunzione *iuris tantum* potrebbero comunque enuclearsi due schemi: per l'integrazione del primo, privo del fatto presunto, basterebbe la prova del fatto indiziante; nel secondo, invece, e sempre che sia stato accertata la presenza

[108] ID., *op. cit.*, pp. 120 ss..
[109] Vedi *supra*, cap. 1 § 5.
[110] Portando un esempio tratto dal codice penale, nel caso della c.d. *exceptio veritatis* (art. 596 c.p.) l'agente potrebbe essere punito a titolo di dolo solo in mancanza di rappresentazione circa la futura presenza della *prova* della verità!

dell'elemento noto, la realizzazione della fattispecie sarebbe impedita dalla prova dell'insussistenza del dato presunto. Tuttavia, anche in questo caso resterebbero vive le perplessità sopra prospettate: spiegato il rapporto tra i diversi schemi normativi, *quid iuris* circa la natura giuridica propria degli elementi normativamente indizianti e presunti?

8. *L'inserimento del dato processuale nella disposizione incriminatrice: riflessi di sistema; in particolare, la validità nel tempo*. – Tuttavia, la ricostruzione mostra, indirettamente, un altro pregio: quello di attirare l'attenzione su un aspetto altrimenti in ombra, capace di dipanare dubbi interpretativi e applicativi; ossia, lo stretto collegamento tra la regola di giudizio e la fattispecie sostanziale[111], e conseguentemente la possibilità di estendere o meno il regime proprio della norma incriminatrice all'aspetto sostanziale della disposizione processuale da essa "inglobata"[112].

Si è già fatto riferimento, infatti, ai rischi per le garanzie individuali derivanti da una lettura in chiave probatoria, e dunque processuale, delle presunzioni legali: sul piano, ad esempio, della validità nel tempo; il legislatore, invero, potrebbe imporre una presunzione legale sfavorevole al reo *dopo* la commissione del fatto, con il risultato di consentire retroattivamente la punibilità anche in mancanza di un reale accertamento su un fatto costitutivo che, agli effetti pratici, verrebbe in un certo qual modo espunto dalla fattispecie.

D'altra parte, però, appare poco sostenibile una ricostruzione delle presunzioni, e delle regole di giudizio in genere, quali istituti di carattere sostanziale: il ruolo delle stesse, infatti, si gioca soprattutto sul piano processuale, e non tocca i rapporti tra l'individuo, il divieto di offendere un bene giuridico e le conseguenze giuridiche derivanti dalla realizzazione della fattispecie[113].

---

[111] M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., p. 57.

[112] In questo senso si è già visto FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 20, citato *supra* cap. I § 6, *sub* nota 99.

[113] Per la natura processuale delle norme sull'onere della prova, si veda AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., pp. 184 ss.. Tuttavia già RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 11, coglie lo stretto legame tra presunzioni e diritto sostantivo, e ritiene perciò che l'istituto "appartiene unicamente al *diritto probatorio*

Il tema è assai complesso, e risulta in tempi recenti pressoché inesplorato in dottrina e in giurisprudenza; pertanto, non si pretenderà in tal sede di fornire soluzioni definitive, ma solo si tenterà di proporre alcuni spunti.

Riteniamo, innanzitutto, non si possa risolvere la questione semplicemente stabilendo in astratto la natura processuale o sostanziale delle presunzioni legali e delle regole di giudizio, e su questa base ritenergli senz'altro applicabili le rispettive direttive di sistema[114].

Al contrario, stante l'intensa compenetrazione in questa materia tra l'ambito sostanziale e quello processuale, è preferibile analizzare singolarmente le possibili manifestazioni del problema, e cercare di districare il groviglio facendo emergere, di volta in volta, la prevalenza dell'aspetto materiale o di quello procedurale[115].

Al riguardo, è bene distinguere preliminarmente i casi in cui la regola di giudizio dipenda dalla particolare conformazione strutturale della fattispecie astratta, da quelli in cui – ferma restando la fattispecie – la regola di giudizio intervenga dall'esterno a dettarne i criteri di accertamento.

Quanto alla prima ipotesi, un esempio può trarsi in relazione all'art. 614 c.p., che incrimina l'ingresso di un soggetto in un'abitazione altrui "contro la volontà espressa" del proprietario[116]; se tale articolo venisse modificato, tale per cui non venisse più richiesto il dissenso per la punibilità della violazione di domicilio, e fosse al suo posto introdotta la clausola scriminante del consenso ("a meno che il proprietario non vi consenta"), certamente muterebbe anche il regime della regola di giudizio: per la punibilità del fatto sarebbe sufficiente la prova

---

sostanziale, e sfugge al *formale*, cioè alla *procedura* in senso stretto" (corsivi dell'Autore). Secondo G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 199 ss., sarebbe possibile considerare le presunzioni relative come norme incidenti sulla fattispecie sostanziale, pur se indirettamente influenti sulla ripartizione degli oneri probatori. Tuttavia, la posizione assunta dagli studiosi del diritto civile non ci pare acriticamente importabile nel campo penale, dove l'inclusione di un istituto nell'ambito sostanziale presuppone e comporta specifiche implicazioni, come ad esempio evidenziato *supra* cap. I § 6.

[114] Sconsiglia di risolvere la questione tramite un procedimento ermeneutico concettualistico-deduttivo SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 419. riconosce

[115] In generale, VERDE, voce *Prova*, cit., pp. 595 ss., riconosce nelle prove un profilo materiale e uno processuale, da valorizzare in alternativa caso per caso a seconda del problema concreto che si debba risolvere.

[116] O meglio, di chi ha il diritto di escluderlo.

dell'accesso nell'altrui domicilio; e la prova del consenso del proprietario varrebbe dall'esterno a scriminare una condotta altrimenti sanzionabile[117].

Ma non v'è chi non veda come in tal caso la regola di giudizio applicabile sia solo il riflesso della struttura della fattispecie; prima ancora che modificare le disposizioni processuali sull'onere della prova, il legislatore avrebbe mutato la fattispecie astratta, modificando il segno degli elementi costitutivi del fatto.

Certamente si potrebbe parlare, a fini processuali, di "presunzione di dissenso"[118] in relazione all'introduzione nell'abitazione altrui, ma solo per la stretta interazione tra fattispecie e regola di giudizio: l'attribuzione del segno positivo o negativo ad un elemento della fattispecie influenza, come già evidenziato, il segno dell'accertamento necessario per la produzione di effetti. Ma, sul piano sostanziale, può solo affermarsi che la fattispecie incriminatrice è stata modificata perché, partendo dall'originaria fattispecie A + B + C, l'elemento C (il positivo esercizio da parte del titolare dello *ius excludendi*) ha cambiato segno, tale che lo schema normativo è divenuto A + B – nonC (ossia l'assenza di consenso).

Pertanto, in questo caso non vi è stata (soltanto) una modifica della disciplina processuale, ma in prima battuta di quella sostanziale, con conseguente applicabilità dell'art. 2 c.p.; cagionando anche, coerentemente, una diversa calibrazione dell'elemento soggettivo del reato in questione: il dolo sarà integrato non più dalla necessaria rappresentazione del dissenso altrui, ma sarà sufficiente l'assenza di convinzione circa il consenso altrui.

Il discorso è assai più complesso qualora venisse introdotta una presunzione impropria, mutando così solo l'onere della prova circa un elemento, ferma restando la composizione sostanziale della fattispecie di reato.

---

[117] Diverso sarebbe il discorso se l'elemento negativo fosse tale solo in apparenza: nel caso di elemento positivo costruito negativamente, infatti, la regola di giudizio non si differenzia da quella prevista per un comune elemento positivo; il che rende di grande momento la distinzione tra elemento negativo e elemento positivo costruito negativamente non solo – come già evidenziato da attenta dottrina: si veda GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 776 – in relazione all'integrazione dell'elemento soggettivo, ma anche per la ripartizione degli oneri probatori.

[118] Sempre ricordando che non di vera presunzione si tratterebbe, perché il dubbio gioverebbe pur sempre all'imputato.

Si ipotizzi, sempre soffermandoci sulla disposizione contenuta nell'art. 614 c.p., che il legislatore non modifichi la descrizione del fatto di reato, ma si limitasse ad aggiungere, in coda all'articolo, che "il dissenso del proprietario è presunto sino a prova contraria".

Così facendo, la fattispecie astratta parrebbe inalterata, e potrebbe ritenersi che la novità agisca sul mero piano della regola di giudizio, e dunque su un piano che istintivamente sembrerebbe solo processuale: con la conseguenza, inevitabile, dell'inapplicabilità dell'art. 2 c.p..

Tuttavia, al di là degli effetti per così dire di sistema, si può notare che le conseguenze applicative sarebbero le stesse che se fosse stato mutato il segno all'elemento costitutivo del dissenso: in entrambi i casi, infatti, l'imputato verrebbe punito solo che si provi il suo ingresso nell'abitazione altrui, valendo l'accertamento del consenso del proprietario a escludere la sanzionabilità; anzi, ad agire sul piano processuale con l'introduzione di una presunzione, il reo non potrebbe neanche giovarsi del dubbio circa la sussistenza di tale elemento.

Eppure, a fronte di tale identità di effetti[119], la sola formulazione letterale[120] della disposizione varrebbe a privare di importanti garanzie l'imputato, prima fra tutte l'irretroattività del nuovo disposto.

L'interprete sarebbe dunque a un bivio: o insistere sulla valenza solo processuale della regola di giudizio, riconoscendo al legislatore la piena ed insindacabile discrezionalità sulla scelta di agire sul piano della fattispecie o su quello dell'onere di prova, e quindi sulla scelta di sottoporre o meno un dato elemento alle garanzie costituzionali proprie del diritto penale sostanziale; oppure valorizzare il piano delle identiche conseguenze applicative, rifiutare ogni

[119] L'unica differenza – peraltro non di grande momento – risiederebbe nel segno dell'elemento soggettivo in relazione al dissenso: perché se resta elemento costitutivo della fattispecie oggettiva, sia pure presunto, il dolo sarà integrato solo con la positiva rappresentazione dello stesso da parte dell'agente; se invece da costitutivo che era venisse invertito in negativo, anche il segno della rappresentazione seguirebbe la stessa sorte. Tale divergenza, peraltro, risulterebbe neutralizzata qualora si ritenesse che, ogniqualvolta si presuma la sussistenza oggettiva di un dato elemento, debba parimenti presumersi al riguardo anche la ricorrenza della copertura psicologica.

[120] Per una panoramica sulle convenzioni linguistiche utilizzate per introdurre elementi impeditivi, estintivi e modificativi (in una parola, negativi) si veda VERDE, voce *Prova*, cit., pp. 632 ss.; in tema anche FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., pp. 284 s..

possibile "truffa delle etichette" e ritenere inscindibile il legame tra fattispecie e regola di giudizio[121]: nel senso che, ove si modifichi l'una, sia correlativamente mutata anche l'altra; e viceversa.

Così opinando, la presunzione impropria manterrebbe la sua valenza processuale di regola di giudizio, anche in relazione allo *standard* probatorio necessario per l'efficacia dell'elemento negativo[122]; ma in un sistema, poiché è inevitabile che la modifica di un parametro incida indirettamente su altri apparentemente impregiudicati, l'introduzione di una presunzione impropria modificherebbe pure i presupposti per l'applicazione della fattispecie astratta e sarebbe dunque soggetta, per quanto riguarda l'efficacia nel tempo, alla disciplina di cui all'art. 2 c.p.; primo fra tutti, al divieto di efficacia retroattiva.

Tale soluzione, anche se senz'altro bisognevole di ulteriori approfondimenti e verifiche, ci pare allo stato la più convincente; perché se è vero che il procedimento di fissazione formale del fatto che si attua nel processo segue regole – appunto – processuali, è vero anche che le regole di valutazione, di limitazione, o di attribuzione dell'onere di prova, possono talora presentarsi – come nell'esempio prospettato – di una portata tale da risultare indistinguibili rispetto a vere e proprie regole sostanziali: ed in questo caso, tale aspetto non va ignorato, ma deve essere evidenziato come uno dei lati della medesima medaglia.

Né perderebbe di rilievo il lato processuale: la presunzione, come più volte ricordato, rispetto all'elemento costitutivo negativo offre una diversa disciplina dello *standard* probatorio, poiché non può essere vinta da uno stato di incertezza.

Ed inoltre, ad un'analoga conclusione può giungersi anche sulla scorta di altre argomentazioni, le quali più specificamente si riferiscono al caso in cui sia

---

[121] CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 162, conclude in merito affermando che "la regola di giudizio, in altri termini, modifica l'ambito della fattispecie criminosa". Anche VERDE, voce *Prova*, cit., p. 631, afferma che le regole di ripartizione dell'onere probatorio – che come si vedrà *infra* § 9 possono considerarsi il risvolto della presunzione legale relativa impropria – "si risolvono in regole che disciplinano fatti o fattispecie impeditive, e quindi vanno ricondotte alle norme che disciplinano la sostanza del rapporto".

[122] Si è già evidenziato come la formulazione in negativo di un dato non significhi attribuire in tutto e per tutto l'onere della prova a chi ha interesse a porlo in rilievo: sempre, infatti, il dubbio giova all'imputato, a meno che una presunzione, per l'appunto, non deroghi ai principi generali imponendo la prova certa dell'elemento negativo.

introdotta una presunzione propriamente detta.

Qui, infatti, non si potrebbe dire che l'accertamento del fatto presunto muti di segno, e con esso la posizione di tale dato nella struttura della fattispecie: infatti, viene individuato un altro elemento, ossia il fatto indiziante, da cui si trae la prova del dato costitutivo, il quale non viene accertato empiricamente, ma comunque è da considerarsi provato in senso giuridico.

L'elemento costitutivo positivo resta perciò tale; solo si aggiunge un dato processuale (il fatto noto) che serve da prova dell'ignoto. E se è vero che la prova negativa (ossia la prova dell'assenza dell'elemento positivo presunto) paralizzerà l'operatività della fattispecie, ciò avviene perché, nella dinamica processuale, anche ciò che è (o meglio pare) dimostrato può sempre essere soggetto a controprova.

Né si ritiene di poter portare alle estreme conseguenze l'opinione secondo cui la presunzione relativa inserisca un dato processuale nella fattispecie astratta, che ne esce dunque direttamente modificata: in tal caso, infatti, come già accennato non si spiegherebbe la collocazione strutturale di tale dato processuale nella fattispecie, la sua funzione in relazione all'offesa, i suoi rapporti con l'elemento soggettivo; insomma, il fatto processuale entra nella disposizione, ma non nella fattispecie incriminatrice[123].

Se così è, sembrerebbe ineludibile la conclusione che l'introduzione di una presunzione relativa propria non muti la fattispecie astratta, ma solo il suo procedimento di fissazione formale: l'elemento presunto C, infatti, potrà essere provato non solo direttamente, ma anche indirettamente per mezzo dell'indizio D, sempre con salvezza della controprova: che risulta però diritto generale della parte, sia in caso di prova naturale che di prova legale.

Pertanto, non si darebbe luogo all'applicazione dell'art. 2 c.p., ma ai principi del

[123] D'altra parte, atteso che la "norma reale" è quella scaturente dal coordinamento di tutte le norme applicabili al caso concreto, non si vedrebbe perché allo stesso modo non dovrebbero ritenersi "implicite" in ogni fattispecie criminosa le regole probatorie e di giudizio valide in generale, e così conferire loro valenza sostanziale. In realtà, deve affermarsi che la collocazione di una regola processuale nella disposizione sostanziale è accidente estrinseco, riconducibile a motivazioni di tecnica legislativa; pertanto, tale collocazione non è *di per sé* in grado di modificare la fattispecie criminosa: ogni elemento mantiene la sua natura, a prescindere dal dato topografico.

tempus regit actum: conseguenza che potrebbe rendere di grande momento la distinzione tra presunzioni proprie e presunzioni improprie, imponendo all'interprete un'attenta verifica del fenomeno; per evitare, ad esempio, che possa surrettiziamente introdursi una presunzione propria "simulata", dove il fatto noto indiziante sia di così scarso peso[124] da lasciar intravedere in realtà una presunzione impropria: la quale, grazie all'aggiunta di una prova legale del tutto pretestuosa, guadagnerebbe l'effetto di aggirare la disciplina di cui all'art. 2 c.p..

Tuttavia, di nuovo ci si accorge che l'introduzione di una presunzione relativa propria, pur non modificando direttamente la fattispecie incriminatrice astratta, può condurre ad una forte coincidenza di effetti applicativi rispetto ad una vera e propria modifica: se infatti si agisse sul piano sostanziale, e quindi accanto all'originaria fattispecie composta da A + B + C ne venisse creata una diversa A + B + D – (non)C, il soggetto che abbia posto in essere A + B + D, in assenza di prova circa la sussistenza di C non potrebbe essere punito né per la prima, per carenza di tipicità; né per la seconda, *ex* art. 2 c.p..

Se però, invece che ad una modifica degli elementi costitutivi, si assistesse all'introduzione della presunzione di C sulla scorta del fatto indiziante D, fermandoci all'essenza processuale della presunzione il soggetto potrebbe venire punito, perché non si darebbe luogo alla disciplina penale sulla irretroattività; ancora una volta, dunque, concedendo al legislatore mano libera circa l'opzione sulla natura processuale o sostanziale di un elemento, lo si lascerebbe arbitro di eludere – per mezzo di una diversa formulazione letterale[125] ma a fronte di una marcata identità di disciplina[126] – garanzie ritenute fondamentali anche dalla

[124] Di scarso peso sia nel senso che abbia debole valenza dimostrativa rispetto al fatto ignoto – nel caso in cui la norma fissi una massima di esperienza –, sia nel senso che le considerazioni di opportunità a sostegno del legame appaiano indegne rispetto a quelle di fissazione della verità effettiva – nel caso in cui il collegamento non sia dovuto all'*id quod plerumque accidit*.

[125] Ad esempio, l'art. 575 c.p. potrebbe essere modificato aggiungendovi una modifica sostanziale ("chiunque cagiona la morte di un uomo e fugge, è punito, a meno che l'evento cagionato non sia involontario") oppure solo "processuale" ("chiunque cagiona la morte di un uomo è punito […], e qualora l'omicida fugga il fatto si presume doloso sino a prova contraria").

[126] Oltre alla più volte ribadita differenza attinente allo standard probatorio, vi sarebbe anche un diverso criterio di imputazione soggettiva rispetto al nuovo elemento D: se indiziante, ne è irrilevante la copertura psicologica; se appartenente al fatto o alla fattispecie oggettiva, invece, dovrà entrare nel fuoco dell'elemento soggettivo. Tuttavia, quanto all'elemento C non vi sarebbe difformità di conseguenze.

Carta costituzionale.

Date le nostre premesse, però, ci si espone ad un'obiezione che potrebbe apparire insuperabile: se una presunzione propria è davvero una prova, seppure legale, è una contraddizione in termini asserire che, dato il fatto indiziante, la fattispecie è integrata pur in assenza di dimostrazione circa il fatto ignoto: ad essere coerenti, ciò che manca non è una prova, ma una prova "naturale".

Tuttavia, la conclusione qui propugnata – ossia, l'applicabilità alle presunzioni proprie dei limiti sanciti dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 comma secondo Cost. – ha un'implicazione ben precisa, e che più avanti verrà estesa ed approfondita[127]; ossia, che ad alcuni fini prova legale e prova naturale non hanno pari dignità: quando il legislatore ed il costituente dettano una garanzia, in questo caso quella della irretroattività della norma penale incriminatrice, essa travalica e travolge gli *escamotage* giuridici del futuro legislatore; il "fatto" che l'art. 2 c.p. non vuole punito da una legge successiva alla sua realizzazione è un fatto storico concreto, e non un'astrazione giuridica; pertanto, sarebbe inconcepibile che una nuova disposizione incriminatrice possa punire un accadimento prima non sanzionabile, solo grazie ad un'accorta formulazione che, mantenendo apparentemente ferma la fattispecie sostanziale, ne snaturi i confini operando sul piano dell'accertamento: una nuova norma, processuale o sostanziale che sia, non può rendere punibile un fatto *storico* che, *storicamente* accertato, prima non costituiva reato; invero il procedimento di fissazione formale del fatto, regolato dalla legge ordinaria, non può svolgersi in contrasto con le direttive costituzionali[128].

[127] Si veda *infra* cap. IV §§ 8-9.

[128] Il problema, come accennato, è ben più ampio e non limitato alle sole presunzioni legali; si pensi ad un concusso che avesse precostituito l'unica prova della propria reale ed effettiva innocenza, rispetto ad un'attendibile contestazione di corruzione, tramite una videoregistrazione; se una nuova disposizione precludesse l'utilizzo della prova audiovisiva nel processo penale, di certo in questo caso nessuno potrebbe pensare che la novella modifichi la fattispecie sostanziale, come invece potrebbe sembrare nell'ipotesi di presunzione; tuttavia, un fatto storico prima non punibile ora potrebbe essere sanzionato, solo perché il procedimento di fissazione formale, dato il medesimo fatto, consente una ricostruzione processuale diversa; ebbene, impostando la questione come si è tentato in questa sede, l'art. 2 c.p. impedirebbe comunque che il medesimo *fatto* possa ricevere un trattamento più sfavorevole per l'imputato, quale che sia la fonte della modifica. Anche VINCIGUERRA, *Diritto penale*, vol. I, Padova,

Valga dunque quanto affermato in precedenza: la presunzione propria resta fenomeno processuale, ed il fatto indiziante non entra nella fattispecie sostanziale; però essa, in un gioco inestricabile di specchi, viene distorta dal modificarsi della regola di giudizio. E tale distorsione non può non soggiacere alla disciplina degli artt. 2 c.p. e 25 secondo comma Cost.[129].

9. *Considerazioni conclusive in tema di presunzioni legali relative*. – Giunti a questo punto, ci pare possibile offrire talune considerazioni, utili ad una ricostruzione convincente circa la natura giuridica delle presunzioni legali relative.

Un grande contributo è a nostro avviso offerto dalla teorica della fissazione formale del fatto, la quale spiega correttamente la natura normativa del procedimento che conduce a cristallizzare il fatto da offrire alla qualificazione del giudice.

In quest'ottica le prove, tanto libere quanto legali, contribuiscono a tale fissazione; le presunzioni legali, nell'ambito delle prove legali, talvolta consentono l'individuazione di un equivalente processuale[130] rispetto al fatto da provare, elemento essenziale della fattispecie della cui applicazione si discute in giudizio: dato un fatto noto, estraneo alla fattispecie (presunzione propriamente detta o sostitutiva) o interno alla stessa (presunzione apparentemente impropria o integrativa), si deve dare per sussistente anche quello ignoto; talaltra, in assenza di qualsiasi fatto indiziante, dispongono semplicemente un'inversione dell'onere probatorio (presunzione impropria); il tutto costituirà non una dichiarazione di *verità*, ma una costituzione di *effetti* in capo al fatto ignoto, che potrà così contribuire al perfezionamento della fattispecie cui appartiene[131].

1999, pp. 312 ss., evidenzia il *vulnus* alle garanzie dell'imputato inferto dall'applicazione retroattiva di talune norme processuali, tra cui quelle regolanti il diritto probatorio.

[129] In campo civile anche RAMPONI, *La teoria generale*, cit., pp. 60 ss., pur mantenendo ferma la natura probatoria delle presunzioni legali, ritiene inapplicabile il principio del *tempus regit actum* in favore della legge vigente al tempo del fatto.

[130] E non *giuridico* o *materiale*: CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 31.

[131] In questo senso SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 413. Né può obiettarsi, in linea con CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 113, *sub* nota 131, che, quando un dato elemento venga presunto

Ma tale fenomeno può invero essere riguardato anche da altro punto di osservazione: data una presunzione, la controparte del soggetto facilitato o dispensato dalla prova sarà costretto a fornire la prova contraria; pertanto, si verificherebbe un'inversione dell'onere della prova, perché il soggetto normalmente tenuto alla dimostrazione sarà nel caso specifico sollevato, mentre il suo avversario sarà tenuto ad una prova normalmente non spettantegli.

Anche tale ricostruzione appare corretta; il che non deve stupire: è solo il cambiamento di prospettiva a mostrare un diverso lato della medesima medaglia.

D'altra parte, con affermazione risalente si era già sostenuto che la funzione delle presunzioni *non* è quella di rovesciare l'onere della prova, dal momento che è connaturato a qualsiasi prova l'effetto di porre la parte contro cui è rivolta nella necessità di dimostrare il contrario[132].

Tale considerazione poteva in un certo senso accogliersi, nella misura in cui al termine "prova" veniva attribuito un significato naturalistico-soggettivo, come mezzo di convincimento del giudice: in quell'ottica, la prova era il mezzo dinamico di persuasione, l'onere della prova la regola statica di giudizio; ed ogni compenetrazione tra i due fenomeni non poteva che apparire una indebita sovrapposizione tra due piani diversi: essendo l'onere della prova un'esigenza giuridica, quello della controprova un interesse di fatto[133].

Ma riconosciuta la valenza normativa del procedimento di fissazione formale, l'esito del giudizio è *ab origine* condizionato dalle regole imposte direttamente al giudice e indirettamente alle parti: pertanto, un unico piano di azione, in cui le

---

dalla legge, il giudice non opererebbe una fissazione formale del fatto, bensì prescinderebbe da tale fatto: la presunzione, infatti, sta proprio nella regola che impone al giudice di dare per insussistente un elemento che non sia stato provato, e quindi a poterne prescindere, sino a prova contraria, ai fini dell'integrazione della fattispecie.

[132] BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., p. 35; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 41; *contra* CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 39, nota 92, il quale, pur attribuendo alla presunzione relativa la natura di prova, purtuttavia ritiene che le espressioni "presunzione" e "inversione dell'onere della prova" siano fungibili; così anche SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 413, relativamente a "presunzione" e "rischio per la mancata prova".

[133] Peraltro questa criticata visione del fenomeno, impropria ma efficace, è quella propria dei giuristi nordamericani, espressione della cultura pragmatica per eccellenza; in quell'ambiente, infatti, si parla di *shiften of burden* come del "rimbalzo" dell'onere da una parte all'altra, ogniqualvolta uno dei soggetti processuali riesca a raggiungere la prova dell'elemento a sé favorevole, imponendo all'altro l'onere della controprova per evitare la soccombenza.

parti si muovono al fine di orientare la decisione verso un risultato favorevole.

E in tale contesto la previsione di una presunzione legale vale *ex ante* a indicare come verrà fissata la fattispecie, e contemporaneamente e specularmente ad individuare cosa si avrà l'onere di smentire per evitare la soccombenza[134].

Peraltro, inevitabilmente la presunzione si porrà come eccezione, pena la sua inutilità, rispetto al principio generale dell'onere della prova[135], che vuole l'attore (il pubblico ministero, nel processo penale) soccombente laddove non provi la sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie; egli, invero, avrà un onere quantitativamente completo solo in relazione agli elementi costitutivi di segno positivo, ma non dovrà provare specificamente l'insussistenza dei negativi: in caso di totale assenza di prova circa questi ultimi, infatti, l'ipotesi accusatoria uscirà vincitrice.

Ma neanche sarà possibile identificare presunzione di insussistenza ed elementi negativi (in senso stretto, impeditivi ed estintivi): la presunzione, infatti, richiede di essere vinta al di là del dubbio[136], mentre riguardo ai fattori negativi le disposizioni processualpenalistiche attribuiscono comunque all'imputato il beneficio dell'incertezza.

La presunzione sarà solo laddove la prova, intesa come mezzo di fissazione formale del fatto, sarà normativamente ed eccezionalmente raggiunta senza accertamento storico sul fatto ignoto, conferendo alla parte che la subisce l'onere di dimostrare oltre ogni dubbio l'insussistenza di quanto presunto.

---

[134] Al contrario di quanto avviene nella dinamica delle prove "naturali" o "libere", ove al più sorge un onere di necessità che "non può essere dal legislatore né creato né soppresso, ma solo regolato": così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 57. Sull'incidenza della ripartizione dell'onere della prova sulla regolamentazione della fissazione formale del fatto si veda CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*,cit., p. 213.

[135] Così VERDE, voce *Prova*, cit., p. 630. Ciò a meno di non voler parificare, partendo dall'identità di effetti, onere di prova e presunzione (legale relativa impropria), e dunque parlare di una generale presunzione di insussistenza degli elementi costitutivi, sulla base dell'onere per l'accusa di provarli: il che, come già illustrato in precedenza, sarebbe del tutto corretto; tuttavia, a fini convenzionali pare più utile isolare un principio generale sull'onere della prova, ricavabile dagli artt. 529 c.p.p. e ss., e individuare altrettante presunzioni ogniqualvolta vi sia deroga a quella regolamentazione. In merito si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 93, che parla di "presunzioni primarie" che sono alla base della disciplina generale dell'onere della prova e che, per il procedimento penale, possono ridursi all'*homo presumitur bonus*.

[136] Cass., 22 novembre 1939, Bertolio, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, pp. 84 ss., con nota di NUVOLONE, *Presunzioni legali*, cit..

CAPITOLO TERZO

LE PRESUNZIONI SEMPLICI

SOMMARIO: 1. Le presunzioni semplici: cenni. – 2. Presunzioni semplici ed indizi. – 3. Origine derivata degli indizi: l'accertamento del fatto noto. – 4. Le massime di esperienza.– 5. L'accertamento del fatto ignoto: l'art. 192 comma 2 c.p.p.. – 6. Presunzioni semplici e istituti analoghi: le verità interinali. – 7. (segue): la prova *prima facie*. – 8. (segue): la prova *levior*. –

1. *Le presunzioni semplici: cenni.* – Si è già visto come l'art. 2727 c.c. definisca le presunzioni semplici – dette anche naturali, dottrinali, libere, dell'uomo, del giudice, *hominis*, *facti*[1] – come "le conseguenze che […] il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato". Si è anche già fatto cenno circa la genericità della nozione proposta, capace di attagliarsi a qualsiasi fenomeno probatorio, l'unica differenza risiedendo nella particolare qualità del fatto noto nella prova per presunzioni rispetto alla prova per rappresentazione.

Nella prima, infatti, non qualsiasi fatto è fonte dell'inferenza, ma solo quello che *non* sia direttamente rappresentativo del *thema probandum* e che ad esso conduca indirettamente solo tramite un procedimento logico di tipo sillogistico; in altre parole, alla base del ragionamento presuntivo non può stare un dato che sia artificialmente formato per narrare o raffigurare la circostanza da provare, ma soltanto un fattore "naturale" che sia però accidentalmente spia della sussistenza del fatto ignoto.

[1] Riferisce tali sinonimi RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 15.

Può dunque affermarsi che nell'ambito della prova "naturale" (o "libera") la prova rappresentativa (o storica) sta alla prova per presunzioni semplici (o indiziaria, o critica), come nel campo della prova legale quella rappresentativa legale (giuramento, confessione) sta a quella per presunzioni legali.

Tuttavia le presunzioni semplici esulano del tutto dal tema dell'onere della prova: esse infatti, come qualsiasi altra prova naturale, servono a formare il convincimento del giudice nel caso concreto, e non forniscono *ex ante* dei parametri legali per la fissazione formale del fatto e per la regola di giudizio da applicarsi[2].

2. *Presunzioni semplici ed indizi.* – Sinora si è peraltro utilizzata l'espressione fatto o circostanza "indiziante" per indicare il fatto noto da cui prende le mosse il procedimento presuntivo; tale dizione non è casuale: da tempo sono stati avvertiti i punti di contatto tra l'istituto delle presunzioni e quello degli indizi, pur con diversi accenti circa il grado di sovrapponibilità dei due[3].

Al riguardo, tralasciando l'analisi delle singole posizioni, riteniamo di poter affermare che gli indizi costituiscano un segmento del procedimento presuntivo, ossia il fatto noto da cui trarre, per mezzo di regole empiriche dotate di attendibilità e credibilità, la deduzione che conduce all'accertamento del fatto ignoto[4]. La presunzione semplice, in altri termini, sarebbe il meccanismo probatorio di natura sillogistica per cui dal fatto noto (l'indizio) si risale al fatto

[2] Per l'estraneità al problema dell'onere della prova si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 75.

[3] ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 771; BORGHESE, voce *Presunzioni*, cit., p. 773; *contra* CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 276; LAURO, *Note in tema di prova indiziaria e presunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1417; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, cit., p. 408; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 308; UBERTIS, voce *Prova*, cit., p. 306.

[4] Così BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 245; CORDERO, *Tre studi*, cit., pp. 15 e 51, nota 114; LAURO, *Note in tema di prova indiziaria*, cit., p. 1417; SCAVO LOMBARDO, voce *Presunzione*, cit., p. 320; RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 48; parzialmente nello stesso senso BRUNELLI, *Delle presunzioni*, cit., p. 77; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 64; FERRAIOLI, voce *Presunzione*, cit., p. 314. Adotta tale impostazione anche Cass., sez. I, 25 marzo 1976, Bozano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1408, con nota di LAURO, *Note in tema di prova indiziaria*, cit..

ignoto, in virtù del collegamento riscontrabile sulla base di massime d'esperienza[5].

Indizi e presunzioni semplici, pertanto, non sarebbero propriamente sinonimi, così come non lo sono "testimone" e "testimonianza": l'indizio e il testimone costituiscono *fonte* di prova, ossia l'oggetto o il soggetto da cui può derivare al procedimento un elemento di prova[6]; la presunzione semplice e la testimonianza sono invece *mezzi* di prova, ossia l'attività attraverso la quale l'elemento di prova fornisce la propria valenza dimostrativa[7]: e a livello definitorio poco cambia se, nella testimonianza, l'acquisizione costituisce un procedimento esteriore materialmente percepibile perché svolgentesi nel processo, mentre la presunzione semplice matura e si sviluppa nella psiche del giudice; in entrambi i casi, invero, è dato riscontrare un tramite (l'assunzione della testimonianza o la deduzione presuntiva del giudice) che consente il passaggio dalla fonte della conoscenza (il testimone o l'indizio) ad un risultato di prova (la verificazione dell'ipotesi oggetto di prova).

Pertanto, una volta chiarita la differenza concettuale tra le espressioni impiegabili, non può negarsi che indizio e presunzione semplice siano elementi

---

[5] Va comunque segnalato l'uso del termine "indizio" anche in una diversa accezione: per fare solo alcuni esempi, l'art. 273 c.p.p. richiede "gravi indizi di colpevolezza" come condizione per l'applicabilità di misure cautelari; l'art. 267 c.p.p. pone "gravi indizi di reato" quale presupposto per l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni; l'art. 705 c.p.p. subordina l'estradizione alla sussistenza di "gravi indizi di colpevolezza"; in tutti questi casi, ovviamente, l'indizio non costituisce una particolare fonte di prova, ma viene richiamato per indicare un accertamento che appare ancora incompleto, provvisorio, ma comunque suscettibile di consentire l'adozione di provvedimenti interinali. Al riguardo, si veda LAURO, *Note in tema di prova indiziaria*, cit., pp. 1411 ss..; e *infra* § 8.

[6] Al riguardo FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 96, utilizza la diversa nomenclatura di *organi* di prova, terminologia che riteniamo però troppo "antropocentrica", inidonea a rappresentare l'intera gamma di situazioni (umane o materiali) da cui possa scaturire la prova. Nel senso del testo, invece, GIANNITTI, *La valutazione della prova penale*, Torino, 2005, pp. 2 s., secondo cui "fonte di prova è la persona (teste, persona offesa, indagato ecc.), la cosa, il documento o un qualsiasi fenomeno idoneo a produrre una conoscenza rilevante per il processo".

[7] Per GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 304, "i modi attraverso i quali s'intende accertare il dato di prova sono i procedimenti di prova, comunemente qualificati *mezzi di prova*" (corsivo dell'Autore). Nello stesso senso anche FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 97. Entrambi gli Autori, comunque, rigettano l'idea che siano un mezzo di prova la presunzione semplice o gli indizi, considerati piuttosto mezzo per la valutazione della prova; il che può essere in parte condivisibile, nella misura in cui – come si è illustrato *supra* cap. I, § 2 – la prova critica entra in gioco per il vaglio dell'attendibilità della prova rappresentativa: ma ciò senza perdere la propria autonomia. Al riguardo non deve ingannare la rubrica dell'art. 192 c.p.p. (disciplinante gli indizi), che fa riferimento alla "valutazione della prova": in tale articolo, invero, gli indizi non sono regolamentati in quanto *mezzo* per la valutazione, bensì come *oggetto* della stessa, con ciò dunque confermando la loro natura probatoria.

appartenenti allo stesso ambito; e la confusione terminologica non fa che corrispondere alle ambivalenze della nozione di prova, spesso impiegata genericamente nell'accezione di fonte, mezzo o risultato[8].

D'altra parte, l'identificazione tra i due fenomeni sembra oramai agevolmente sostenibile anche sulla base del dettato normativo: l'art. 192 comma 2 c.p.p., come accennato, riconosce valenza probatoria solo agli indizi che siano "gravi, precisi e concordanti", utilizzando la medesima formula che l'art. 2729 c.c. adopera per indicare i requisiti di ammissibilità delle presunzioni semplici; la medesima disciplina, dunque, palesa l'opzione legislativa per una parificazione dei due istituti[9], con una differenza terminologica che testimonia solo la diversa convenzione linguistica adottata storicamente dagli studiosi della materia penale e di quella civile: i primi più avvezzi a parlare di indizi, i secondi di presunzione[10].

3. *Origine derivata degli indizi: l'accertamento del fatto noto.* – Studiare l'istituto della *presumptio hominis*, dunque, significa analizzare singolarmente gli estremi che la compongono: l'indizio, la massima di esperienza e il fatto ignoto che viene accertato.

Quanto all'indizio, si è chiarito che esso sia un elemento naturale, che di per sé non rappresenta direttamente il fatto da provare ma che ad esso consente di pervenire per via di un'operazione logica basata sull'esperienza.

Questo, però, se vale a distinguerlo dai fatti noti posti quale fonte degli altri mezzi di prova, non vale anche a isolarlo del tutto dagli altri meccanismi probatori: l'indizio, infatti, deve anch'esso fare ingresso nel processo per diventare fatto *noto* ed essere così utilizzato quale base della presunzione; se si

[8] Si veda *supra* cap. I, § 2, *sub* nota 14.

[9] La medesima formula dell'art. 2729 c.c. era già stata importata nel processo penale dalla giurisprudenza: vedi ad esempio Cass., sez. II, 19 settembre 1988, Agresta.

[10] Peraltro, come si chiarirà *infra*, § 5, la norma civile mostra una maggior proprietà di linguaggio: gli indizi non possono essere precisi o concordanti, tali potendo risultare solo le conseguenze logiche che da essi si traggono.

esclude la rilevanza del fatto notorio[11] e – per alcuni – delle massime di esperienza[12], in tutti gli altri casi l'*acquis* processuale è formato da circostanze che vengono offerte al giudice e che spiegano efficacia nella misura in cui siano anche oggetto di positiva dimostrazione[13]; in altre parole, anche la sussistenza dell'indizio va provata, perché poi esso possa fungere da fonte di prova del fatto ignoto[14].

Per fare un esempio, insomma, si può ben dire che il possesso della refurtiva da parte dell'imputato possa costituire indizio di reità, da cui far scaturire la presunzione semplice; ma tale possesso va preliminarmente provato con altri mezzi di prova, ad esempio con la testimonianza di un agente di polizia o con un documento fotografico.

Tale precisazione, all'apparenza scontata, ci consente dunque di chiarire la natura derivativa, di secondo grado, dell'indizio: esso quasi mai si forma nel procedimento[15], e pertanto deve accedervi attraverso altri mezzi[16].

Si discute, invero, se sia consentita la presunzione di presunzione, ossia se l'indizio possa a sua volta essere provato attraverso altri indizi; forse troppo istintivamente, si è ritenuto che rispondendo affermativamente si rischierebbe di distanziare troppo il fatto noto dal fatto ignoto, diluendo l'attendibilità

---

[11] Sulla funzione "antiprocessuale" del fatto notorio GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali di storia del diritto*, 1957, p. 437; al riguardo, in una prospettiva storica, vedi anche A. CARBONI, *La notorietà del delitto nelle riforme ecclesiastiche medievali*, in *Studi sassaresi*, 1959, p. 49; FERRARA, *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, p. 965. Va avvertita, comunque, l'importanza della distinzione tra "fatto notorio" e "voce pubblica", irrilevante per l'accertamento giudiziale: così MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, cit., p. 173.

[12] Sulle massime di esperienza vedi *infra*, § 4.

[13] Anche nel processo penale vale ovviamente il principio, di derivazione canonica, secondo cui *judex secundum alligata et probata a partibus judicare debet; quod non est in actis, non est in hoc mundo*.

[14] Cass., sez. I, 25 marzo 1976, cit., ricorda che per l'operatività della *presumptio hominis* occorre "che l'indizio sia certo e non soltanto ipotetico"; così anche Cass., sez. I, 20 ottobre 1994, Oliveri. In dottrina, per tutti, RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 40.

[15] Si formerebbero nel processo, ad esempio, gli indizi forniti dal contegno dell'imputato, dal rifiuto di rispondere ad alcune domande nel corso dell'esame, alla sua strategia processuale; tuttavia, si discute della legittimità del ricorso a tali indicatori, questione che però appare strettamente attinente a quello della valutazione della prova, da cui riteniamo di poter prescindere. Fa riferimento al "valore sintomatico del comportamento processuale tenuto al riguardo dall'imputato", ad esempio, Cass., sez. I, 25 marzo 1976, cit.. In dottrina, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 233, per cui il comportamento dell'imputato "ben potrebbe suggerire al giudice la persuasione della sua reità". In argomento vedi anche GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit. pp. 310 e s..

[16] Per GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 305, "la circostanza indiziante, come ogni altro dato probante, si storicizza nel processo".

dell'inferenza mano a mano che crescano gli anelli della catena logica: pertanto, varrebbe il noto ditterio *praesumptio de praesumptione non admittitur*[17].

Tuttavia, la deduzione che da un indizio conduce al fatto da provare può essere più o meno fondata, indipendentemente dal numero di passaggi necessari alla congiunzione degli estremi: un solo indizio può fornire scarse probabilità di verità, così come una catena di indizi può far pervenire ad una ragionevole certezza: tornando all'esempio di prima, se il possesso della refurtiva a pochi minuti dalla consumazione del furto può essere credibile indizio a carico dell'imputato, la situazione non muterebbe di molto se lo stesso, piuttosto che con la refurtiva, fosse trovato con tracce consistenti di un precedente possesso: per ipotesi, con la chiave della cassaforte in cui la stessa refurtiva è stata nascosta e rinvenuta subito dopo il delitto.

Pertanto, si può affermare che non si possa in linea di principio escludere l'utilizzabilità della c.d. "presunzione di presunzione", se essa sia in grado di condurre ad un grado di convincimento idoneo a fondare la decisione del giudice[18].

Ma in ogni modo, anche ad accettare la validità di un simile procedimento probatorio, ciò non escluderebbe la necessità di una prova con altro mezzo della prima presunzione della catena: sempre restando all'esempio appena proposto, la responsabilità per il furto verrà provata attraverso l'indizio del possesso della refurtiva, che a sua volta potrà essere dimostrato attraverso il possesso della chiave della cassaforte dove il bottino è stato nascosto; ma tale primo indizio dovrà comunque essere provato da una fonte rappresentativa, come ad esempio una testimonianza o un verbale di sequestro.

[17] Richiede che l'indizio non sia mediato GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 307.

[18] In questo senso FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., p. 293; GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, p. 145.

Resta dunque confermata la natura derivativa della prova critica, che necessita sempre che il fatto indiziante formatosi fuori dal processo vi entri in una delle forme tipiche o atipiche consentite dal legislatore[19].

4. *Le massime di esperienza.* – Il collegamento tra fatto noto e fatto ignoto, che consente di inferire dal primo la sussistenza del secondo, è permesso dall'utilizzo delle c.d. massime di esperienza, ovverosia regole tratte dall'osservazione degli accadimenti storici che consentono di affermare – in virtù dell'*id quod plerumque accidit* – che, dato un fatto, sia certo o probabile che si sia verificato anche un altro accadimento[20]; oppure, secondo la nota ed elegante descrizione dell'Autore che forse per primo ne studiò la natura, sono le "definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue singole circostanze; conquistate con l'esperienza ma autonome nei confronti dei singoli casi, dalla cui osservazione sono dedotte ed oltre ai quali devono valere per nuovi casi"[21].

Rettificando peraltro tale autorevole definizione, la formazione di tali massime deriva dunque da un procedimento tipicamente induttivo[22]: la verificazione ripetuta e frequente di un fenomeno in collegamento con un altro conduce a formulare un'asserzione di carattere generale[23]: ad esempio, "chi, dopo un delitto, fugge alla vista della polizia è l'autore del delitto stesso" è una massima ragionevole basata sull'esperienza, perché di frequente si è rivelato esatto che chi fugga in simili circostanze miri a non essere identificato quale responsabile. Pertanto, ogni qualvolta un soggetto sia scoperto a fuggire in presenza di agenti

[19] Conclusivamente: "non sarà però raccomandato abbastanza di scindere in due le principali ricerche relative all'indizio: una prima attiene all'accertamento preciso della circostanza indiziante, in sé stessa, così come si accertano gli elementi diretti. Il dato di fatto deve essere certo, sicuro, inoppugnabile perché da esso sia lecito prender le mosse di ogni ulteriore ricerca e di ogni valutazione"; così GUGL. SABATINI, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, vol. II, Catanzaro, 1911, pp. 152 e ss..

[20] Vedi *supra* § 1.

[21] STEIN, *Das private Wissen der Richters*, Lepizig, 1893, p. 21, tradotto in C. LEONE, *Contributo allo studio delle massime d'esperienza e dei fatti notori*, in *Annali dell'Università di Bari*, 1954, p. 5.

[22] Che si tratti in realtà di procedimento induttivo, e non deduttivo, si ricava proprio da questa definizione dello Stein; propone il medesimo rilievo anche NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 131.

[23] NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit., p. 214. In giurisprudenza vedi Assise Bologna, 18 dicembre 1985, Petrelli, in *Crit. pen.*, 1986, p. 90.

di polizia accorsi sul luogo di un delitto, tale fuga sarà indizio di reità[24]: data la massima di esperienza che si è fornita quale esempio, il caso concreto è così interpretato alla stregua di una regola generale.

La lettura dell'ipotesi particolare, dunque, appare quale risultato di un'operazione deduttiva: la massima di esperienza è regola generale preesistente al fatto, e da essa si ricava la spiegazione del fatto concreto; lo schema è quello del sillogismo, laddove la massima fornisce la premessa maggiore e il fatto concreto noto la premessa minore, così da giungere alla conclusione della scoperta del dato ignoto[25].

Al riguardo, si assiste talora in dottrina ad una certa confusione concettuale, laddove si attribuisca *tout court* natura deduttiva o induttiva[26] alla presunzione semplice; in realtà, come si è tentato di chiarire, tanto l'induzione quanto la deduzione entrano in gioco nel fenomeno presuntivo: l'induzione, però, nel momento iniziale della formazione della massima di esperienza; la deduzione, invece, in quello successivo dell'applicazione della stessa al caso concreto[27].

Importante, comunque, è distinguere all'interno della categoria il procedimento che conduce alla formazione di una vera e propria massima di esperienza, rispetto a quello che consente l'individuazione di una legge universale e necessaria[28]; senza ovviamente entrare nel merito di un dibattito estesissimo e

---

[24] Restando poi tutto da verificare, ovviamente, che tale mezzo di prova fornisca anche un valido risultato di prova; tale vaglio, affidato al giudice, sarà compiuto *ex* art. 192 comma 2 c.p.p., su cui si veda più diffusamente *infra* § 5.

[25] Secondo CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 152, *sub* nota 215, "il concetto di massima d'esperienza rappresenta il cardine d'ogni tentativo, inteso ad inquadrare entro gli schemi sillogistici l'attività storiografica del giudice". FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 39, specifica trattarsi di "sillogismo teoretico", caratterizzazione che impedisce di ritenere la certezza dei suoi risultati. Secondo NAPPI, *op. cit.*, cit., p. 217, nella fase dell'applicazione della massima di esperienza al caso concreto, accanto al procedimento deduttivo si porrebbe talora quello "abduttivo" che, noto l'effetto, consente di ricostruirne la causa. La dottrina recente tende peraltro a considerare oramai sorpassata la ricostruzione in chiave sillogistica del ragionamento giudiziale: con argomenti, tuttavia, che non ci appaiono del tutto convincenti e che citeremo parzialmente nel proseguo.

[26] Propende per tale natura CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 94.

[27] Tanto si riflette anche sul piano della motivazione della decisione, ove si contrappone la parte della "giustificazione esterna", in cui si dà conto delle modalità di individuazione della massima di esperienza prescelta, e la parte della "giustificazione interna", in cui si illustra il passaggio logico dalla massima alla conclusione da adottarsi per la decisione del caso concreto; così in dottrina NAPPI, *op. cit.*, p. 214; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 6 luglio 1992, Russo.

[28] Caratteristiche proprie tanto delle leggi scientifiche, tanto delle regole logico-matematiche; in questo senso NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., p. 132.

assai complesso, è noto che anche la formulazione delle leggi della natura trovi il suo fondamento nell'osservazione costante e ripetuta della connessione tra diversi fenomeni, tale per cui possa individuarsi un collegamento necessario di causa-effetto.

E' di difficile momento la percezione del discrimine che consente di passare da una constatazione statistica ad una generalizzazione scientifica; in ogni modo, lasciando agli studiosi di epistemologia l'individuazione di tale confine e recependo in merito le indicazioni provenienti dal mondo della "scienza ufficiale", ogniqualvolta il giudice si troverà di fronte ad una regola che abbia valenza universale e non meramente empirica, il procedimento deduttivo – pur analogo nella forma – sarà di diversa pregnanza.

In tal caso, infatti, non si potrà parlare di vera presunzione, perché quanto ricavabile da una legge scientifica fondata e condivisa non sarà una mera illazione logica, ma un accertamento compiuto ed inattaccabile, se non per mezzo di altra legge maggiormente idonea a spiegare il caso concreto; pertanto, va espunto dall'ambito delle presunzioni la c.d. "presunzione necessaria"[29], ossia quella basata non su una massima di esperienza ma su una regola naturale o logica avente carattere universale[30].

In ogni modo, la natura generale, preesistente al fatto, della massima, ha suscitato anche altri ordini di considerazioni.

Innanzitutto, come accennato si è tentato di accostare le regole di esperienza al fatto notorio[31]: come questo, anche quelle consentirebbero al giudice di evadere

[29] Così RAMPONI, *La teoria generale*, cit., p. 13, che contrappone un "rapporto naturalmente necessario" ad uno "razionalmente probabile". Già Epitteto, *Dissertationes ab Arriano digestae* I, 25, I, contrapponeva le αποδείξεις, asserzioni inconfutabili di valenza universale, alle προλήψεις, inferenze argomentative fondate sull'esperienza.

[30] Parte della dottrina ritiene comunque che anche le leggi scientifiche siano massime di esperienza, seppure connotate dalla particolare attitudine di conferire certezza: così, ad esempio, NAPPI, *op. cit.*, p. 227. Ci pare poco importante stabilire se i due fenomeni possano o meno essere ricondotti ad una categoria unitaria: quel che interessa in tal sede è solo chiarire la differenza che intercorre tra loro.

[31] Cass., sez. VI, 7 febbraio 1995, Cerciello, ha definito il fatto notorio come ciò "la cui conoscenza fa parte della cultura normale della generalità".

dalle strettoie probatorie processuali, attingendo fuori dal procedimento le conoscenze necessarie alla decisione[32].

Tuttavia, tale equiparazione pecca per eccesso e per difetto.

Una massima di esperienza, infatti, non necessariamente appartiene alla cultura comune della collettività, giudice compreso[33]; tuttavia, può essere utilizzata anche se non conosciuta dal giudice, se una delle parti dia prova della sua sussistenza o se il giudice disponga in tal senso un'indagine dall'esito positivo[34]; allo stesso modo, la notorietà di una massima non vale a conferirle piena attendibilità, se risulti smentita per il caso concreto[35].

Pertanto, l'eventuale appartenenza di regole siffatte ad un patrimonio di conoscenza comune non vale quale caratteristica qualificante della categoria; piuttosto, sarà la notorietà della massima a consentirne un'applicazione che prescinda dal suo accertamento: ma in quanto notoria, non in quanto massima di esperienza.

In altre parole, resta fermo che il fatto notorio ha rilevanza processuale anche in assenza di dimostrazione; con la precisazione, però, che ciò vale tanto per i fatti storici, tanto per le regole empiriche utili alla valutazione della prova: entrambi accomunati sotto la medesima etichetta, quando ne posseggono i requisiti; nel caso negativo, invece, essi abbisogneranno di uno specifico accertamento.

In secondo luogo, si è affermato che le massime di esperienza porrebbero indebiti limiti al libero convincimento del giudice, strumento di giudizio oramai prevalente rispetto al sorpassato regime di prova legale[36]; le regole empiriche,

---

[32] Così ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 9; BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Torino, 1965, pp. 245 e 258; G. A. MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, p. 286; anche per C. LEONE, *Contributo allo studio*, cit., p. 18, le massime non formerebbero oggetto di prova. Evidenzia invece le differenze intercorrenti VERDE, voce *Prova*, cit., p. 619.

[33] In questo senso NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., p. 144.

[34] ID., *op. cit.*, p. 145.

[35] D'altra parte il fatto notorio, e dunque anche le massime di esperienza, hanno valenza non in quanto "noti", ma in quanto "veri": così NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., p. 137.

[36] MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, *passim*; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 307; in giurisprudenza, già sotto la vigenza del codice abrogato, si affermava la libertà del giudice nella valutazione della prova, escludendo l'esistenza di qualsiasi precostituzione legale delle regole logiche o di esperienza che consentono di passare dal fatto probatorio al fatto da provare: in questo senso Cass., sez. I, 11 luglio 1985, Gentile.

infatti, vengono utilizzate nell'ambito del c.d. metodo sillogistico, costituendo la premessa maggiore del ragionamento giudiziale; tuttavia, la generalizzazione inerente al procedimento di formazione delle massime comporterebbe una loro cristallizzazione e sclerotizzazione: esse perverrebbero così al giudice in guisa tale che egli ne resti vincolato, col risultato di subordinare l'accertamento del caso concreto all'esperienza passata, e di sostituire la libera ricerca giudiziale con una regola formatasi fuori dal processo. Il che, si afferma, sarebbe fenomeno analogo all'ossequio imposto alla regola legislativa imposta in vigenza della prova legale[37].

Al contrario, sempre a parere di questa dottrina, non si dovrebbero tralasciare le specificità del caso concreto: questo è l'unico fenomeno meritevole di essere analizzato[38], che va affrontato prescindendo dai condizionamenti dell'esperienza passata, priva di valore decisivo perché né ferma né immutabile[39]; la regola applicabile al caso in oggetto non preesiste ad esso, ma può essere ricostruita solo a valutazione compiuta[40], ed ogni astrazione corrisponde ad una vera e propria finzione[41].

Tale attacco alle massime di esperienza è un attacco allo stesso metodo sillogistico e alla logica aristotelica[42], che pretenderebbe di instaurare "un circolo fatto di parole, dal quale restano sempre fuori i fatti che solo contano per il diritto"[43], e a cui si contrappone una visione empiricamente orientata, cui si è fatto poco sopra cenno.

Tuttavia, si è correttamente obiettato che "un alto grado di astrazione resta ineliminabile dal diritto"[44]: le massime di esperienza sarebbero regole per la

---

[37] MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., pp. 101 ss..
[38] CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 56; CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienze, verità*, ora in *Opere*, vol. V, 1959, p. 17.
[39] MASSA, *op. cit.*, p. 105.
[40] ID., *op. cit.*, p. 84. Nello stesso senso VERDE, voce *Prova*, cit., p. 585, secondo cui il giudice – nell'utilizzo delle massime di esperienza – si avvarrebbe di uno schema induttivo, solo *a posteriori* traducibile come deduttivo.
[41] MASSA, *op. cit.*, p. 77.
[42] Così ritiene NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., p. 163.
[43] J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1949, p. 57, citato da MASSA, *op. cit.*, p. 19, *sub* nota 25.
[44] LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 563.

razionale valutazione della prova[45], in quanto tali astratte, seppure induttivamente ricavate dall'osservazione di una serie di casi concreti[46]; pertanto, l'utilizzazione dello schema sillogistico non significa acritica accettazione di conoscenze generali e astratte, poiché resta impregiudicata la questione dell'attendibilità scientifica od empirica della premessa maggiore[47].

In quest'ottica, inesatta si rivela l'opinione di chi ritiene che l'uso della deduzione si traduca nell'indifferenza verso il caso concreto: come accennato, le massime non nascono "dall'alto", non poggiano su considerazioni teoriche avulse dall'esperienza; al contrario, le regole si formano sulla base di un'osservazione costante di casi analoghi, sono "frutto esse stesse di un precedente conoscere induttivo, sottoposto alla relatività ed alla storicità"[48].

La vera finzione, a nostro avviso, è quella di ritenere soddisfatta l'istanza empirista utilizzando soltanto gli strumenti dell'induzione: come è possibile, infatti, risalire dal caso concreto alla valutazione dello stesso per via induttiva, se non accostandolo ad altri casi? E donde provengono tali episodi analoghi, se non dal passato? In altre parole, coscientemente o meno, la lettura del presente deriva sempre dagli schemi acquisiti dall'osservazione dei precedenti, come una lente che dà forma all'indistinguibile.

Ancora, bisogna peraltro ribadire la natura della massima di esperienza come regola *sui generis*, sfornita di vincolatività perché sfornita di necessarietà. Essa è sì generale ed astratta, ma non universale; ci dice cosa accade spesso, ma non sempre[49]; l'esperienza mostra sovente deviazioni dall'usuale, tale da rendere impossibile una riduzione unitaria dei processi storici[50].

---

[45] CARNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639; nello stesso senso anche SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 74, secondo cui l'esperienza fornirebbe un apporto naturale ed insostituibile in ogni giudizio di fatto.

[46] Al riguardo, CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 179, esplicita tale connessione affermando che "l'astrazione non si stacca dal concreto, tiene il segreto del concreto".

[47] In tal senso NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., p. 175.

[48] Così ID., *op. cit.*, p. 178.

[49] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 8: la massima d'esperienza indica quel che accade *plerumque*, ma non *universe*.

[50] Senza contare, poi, la più generale considerazione per cui il ragionamento dell'uomo non sia sempre riconducibile a schemi predefiniti e virtuosi, e resti ineliminabile l'alea di un procedimento logico fallace: "tutto ciò che si può dire per giustificare l'intrusione dell'elemento irrazionale nelle convinzioni

Ma se questa è la premessa teorica da cui partire, le critiche mosse alle massime di esperienza appaiono puntare sul bersaglio sbagliato, manifestando una sopravvalutazione della valenza probatoria delle stesse; infatti, nessuno nega la precarietà e l'approssimazione delle regole empiriche, e dunque dei risultati da esse ottenibili, se non valutati con la doverosa attenzione[51]; pertanto, esse non imbrigliano la valutazione giudiziale, perché proprio al giudice è affidato il compito di individuare le massime applicabili al caso di specie, confrontarle, prescegliere la più idonea a spiegare il fenomeno concreto, verificarne la resistenza rispetto ad ipotesi contrapposte e la concordanza con altri elementi eventualmente già acquisiti.

Al giudicante è richiesta la razionalità di tale procedimento[52], e non certo l'adesione acritica ad una massima prestabilita; nessuno potrà censurare il mancato ossequio ad una regola empirica, ma solo la logicità delle operazioni compiute[53]; pertanto, non si assiste ad alcuna surrettizia reintroduzione degli schemi tipici della prova legale, a meno che non si voglia affermare che libero convincimento del giudice debba significare arbitrio decisionale e licenza di violare i canoni che la comune logica impone.

Quanto sostenuto sinora ci consente anche di rifiutare la distinzione tra vere e proprie massime di esperienza e "criteri tendenziali di comportamento", così come dato invece ad intendere anche da chi riconosce l'utilità delle regole empiriche[54]: si afferma, infatti, che i secondi avrebbero natura solo probabilistica,

---

giudiziarie, è che anche il giudice è un uomo […]. Non bisogna perciò tentare di spiegare *perché* il convincimento si formi. Queste leggi sono al di sopra di noi"; così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 14, in aderenza con le sue premesse circa il fondamento più fideistico che razionale del convincimento del giudice.

[51] Non a caso, il codice civile e quello penale non accettano presunzioni o indizi che non siano "gravi, precisi e concordanti".

[52] NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit., p. 211.

[53] Pur potendosi censurare l'adozione di una certa massima di esperienza, ma solo nella misura in cui ciò contrasti "con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento": così Cass., sez. II, 21 dicembre 1993, Modesto. Ma all'infuori di questo caso, la decisione sarebbe viziata quando "il giudice, partendo da premesse accettabili, sia pervenuto a conclusioni aberranti al lume della logica comune, sicché difetti ogni nesso razionale tra premesse e conclusioni": in questo senso Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke.

[54] Ci riferiamo a NOBILI, *Nuove polemiche*, cit. p. 184.

e dunque non vincolante per il giudice[55]; tale opinione, però, mostra un'incomprensione del fenomeno delle massime di esperienza, che si pretenderebbero universalmente valide: il che non le distinguerebbe affatto dalle leggi scientifiche[56], che invece hanno diverso ambito ed incidenza; e renderebbe del tutto inconferente la disciplina di indizi e presunzioni semplici, nella misura in cui non avrebbe senso richiedere gravità, precisione e concordanza degli stessi laddove essi trovino fondamento in una legge scientifica, in quanto tale idonea a rendere autosufficiente ogni illazione indiziaria o presuntiva.

5. *L'accertamento del fatto ignoto: l'art. 192 comma 2 c.p.p.*. – La conclusione del sillogismo consente di pervenire, partendo dal fatto noto e per il tramite della massima di esperienza, all'accertamento del fatto ignoto.

Tuttavia, si è chiarito che la massima non ha valenza universale, e dunque non fornisce risposte certe; più correttamente, dal grado di verificazione della premessa maggiore (la regola empirica) discende specularmente il grado di verificabilità della conclusione: quanto più la massima trovi rispondenza in un elevato numero di casi, tanto più certa sarà la deduzione del fatto ignoto da quello noto; e viceversa[57].

E' questa, in fondo, la ragione della cautela con cui da sempre i giuristi hanno guardato alla prova indiziaria, ritenuta sì indispensabile laddove mancasse la rappresentazione diretta dell'accaduto, ma allo stesso tempo equivoca, perché suscettibile di condurre a risultati di dubbia consistenza.

Conseguentemente, la prassi e la legge hanno tentato di incanalare l'utilizzo dello strumento presuntivo in binari rassicuranti, catalogando gli indizi in base alla loro rilevanza o richiedendo garanzie circa la loro persuasività.

---

[55] ID., *op. cit.*, p. 185.

[56] Esplicitamente ID., *op. cit.*, p. 184.

[57] Riteniamo peraltro di poter tranquillamente dissentire dall'opinione di DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, tomo V, libro III, tit. VI, sez. IV, *Delle presunzioni*, che fa dipendere la sicurezza dell'accertamento presuntivo non dal grado di affidabilità della massima, ma dal grado di evidenza del fatto noto: "la certezza e l'incertezza delle presunzioni e la forza che possono avere per servire di prova dipendono dalla certezza o dalla incertezza dei fatti da cui esse si ricavano". Al contrario, come evidenziato *supra*, § 3, il fatto noto deve essere assolutamente certo, altrimenti il meccanismo presuntivo non può essere messo in moto.

Tale è anche la strada attualmente percorsa dal legislatore italiano, che all'art. 2729 c.c. prima e all'art. 192 comma 2 c.p.p. poi, ha scelto di subordinare l'utilizzabilità della prova indiziaria a requisiti idonei a conferire attendibilità al procedimento valutativo: in particolare, pretendendo che gli elementi indiziari siano "gravi, precisi e concordanti"[58].

Al riguardo, si è chiarito che "gravi sono gli indizi consistenti, cioè resistenti alle obiezioni e quindi attendibili e convincenti; precisi quelli non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto o più verosimile, perciò non equivoci; concordanti sono quelli che non contrastano tra loro e più ancora con altri dati o elementi certi"[59].

Una delle questioni aperte, circa l'interpretazione della disposizione legislativa, riguarda la possibilità che un solo indizio possa fondare il convincimento del giudice.

In proposito l'art. 192 comma 2 c.p.p., declinando al plurale il termine "indizi" e richiedendone la concordanza, da un punto di vista testuale pare esigere una molteplicità di elementi indiziari quale fonte di prova[60].

La giurisprudenza e la dottrina prevalente, al contrario, hanno frequentemente affermato che anche un solo indizio può giustificare la decisione[61].

---

[58] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 82, afferma che l'esperienza dei casi analoghi non sempre può essere sufficiente a formare un pieno convincimento, e dunque che le presunzioni semplici cedano il passo di fronte al dubbio. Tuttavia, riteniamo che tale soluzione non sia dovuta ad una caratteristica propria delle presunzioni semplici, ma semplicemente all'essenza di ogni prova che, combinata con la generale regola di giudizio vigente nel processo penale, attribuisce efficacia solo alla dimostrazione che raggiunga il grado della certezza. Diversamente è a dirsi nel campo civile, dove si è affermata la sufficienza che "il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza *ragionevolmente possibile*" (corsivo nostro): così Cass., sez. un. civ., 13 novembre 1996, n. 9961.

[59] Cass., sez. I, 30 gennaio 1991, Bizzantino, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2795.

[60] Per tale constatazione vedi NAPPI, *Guida al codice di procedura*, cit., p. 225. Già prima dell'introduzione del nuovo codice e della disciplina degli indizi in esso contenuto, negavano la valenza probatoria di un solo indizio MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., p. 120; GIUS. SABATINI, voce *Prova*, cit., p. 307.

[61] Per tutte vedi Cass., sez. II, 8 febbraio 1991, Ventura. In dottrina CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 612; KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, vol. XV, Roma, 1997, p. 10; in questa direzione anche l'esempio proposto da FRAMARINO DE' MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, vol. I, Torino, 1895: "fate che Tizio sia stato per un anno in America, lontano da sua moglie, rimasta in Italia; fate che in capo all'anno, al suo ritorno, trovi incinta sua moglie, non vi pare che Tizio debba esser legittimamente certo dell'adulterio?". *Contra* SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale* (a cura di Siracusano), I, Milano, 1994, p. 386; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, p. 200.

Al di là dell'esegesi della disposizione, sul piano pratico la questione può essere stemperata sol che si consideri come in realtà, coscientemente o incoscientemente, il giudici si trovi sempre a lavorare in un contesto caratterizzato da una pluralità di indizi: anche quando all'apparenza vi sia un solo fatto indiziante, in realtà esso può essere scomposto in una molteplicità di segnali rivelatori che insieme concorrono a formare il fatto noto; e sempre, in un modo o in un altro, concorrono altre spie che indirettamente corroborano il convincimento giudiziale; "la base del giudizio di fatto non è perciò mai costituita da un solo indizio (ammesso che questo non possa scindersi in una somma di altri indizi minori) ma da tutto il materiale di prova e di osservazione del giudice"[62].

Peraltro, sempre in merito alla valutazione degli indizi, si è sottolineato che essi non costituiscono addendi, ma fattori[63]: pertanto, in caso di pluralità di segni, la convergenza degli stessi produce una valenza cognitiva superiore alla somma delle probabilità singolarmente espresse da ciascuno di essi; il che, ovviamente, è constatazione assai importante relativamente alla correttezza della ricostruzione storica effettuata per via indiziaria: una molteplicità di presunzioni semplici, che separatamente prese manifestassero insufficiente forza dimostrativa, riguardate complessivamente possono palesarsi in grado di assumere un'intensa valenza probatoria[64], proprio perché la sovrapposizione e la convergenza dei fattori statistici innalza enormemente l'attendibilità del calcolo probabilistico effettuato, e riduce correlativamente la credibilità di ogni ipotesi difforme.

6. *Presunzioni semplici e istituti analoghi: le verità interinali.* – Talora si è creduto di accostare o distinguere le presunzioni semplici – e gli indizi da cui esse muovono – ad altri istituti di analoga natura e funzione.

[62] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 75.
[63] Cass., sez. un., 4 febbraio 1992, Ballan, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2662.
[64] MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, cit., p. 411, che ricorda come "*quae singula non probant, simul unita probant*"; nello stesso senso, in giurisprudenza, già Cass., 10 febbraio 1941.

Una prima correlazione è quella individuabile tra le presunzioni *hominis* e le c.d. verità interinali o provvisorie, definite anche quali "presunzioni spurie"[65].

Queste, infatti, consentirebbero al giudice di considerare sussistenti determinate circostanze, sino a che non emergano ragioni per ritenere il contrario[66]; esse si differenzierebbero dalle presunzioni perché, al contrario di queste, non necessiterebbero il sostegno di un fatto indiziante, ma poggerebbero soltanto sulla corrispondenza al corso naturale delle cose; pertanto, mentre la presunzione porterebbe ad un alleggerimento dell'onere della prova, perché consente di dimostrare la sussistenza di A anche tramite l'accertamento di B, la verità interinale comporterebbe una vera e propria dispensa a favore di chi sarebbe stato invece onerato, consentendogli di giovarsi dell'*id quod plerumque accidit*[67].

Così, ad esempio, per la prova del dolo non sarebbe necessario uno specifico accertamento, perché è conforme al naturale svolgersi degli eventi che chi agisca lo faccia volontariamente, rappresentandosi le conseguenze della propria condotta; lo stesso sarebbe a dirsi circa la dimostrazione di capacità di intendere e di volere del maggiorenne, perché il riscontro della sanità mentale nell'adulto è esperienza comune di vita[68].

Tuttavia, a prescindere dalla persuasività degli esempi proposti, e dalla effettiva possibilità di tralasciare il concreto accertamento di quegli elementi rilevanti per l'applicazione della sanzione penale, la ricostruzione proposta non appare convincente.

Intanto, già su un piano terminologico appare impropria l'espressione "verità interinale o provvisoria", a causa della contraddizione insita nel predicare la verità, per sua natura unica, con qualificazioni che ne evidenzino invece la convenzionalità e la precarietà[69].

---

[65] Così le definisce BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 241.
[66] ID., *op. loc. cit.*.
[67] ID., *op. loc. cit.*, ove afferma che "esse rispondono a una necessità psicologica che spinge il giudice a ritenere come vero e esistente ciò che è conforme al corso naturale delle cose".
[68] FLORIAN, *Presunzioni della vita comune e prova contraria*, in *Scuola pos.*, 1936, II, p. 9.
[69] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 108.

Ma soprattutto, il sorgere di una verità interinale, ed in generale il ricorso all'*id quod plerumque accidit*, non possono non fondarsi su un rapporto trilatero, su un sillogismo[70]: per potersi richiamare una massima di esperienza è necessario individuare l'elemento comune tra il caso di specie e quello disciplinato dalla regola empirica; in altre parole, sarà pur vero che una massima di esperienza insegni che chi agisca sappia quel che fa e che l'adulto sia generalmente sano di mente: ma in entrambi i casi vi è una situazione di partenza da cui inferire – sulla scorta di una regola generale applicata per deduzione al caso particolare – la sussistenza di quanto interessa (il dolo e la capacità di intendere e di volere).

Nel primo esempio, relativo alla verità interinale o provvisoria di dolo[71], il fatto indiziante è dato dalla stessa condotta del reo: la massima di esperienza, adeguatamente scomposta nei suoi elementi costitutivi, ci dice in realtà che, laddove vi sia una condotta umana, chi l'ha posta in essere lo abbia fatto consapevolmente e con cognizione delle conseguenze; si tratta di un'osservazione empirica, che consente di indurre – da una molteplicità di condotte sorrette da dolo – la regola generale che all'agire dell'uomo si accompagni anche la volontarietà; pertanto, ogniqualvolta il giudice si trovi di fronte una condotta umana, egli inferirà da tale elemento indiziante, collegato alla massima che precede, il dolo dell'agente.

E' comprensibile la ragione della svista in cui è incorsa la dottrina che ha invece ritenuto insussistente il fatto indiziante: questo, in effetti, è "nascosto" *all'interno* del fatto tipico[72], e pertanto, accertata la ricorrenza dell'elemento oggettivo, sembra non esservi necessità di prova né di quello soggettivo, né di altro fatto indiziante che si sostituisca a quello supposto; come visto, però, non perché l'indizio non ci sia, ma perché già provato[73]!

---

[70] SARACENO, *op. cit.*, p. 85.

[71] Si cui si veda *infra*, cap. V, § 5.

[72] E' di SARACENO, *op. loc. cit.*, il merito di aver individuato all'interno della stessa fattispecie tipica il fatto indiziante posto alla base della verità interinale.

[73] Secondo FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 6, "s'intende bene che qui non si tratta di presunzioni, ma la questione è che la prova appare inutile".

In altre parole, poiché è la condotta il fatto indiziante del dolo, una volta provato l'elemento oggettivo di cui la condotta fa parte, appare esservi una mera dispensa dalla prova dell'elemento soggettivo; ma l'apparenza non deve far dimenticare che tale prova vi è stata: accertando la sussistenza della condotta, il giudice ha riscontrato direttamente la presenza dell'elemento materiale nonché indirettamente (per presunzione) di quello psichico; schematizzando, data la fattispecie A + B + C e considerata la forte correlazione tra la sussistenza di A + B e la sussistenza di C, al ricorrere di A + B si ritiene logicamente esistente anche C.

Nel secondo esempio, relativo alla capacità del maggiorenne[74], richiamare l'istituto della verità interinale sembra ancor più improprio: in questo caso il fatto indiziante è ben visibile, perché esterno alla fattispecie; la sanità psichica, infatti, è desunta dall'indizio della maggiore età, perché esperienza insegna che l'adulto sia generalmente *compos sui*: in questo caso, pertanto, siamo in presenza di una vera e propria presunzione semplice.

Correttamente, dunque, vi è chi ha ritenuto di ridimensionare le differenze tra presunzioni semplici e verità interinali, chiarendo appunto solo la diversa posizione strutturale dell'elemento indiziante nei due casi: nel primo, essendo esterno alla fattispecie, dimostrerebbe la presenza del fatto presunto; nel secondo, essendo interno, oltre a costituire già di per sé elemento essenziale, integrerebbe anche la prova della ricorrenza di un altro elemento[75]; l'utilizzo del sillogismo, però, consciamente o inconsciamente, resterebbe sempre indispensabile[76].

Un fenomeno analogo, peraltro, si è già riscontrato in precedenza[77]: anche nel caso delle presunzioni legali, infatti, l'elemento presunto in taluni casi viene dedotto da un fatto noto esterno alla fattispecie (presunzioni legali proprie), in

[74] Si cui vedi *infra*, cap. V, § 7.

[75] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 86, che preferisce perciò distinguere, piuttosto che tra presunzioni semplici e verità interinali, tra presunzioni indiziarie e presunzioni integrative.

[76] Così CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 96 s., secondo cui "verità interinale [sia] sinonimo di presunzione semplice; qui si rintraccia immancabilmente un ragionamento di stile induttivo, sia pure inespresso od ellitticamente formulato in sentenza"; pertanto, "ci muoviamo sul terreno della 'maieutica' intesa alla ricostruzione del fatto, e non su quello della regola decisoria".

[77] Si veda *supra* cap. I § 7 e cap. II § 1.

altre (presunzioni legali improprie) è desunto da un elemento interno alla stessa o semplicemente non richiesto. Tale ultimo fenomeno, che la dottrina sinora criticata ravvisa – fuor dai casi di previsione legale – nell'ipotesi della verità interinale, non è però concepibile in assenza di una disposizione legislativa: mentre la norma giuridica ha la forza di dispensare dalla prova di un fatto "senza richiedere alcunché in cambio", il giudice non potrebbe mai ritenere superflua la dimostrazione di un elemento ritenuto essenziale dalla legge; egli potrà logicamente ricavarlo da un altro elemento, esterno (presunzione eterodotta o indiziaria) o interno (presunzione omodotta o integrativa)[78] rispetto alla fattispecie, ma non potrà ignorarlo: ciò può consentirlo la legge, ma non la logica.

Dunque, il parallelismo tra presunzioni legali e semplici è riscontrabile solo accomunando da una parte presunzioni proprie e presunzioni indiziarie, e dall'altra presunzioni improprie e presunzioni integrative; solo tra le legali, però, saranno individuabili presunzioni improprie prive di un fatto indiziante.

7. *(segue): la prova* prima facie. – Altra ipotesi per alcuni versi accomunabile a quella della presunzione di fatto è quella della c.d. prova *prima facie*.

Tale figura consentirebbe al giudice di formarsi un convincimento, valido sino a prova contraria, basato sull'apparenza della situazione propostagli, così facilitandogli il giudizio. Ciò sarebbe possibile grazie ad un procedimento in grado di risalire al fatto ignoto partendo da un fatto noto[79]; tuttavia, contrariamente che nelle presunzioni, tale fatto non sarebbe un indizio o un complesso di indizi, ma direttamente una massima di esperienza[80]: la distinzione, dunque, starebbe nella fonte del convincimento, perché esso sarebbe raggiunto "attraverso l'esperienza anziché attraverso gli indizi"[81].

[78] Per questa terminologia si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 86.
[79] PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, p. 15.
[80] PISTOLESE, *op. cit.*, p. 42.
[81] Così PISTOLESE, *op. cit.*, p. 83.

La descrizione dell'istituto non appare dissimile a quella relativa alle verità interinali: anche lì, infatti, si pretendeva di raggiungere la prova di un fatto tramite una massima di esperienza, senza però ancorarla ad un elemento indiziario.

Valgono, dunque, le medesime obiezioni avanzate a quel proposito[82].

Innanzitutto, l'improprietà terminologica dell'espressione prova *prima facie*, laddove il termine prova rimanda ad un accertamento compiuto e convincente, che viene però contraddetto dalla qualificazione *prima facie*, che lascia intravedere altre tappe al di là dell'approdo che la nozione di prova vorrebbe definitivo[83].

Poi, si è già illustrata l'impossibilità di fornire una prova critica con la sola massima di esperienza, pretesa "inconcepibile come voler fare un sillogismo con una sola premessa o volere camminare, senza saltare, con un solo piede"[84]: il punto di appoggio dell'indizio è sempre necessario, per far funzionare la leva della regola empirica; e questa, di per sé, non può mai costituire fatto noto indiziante[85].

Anche per la prova *prima facie*, peraltro, l'equivoco è disceso dal non essersi avveduti che la circostanza indiziante c'è, ma si trova all'interno della fattispecie[86]; pertanto, appare certamente più corretto ricollegare il fenomeno in esame a quello delle presunzioni (semplici) integrative, in quanto parte della fattispecie è in grado per le sue caratteristiche di fornire argomento di prova per la restante.

Appare dunque errato distinguere in ordine al grado di certezza raggiungibile tramite prova *prima facie* o prova presuntiva[87]: la posizione dell'indizio, infatti,

---

[82] Vedi *supra* § 6. In senso critico rispetto a tale figura si vedano anche le argomentazioni riportate in G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., pp. 206 ss..

[83] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 108.

[84] In questi termini SARACENO, *op. cit.*, p. 112.

[85] ID., *op. cit.*, p. 111.

[86] ID., *op. cit.*, p. 112.

[87] Così, invece, PISTOLESE, *op. cit.*, p. 74, secondo cui la prova *prima facie*, a differenza di quella presuntiva, non consentirebbe mai di raggiungere il pieno convincimento; il che, peraltro, porterebbe di massima a ritenere tale istituto incompatibile con la materia penale, dove una prova insufficiente non potrebbe mai giungere a fondare una decisione di merito definitiva sfavorevole al reo.

nulla toglie all'efficacia persuasiva del ragionamento, che resta la medesima in entrambi i casi[88].

Ciò non toglie, tuttavia, che possano costruirsi diverse figure a seconda dell'idoneità a persuadere: ritenendo propriamente probatorie quelle capaci di condurre alla certezza, e soltanto surrogatorie quelle che, in assenza di certezza, potrebbero essere utilizzate dal giudice per la decisione in quanto comunque portatrici di una probabile verità[89]; ma, come più volte ripetuto, indipendentemente dal fattore del tutto estrinseco della posizione dell'indizio nella struttura della fattispecie; e sempre, ovviamente, nella misura in cui un dato ordinamento accetti che la decisione venga presa sulla base del criterio del "più probabile che non".

Pertanto, nulla di nuovo apporta la teoria della prove *prima facie*; né di certo esse "aprono un nuovo cammino nel campo delle presunzioni semplici"[90], come auspicato dall'Autore che per primo introdusse in Italia tale nozione, di derivazione germanica[91].

8. *(segue): la prova* levior. – Infine, attinenza con gli indizi presenta la materia della c.d. prova *levior*.

Essa avrebbe rilievo in tutti quei casi in cui, per la produzione di determinati effetti, il legislatore non esiga la prova certa della sussistenza di una fattispecie, ma si accontenti di un accertamento attenuato, parziale e dall'esito non completamente persuasivo[92].

Guardando all'ordinamento penale, ad esempio, ciò avverrebbe in tema di applicazione di misure cautelari, dove la legge non richiede la prova definitiva della responsabilità dell'indagato, ritenendo sufficienti "gravi indizi di

[88] SARACENO, *op. cit.*, p. 113.
[89] ID., *op. cit.*, p. 116.
[90] PISTOLESE, *op. cit.*, p. 43.
[91] Tale figura ha assunto rilievo anche nel processo inglese; in merito si veda G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 206, in particolare *sub* nota 88.
[92] Per la nozione di prova *levior* si veda SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 118 ss.; in argomento si veda anche BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 352;

colpevolezza" (art. 273 c.p.p.)[93]; il raggiungimento della stessa soglia è richiesta per la concessione dell'estradizione (art. 705 c.p.p.); "gravi indizi di reato", invece, legittimano l'autorizzazione a intercettare comunicazioni private (art. 267 c.p.p.).

In questi casi, in effetti, abbiamo quale presupposto non una prova certa, ma un materiale istruttorio che – soprattutto in dipendenza della fase procedimentale in cui compare – è ancora caratterizzato da provvisorietà; invero si richiede al giudice un intervento decisorio in un momento in cui non può essergli data piena cognizione della vicenda, vuoi per l'urgenza che caratterizza il procedimento cautelare (art. 273 c.p.p.), vuoi per la parzialità che contraddistingue la fase iniziale delle indagini (art. 267 c.p.p.), vuoi per l'affidamento che l'autorità giudiziaria italiana deve talvolta riporre nel provvedimento giurisdizionale straniero (art. 705 c.p.p.)[94].

Se dunque deve negarsi che nel campo penale l'unico *standard* probatorio produttivo di effetti sia quello della "certezza", deve comunque escludersi che la tematica abbia realmente a che fare con gli indizi, intesi quali fatti noti posti a base delle presunzioni semplici; come accennato *supra*[95], il termine "indizi" adoperato nelle norme citate non deve ingannare: in questo caso essi rappresentano meri segnali, provvisoriamente raccolti e valutati, della sussistenza di una situazione di fatto giuridicamente (e penalmente) rilevante.

L'espressione è dunque utilizzata in senso assai più generico di quanto abbiamo fatto sinora: non come fondamento della sola prova critica, non come fatto noto intorno cui costruire il sillogismo giudiziario, ma come "indice" della colpevolezza o del reato, indifferentemente dalla qualità o dal tipo di fonte; indizio, dunque, in questa diversa accezione potrà essere anche una testimonianza o un documento, istituti che nella teoria delle prove non potremmo che collocare fuori della prova critica e all'interno della rappresentativa o storica.

---

[93] Per tale esempio, pur sotto la vigenza del vecchio codice, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 119 s..

[94] Per la *ratio* della previsione della sufficienza di una prova *levior* si veda ID., *op. cit.*, p. 123.

[95] Vedi § 2.

Inoltre, oltre che più ampia, tale nozione è anche meno rigorosa: si è più volte ribadito che indizio, di per sé, non significa fonte probatoria meno efficace, ma solo meno "diretta"; una prova è tale quando è idonea a fissare il fatto formale, indipendentemente dalla sua natura, libera o legale, rappresentativa o critica; in questi esempi di prova *levior*, invece, "indizio" (per quanto richiesto "grave") è idealmente contrapposto a "prova", costituendo il significante di un accertamento incompleto o interinale, quanto incompleto o interinale si manifesta il provvedimento da adottarsi.

Insomma, alla luce di tutte le considerazioni svolte sinora deve ammettersi l'ambiguità del termine indizio, riconoscendo che esso assume quantomeno due distinti significati; ciò, tuttavia, non rende affini i due fenomeni rappresentati col medesimo lemma, se non per la contingente circostanza della comune denominazione.

E neanche tale punto di contatto, invece, sarebbe dato in quei casi in cui la prova *levior* sia introdotta dal legislatore sulla base di un accertamento che poggi su *standard* probatori sì meno stringenti, ma espressi con locuzione diversa da "indizi": ad esempio, all'art. 1 della l. n. 1423/1956, ove l'applicazione delle misure di prevenzione è subordinata alla ricorrenza di "elementi di fatto", in virtù dei quali poter ritenere la sussistenza di determinati condizioni personali in capo al proposto.

Infine, un altro ambito di rilevanza della prova *levior*, come già visto[96], emerge in virtù della regola di giudizio di cui agli artt. 529 c.p.p. e ss., laddove l'incertezza circa un elemento negativo della fattispecie è comunque sufficiente all'operatività del fattore che esclude la punibilità; pertanto, può dirsi che in tali casi l'imputato abbia un onere di ingenerare il dubbio, od anche l'onere di una prova *levior*.

[96] *Supra* cap. II, § 5.

In tal caso, così come negli esempi illustrati in precedenza, sarà certo possibile individuare una regola di giudizio diversa e derogatoria[97] rispetto a quella imposta dagli artt. 530 e 533 c.p.p. per gli elementi costitutivi, e dunque un "surrogato processuale della certezza"[98]; ma il fenomeno non avrà nulla a che vedere né con le presunzioni semplici, né con gli indizi da cui esse traggono vita. Tuttavia, esso varrà a confermare l'insufficienza di un concetto di prova inteso a valorizzare esclusivamente l'apporto fornito al convincimento morale del giudice in termini di certezza: ancora una volta, ci si avvede che la fissazione formale del fatto e l'esito del giudizio dipendono da una miscela composita di prove naturali e di prove legali; di dimostrazioni piene, di dimostrazioni parziali e di dimostrazioni mancanti.

[97] ID., *op. cit.*, p. 122 evidenzia che tali "eccezioni non possono ammettersi se non sono espresse o logicamente necessarie".
[98] In questi termini esprime ID., *op. cit.*, p. 121.

CAPITOLO QUARTO

IL QUADRO COSTITUZIONALE: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA E GLI ALTRI PRINCIPI RELATIVI ALLA MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. I principi costituzionali: l'art. 27 secondo comma Cost.. – 2. L'art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio: analisi testuale. – 3. (segue) la *voluntas legis*: evoluzione storica e lavori preparatori. – 4. (segue) le conseguenze sulla legislazione ordinaria. – 5. L'art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza: le critiche tradizionali. – 6. L'interpretazione della giurisprudenza costituzionale. – 7. Considerazioni critiche e rilettura della disposizione. – 8. Il principio di offensività e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto elementi costitutivi del fatto tipico. – 9. Il principio di colpevolezza e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto l'elemento soggettivo del reato. – 10. Il principio di irretroattività della legge penale e l'applicabilità alle presunzioni legali.

1. *I principi costituzionali: l'art. 27 secondo comma Cost.*. – Si è sinora trattato di presunzioni limitando l'analisi al quadro normativo ordinario.

Ora è però doveroso ampliare la visuale comprendendo anche i principi enucleabili dalla Costituzione; nella Carta, infatti, a detta di molti si troverebbe un principio che fino ad ora abbiamo tralasciato, ma che è passibile di inserirsi nella tematica oggetto del presente studio, anche eventualmente costringendo a

correggere le acquisizioni raggiunte sulla scorta di una teoria generale delle presunzioni e dell'onere della prova fondati sulla sola legge ordinaria: si tratta, come ovvio, della c.d. presunzione di innocenza[1], che si ritiene introdotta dall'art. 27 secondo comma Cost..

Tale presunzione rivestirebbe un'importanza centrale per due ordine di ragioni[2]: in primo luogo, perché sarebbe l'unica figura di tal fatta prevista dalla Costituzione, e dunque si rivelerebbe meritevole di attento studio se non altro per la dignità della fonte; in secondo luogo, e soprattutto, perché tale presunzione avrebbe natura per così dire generale, in quanto non disciplinerebbe una singola fattispecie ma regolerebbe l'onere della prova o comunque la regola di giudizio per *tutti* gli aspetti sottoposti al vaglio del processo penale travolgendo, quale fonte sovraordinata, ogni altra regola difforme, anche se discendente da specifiche presunzioni di volta in volta previste dal legislatore.

E' dunque ineludibile un'attenta analisi della disposizione costituzionale citata al fine di chiarire se essa sancisca o meno tale presunzione: in caso positivo, infatti, essa sarebbe il "punto di partenza, obbligato e di fondo, nella risoluzione del problema"[3] dell'onere della prova, poiché, rispettando la gerarchia delle norme e la *vis* cogente della fonte sovraordinata, ci troveremo costretti ad auspicare l'espunzione dall'ordinamento positivo e dal "diritto vivente" di ogni illegittima deroga che ponga a carico dell'imputato il seppur minimo onere di palesare la propria innocenza; nel caso negativo, invece, dovremo ritenere la formula "presunzione di innocenza" meramente simbolica e tralaticia, utilizzabile solo con l'avvertenza che si tratti di superfetazione linguistica priva di valore tecnico vincolante.

2. *L'art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza*

[1] La sussistenza di tale presunzione veniva talora affermata in dottrina anche prima dell'introduzione della Costituzione repubblicana, o comunque a prescindere da essa; si veda ad esempio FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 254.

[2] Tralasciando le implicazioni di carattere storico, ideologico, politico, simbolico, etico: l'enfasi sulle quali è già rintracciabile in quasi tutte le trattazioni che si sono occupate dell'argomento, ma che esula dall'ambito della presente.

[3] Così GAITO, *Onere della prova*, cit, c. 518.

intesa quale regola di giudizio: analisi testuale. – Secondo parte della dottrina, l'art. 27 cpv. Cost. tramuterebbe in principio normativo un principio sino ad allora solo ideologico[4], almeno in Italia: la presunzione di innocenza dell'imputato; e tanto viene sostenuto anche da parte della giurisprudenza[5].

Tale direttiva assumerebbe storicamente un duplice significato[6]: da una parte sarebbe "regola di trattamento", vietando che l'indagato o l'imputato possa essere trattato alla stregua di un condannato sino a che la colpevolezza non sia

[4] Prima della promulgazione della Costituzione, l'affermazione del principio non emergeva da alcun testo normativo; la sua introduzione era tuttavia propugnata, sulla scia del pensiero illuminista, dagli studiosi appartenenti alla c.d. Scuola Classica, come ad esempio CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, Lucca, 1863, § 828, p. 378; LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, p. 15. *Contra*, invece, la c.d. Scuola Positiva: si veda GAROFALO, *La custodia preventiva*, in *Scuola pos.*, 1892, II, p. 199, e, in parte, E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884, pp. 429 ss..

[5] Per la giurisprudenza di merito, si veda ad esempio Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3025 ss., con nota di MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*; Trib. Trieste, sez. riesame, 28 dicembre 2006, R.M., in *Corr. mer.*, 2007, p. 1174, con nota di RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio*.

[6] La natura duplice che tale presunzione potrebbe assumere è pacificamente affermata in dottrina; per tutti, si veda G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, p. 474, e PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 674. Peraltro, parte della dottrina fa discendere dal principio anche un terzo profilo: quello della "regola della dignità della prova", per cui il superamento della presunzione di innocenza potrebbe avvenire solo a seguito di un accertamento oggettivamente resistente ad un esame basato sulle leggi del pensiero e dell'esperienza: in questo senso MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 979; tale corollario è stato proposto da parte della dottrina tedesca, secondo cui "la presunzione di innocenza opera come regola della prova, quando il giudice condanna nonostante abbia dei dubbi, e come regola della dignità della prova, quando egli non ha dubbi, ma avrebbe dovuto averli": così STREE, *In dubio pro reo*, Tübingen, 1962, p. 39, citato e tradotto da MAUGERI, *op. cit.*, p. 979. Tuttavia, tale regola non ci sembra del tutto autonoma rispetto a quella di giudizio: non ha infatti portata precettiva verso il legislatore, che può e deve pretendere per la condanna il superamento del dubbio, ma non può "costringere materialmente" il giudice a decidere correttamente, ossia ad avere dubbi quando è opportuno averli; e non è regola neanche per il giudice, che sempre decide secondo la propria coscienza individuale, sebbene alla luce di massime di esperienza condivise e condivisibili; e così, anche il giudice di secondo grado che, nel riesaminare una condanna inflitta da quello di prime cure, sia incerto circa la colpevolezza dell'appellante, non lo assolve perché il tribunale sarebbe dovuto essere dubbioso, ma semplicemente perché egli stesso, dubbioso, applica la presunzione di innocenza quale regola di giudizio. Se dunque un significato autonomo può essere attribuito a tale terza regola, è solo quello di imporre che il giudizio sia ancorato a massime di esperienza e non all'arbitrio del magistrato: il che, però, non pare un corollario della presunzione di innocenza, ma solo una imprescindibile direttiva inerente alla funzione pubblica del processo, che in quanto tale richiede l'aderenza a schemi decisori logici e ragionevoli, che rappresentino così la collettività e non solo la persona fisica del giudice.

Ed ancora, un quarto profilo sarebbe la "regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in via processuale", ossia il divieto di pervenire a condanna sulla base di elementi formatisi fuori dal processo e che non abbiano ivi trovato apposita conferma: così sempre MAUGERI, *op. cit.*, p. 980. Anche tale corollario pare esorbitare dall'art. 27 secondo comma Cost., e semmai discendere dall'art. 24 che sancisce il diritto di difesa dell'individuo in ogni stato e grado del procedimento, diritto che sarebbe ovviamente vanificato ove taluni elementi concorressero a fissare formalmente il fatto fuori da ogni contraddittorio.

stata accertata con sentenza definitiva[7]; dall'altra – ed è l'aspetto che solo interessa la presente trattazione e che verrà qui di seguito affrontato –, costituirebbe anche "regola di giudizio", attribuendo all'accusa l'onere di provare la responsabilità dell'imputato[8], e comunque imponendo una decisione assolutoria in caso di dubbio sulla sua colpevolezza[9].

Il riconoscimento del principio, per la verità, si farebbe strada per via interpretativa: la disposizione citata, infatti, non riporta esplicitamente la nota formula, ma si limita a sancire che "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"[10].

Tale proclamazione legislativa si è rivelata, a parere di alcuni, "tecnicamente poco felice e ideologicamente ambigua"[11]; ma a prescindere della bontà tecnica dell'enunciato, il principio è stato comunque ricavato attraverso la verifica della valenza sinonimica dell'espressione utilizzata rispetto alla formula tradizionale, o comunque della identità quanto agli effetti che ne discendono.

A tal fine, si è rivelata necessaria preliminarmente un'operazione di "purificazione del linguaggio", prima tappa verso l'esatta interpretazione della disposizione[12]: comprendere, dunque, se "non è considerato colpevole"

---

[7] In argomento, per tutti, si veda PAULESU, voce *Presunzione*, cit., pp. 677 ss., con gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[8] L'innocenza dell'imputato sarebbe oggetto di una "presunzione *iuris*, sino a prova contraria, sino a che non sia dimostrata la verità dell'imputazione": così LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 15; nello stesso senso anche GAITO, *Onere della prova*, cit, c. 521. *Contra* PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 675, secondo cui "il termine 'presunzione' non è mai stato adoperato, con riferimento al principio di non colpevolezza, nel significato tecnico di "presunzione giudiziale'. bensì come espressione capace di riassumere, meglio di altre locuzioni, una serie di valori idonei a rappresentare un preciso orientamento legislativo fondamentalmente 'liberale' nei confronti dell'imputato"; tale considerazione, rinvenibile anche nel pensiero di altri Autori, ci appare troppo generica: sul versante della regola di giudizio, la presunzione di innocenza ha un senso e un valore precettivo solo nella misura in cui assuma il rigore del suo significato tecnico. Il che non esclude che essa possa, a cagione della sua importanza, *anche* rilevare quale direttiva politica ed assurgere a principio ordinamentale, passibile di ulteriori implicazioni sistematiche.

[9] Argomenta STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, in *Commento al codice di procedura penale* (a cura di Mortara e altri), vol. III, Torino, 1915, p. 192, che "la coscienza comune ha suggerito il criterio di giustizia che nel dubbio non si condanni; ciò equivale a presumere l'innocenza".

[10] Evidenzia tale aspetto V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1169, che correttamente inizia la propria analisi dal dato testuale della "considerazione di non colpevolezza".

[11] In questi termini PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 672.

[12] Sottolinea la connessione tra analisi del linguaggio e interpretazione BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, ora in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di Scarpelli), Milano, 1976,

equivalesse a "è presunto innocente"; il che, scomponendo i termini della proposizione, significava accertare se "considerato" corrispondesse a "presunto", e se "non colpevole" corrispondesse a "innocente"[13].

Quanto alla prima coppia di termini, i due lemmi assumono nel linguaggio comune un significato talvolta sovrapponibile; tuttavia, non potrebbe obiettarsi che in quello tecnico la parola "presunzione", sostantivazione del verbo "presumere", assuma una valenza assai specifica, quale significante convenzionale di una figura legale ben precisa: il costituente, infatti, avrebbe volutamente utilizzato un'espressione più generica al fine di sfuggire alle critiche della Scuola tecnico-giuridica, la quale riteneva di respingere il principio liberale sotteso alla "presunzione di innocenza" già contestando su un piano terminologico la correttezza della formula, considerata scientificamente impropria; insomma, seppure non del tutto sinonimico di "presumere", "considerare" avrebbe la funzione non di attenuare il principio, ma di ribadirlo e proteggerne da obiezioni la formulazione[14].

Quanto alla seconda coppia, si trattava di verificare se "innocente" e "non colpevole" esaurissero, nell'ambito dei possibili *status* assumibili dal cittadino in relazione al procedimento penale che lo vede coinvolto, l'intero campo semantico; data infatti la certa incompatibilità tra i due termini – atteso che chi è innocente non può essere colpevole, e viceversa –, bisogna comprendere se essi lascino però spazio a ulteriori e diverse posizioni giuridiche[15].

Al riguardo, potrebbe affermarsi che tra innocente e colpevole si ponga uno *status* intermedio, in cui il cittadino resta "sospeso" in attesa di una valutazione che abbia i crismi della definitività.

Tale figura, però, si asserisce non essere altro che la perifrasi del termine

---

pp. 304 ss., il quale indica tre "tappe" per l'esegesi normativa: purificazione, completamento e ordinamento del linguaggio del legislatore.

[13] Così V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1189.

[14] Vedi *infra*, § 3.

[15] Due termini posti in opposizione tra loro possono infatti costituire "antònimi incompatibili" (ad esempio la coppia "bianco" e "nero": possono essere entrambi veri, ma anche entrambi falsi) oppure "antònimi disgiunti" ("vivo" e "morto": l'uno esclude l'altro ma anche qualsiasi altra possibilità, *tertium non datur*); sulle diverse specie di antònimi SENSINI, *Gli strumenti linguistici*, Milano, 1997, pp. 79 ss..

"imputato": pertanto, se così fosse, l'art. 27 secondo comma si risolverebbe in un'inaccettabile tautologia, sancendo che "l'imputato è considerato *imputato* fino alla sentenza definitiva"[16]; pertanto, a meno di non voler propendere per un'interpretazione abrogante del disposto, non resterebbe che dichiarare l'equivalenza tra "non colpevole" e "innocente"[17].

Così, peraltro, conclude gran parte della dottrina più recente, la quale ritiene che si tratti di "pura questione d'enfasi"[18] a fronte di un'indiscutibile identità di significato; e comunque, il dubbio che eventualmente residuasse potrebbe essere agevolmente superato grazie ad un'interpretazione che tenga conto dell'intero spirito garantista di cui sarebbe permeata la Costituzione[19]; nonché dell'apporto fornito dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia: in particolare, la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, che – rispettivamente agli artt. 11 e 6 § 2 – sanciscono che "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata"; tali disposizioni, sebbene di rango subordinato alla Costituzione[20] in quanto l'ordine di esecuzione è contenuto in una legge ordinaria[21], per un "fenomeno di compensazione osmotica"[22] integrerebbero infatti il disposto costituzionale e consentirebbero vieppiù di dichiarare l'equivalenza tra "presunzione di innocenza" e "considerazione di non

[16] Così PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 672.

[17] In questo senso MALINVERNI, *L'assoluzione per insufficienza*, cit., p. 16, secondo cui "nei riguardi dell'art. 27/2 della Costituzione, riconosciuto che esso deve pur esprimere una norma, dal fatto che esso nega certamente la presunzione di reità dell'accusato, non si può che ricavare, 'a contrario' che esso contiene certamente la presunzione della sua innocenza". Secondo GAITO, *Onere della prova*, cit, c. 520, l'espressione "non colpevole" possiede valenza semantica addirittura più ampia rispetto ad "innocente", estendendo così l'operatività garantista della presunzione.

[18] In questi termini CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 73; nello stesso senso anche BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, ora in ID., *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p. 84.

[19] Così V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1193, il quale cita a riferimento gli artt. 24, 25, 27, 101, 102, 104, 105, 111 e 112 Cost..

[20] Nega la "costituzionalizzazione" *ex* artt. 10 e 11 Cost. di tali normative pattizie, PECORELLA, *Atti del Convegno di studi giuridici a cura della Camera penale di Trieste. 22-25 aprile 1967*, sul tema *L'assoluzione per insufficienza di prove*, Padova, 1968, p. 408.

[21] La Convenzione è stata ratificata dalla l. n. 848/1955.

[22] Letteralmente PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 673.

colpevolezza"[23].

3. *(segue) la* voluntas legis*: evoluzione storica e lavori preparatori*. – Appurata, secondo tale dottrina, la compatibilità della formulazione testuale con la sanzione del principio in parola, l'interpretazione è stata confermata e rafforzata attraverso il canone della *voluntas legis*, anche letta attraverso le lenti dell'evoluzione storica[24].

In quest'ottica, l'accoglimento della presunzione di innocenza costituirebbe affermazione di una delle direttive liberali[25] fatte proprie dal costituente in materia penale, in contrapposizione all'impostazione del regime fascista e della dottrina dominante di quell'epoca[26] che, invece, avevano ritenuto tale garanzia "stravaganza derivante da quei vieti principi germogliati dalla rivoluzione francese"[27]. Pertanto, la lettura riduttiva dell'art. 27 secondo comma Cost. non avrebbe senso, poiché oltre che privare la disposizione di autentico valore precettivo, la isolerebbe da un dibattito teorico, in cui invero essa si vuole inserire quale elemento di rottura rispetto alla tradizione.

Tanto emergerebbe chiaramente dalle posizioni espresse dai costituenti in seno all'Assemblea.

---

[23] CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, pp. 122 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 26; PAULESU, *op. loc. cit.*.

[24] Affermano la chiara volontà della Costituzione di affermare il principio V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1178; GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 84.

[25] Sottolineano il nesso tra stato totalitario e presunzione di colpevolezza MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.*, 1939, p. 159 e FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 83. *Contra* BETTIOL, *La regola* "in dubio pro reo", cit., p. 246, il quale nega che la regola di giudizio sia correlata a "determinati presupposti di carattere politico", dal momento che "la condanna di un innocente non ridonda a beneficio di uno stato autoritario più di quando non ridondi a vantaggio di uno stato a regime liberale".

[26] V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1180 sottolinea come "il legislatore costituente avverti[sse] l'esigenza di un profondo rinnovamento della giustizia penale, e conseguentemente ravvisava nella presunzione di innocenza un punto di partenza obbligato"; nello stesso senso anche GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 82.

[27] *Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, 1929, p. 22; per la dottrina, vedi ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, p. 163; FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale penale*, Milano, 1927, p. 32; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, cit., p. 199, che definisce il principio della presunzione di innocenza "goffamente paradossale e irrazionale".

Nel progetto di Costituzione approvato dalla I sottocommissione, si leggeva che "l'innocenza dell'imputato si presume sino a condanna definitiva"; i componenti del citato organismo sottolineavano soprattutto la valenza politica del principio[28], ma erano anche consci delle sue potenzialità prescrittive: si riconosceva che "la vera realizzazione pratica del principio di cui si sta discutendo è quella di stabilire un diverso trattamento di colui che è stato riconosciuto colpevole e sconta la pena, e colui che è in attesa di giudizio"[29], ma anche che per la condanna "bisogna provare che c'è un reato […]: se si parte da una presunzione di innocenza, questa prova si trasforma in prova contraria"[30]; dunque, sullo sfondo dell'enunciazione già si intravedevano i due profili della "regola di trattamento" e della "regola di giudizio".

Come noto, però, la formulazione fu modificata dal comitato di redazione del progetto di Costituzione[31], il quale introdusse l'espressione poi approvata dall'Assemblea e riportata all'art. 27 cpv. Cost..

Si è già dato parzialmente conto delle ragioni della riscrittura della disposizione, e dell'opinione secondo cui ciò non avrebbe vanificato la proclamazione del principio, atteso che sarebbe stato espresso con vocaboli diversi ma sinonimici; eppure, una visione dinamica potrebbe far ritenere il contrario, ossia la volontà del costituente di attenuare la portata del principio invero così chiaramente espresso in sottocommissione: quantomeno – che peraltro è ciò che più interessa in tal sede – relativamente alla comprensione in esso della regola di giudizio, giusta l'abbandono del termine tecnico "presunto" in favore del generico "considerato".

Ebbene, dalla lettura del dibattito tale dubbio andrebbe fugato[32]: l'interpretazione

---

[28] Mancini, il quale coniò la formula del progetto, gli attribuiva un "valore essenzialmente politico"; anche Moro precisò "che si può discutere in sede dogmatica se e quando vi sia una presunzione di innocenza in senso stretto; ma […] si deve considerare il profilo politico della questione". Gli interventi si leggono in *Atti Assemblea Costituente, Resoconti della 1ª sottocommissione, seduta del 17 settembre 1946*, pp. 58 ss..

[29] Così LUCIFERO, *Atti Assemblea Costituente*, cit., p. 58.

[30] In questi termini, seppure con intento critico, CEVOLOTTO, *Atti Assemblea Costituente*, cit., p. 58.

[31] Organo che aveva lo specifico compito di coordinare i lavori prodotti dalle varie sottocommissioni.

[32] Ritiene assente qualsiasi intento dell'Assemblea di "banalizzare" la formula V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1180.

più estesa parrebbe confermata anche nella nuova formula, tanto che lo stesso Tupini, presidente della I sottocommissione e dunque "padre" della vecchia, difese comunque il nuovo testo innanzi all'Assemblea, asserendo che "usare questa formula, di cui rivendico un po' anche la paternità, sia un modo più chiaro per esprimere quel concetto […] che esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato"[33]; e questo sarebbe stato l'intendimento comune della norma in Assemblea, a prescindere dall'orientamento a lei favorevole o contrario[34].

In particolare, si cercava con la nuova formula di sfuggire alle critiche logico-giuridiche che l'utilizzo del concetto di "presunzione" portava seco: tale figura, infatti, implicherebbe un legame probabilistico tra un fatto noto e quello ignoto, laddove invece tale correlazione non sarebbe stata riscontrabile nel caso di specie, poiché l'innocenza dell'imputato non corrisponde all'*id quod plerumque accidit* della realtà processuale[35]; pertanto, il costituente avrebbe cercato di aggirare l'obiezione[36], abbandonando il riferimento al campo delle presunzioni e soffermandosi sul solo aspetto della regola di giudizio.

Pertanto, neanche dai "retroscena" dell'adozione della formula costituzionale sarebbe dato trarre alcun argomento valido a contrastare la lettura estesa dell'art. 27 secondo comma Cost.; la presunzione di innocenza sarebbe perciò principio costituzionale in virtù del senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore" (art. 12 preleggi).

---

[33] TUPINI, *Atti Assemblea Costituente, seduta 15 aprile 1947*, p. 2880.

[34] G. LEONE, *Atti Assemblea Costituente, seduta 27 marzo 1947*, p. 2559, ritenne "che mentre il principio di innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un'espressione di esigenze concrete: ed in particolare, che sia mantenuta la regola *in dubio pro reo*, e di una ulteriore esigenza diretta a limitare la carcerazione preventiva": evidente, dunque, il riferimento tanto alla regola probatoria che a quella di trattamento.

[35] In questo senso MANZINI, *Trattato di diritto processuale*, vol. I, cit., p. 200. L'argomento, come si ribadirà *infra* al § 5, non è affatto convincente, atteso che le presunzioni legali possono essere dettate prescindendo da qualsiasi correlazione probabilistica.

[36] V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., pp. 1180 s. parla addirittura del "timore reverenziale nei confronti degli strali di Vincenzo Manzini ed Alfredo Rocco" che risultava "quasi palpabile" in seno all'Assemblea, e del conseguente fine di "immunizzar[e la formula] dalle tradizionali accuse di assurdità logico-giuridica".

4. *(segue) le conseguenze sulla legislazione ordinaria*. – Limitando l'analisi a uno solo degli aspetti inerenti alla presunzione di innocenza – quello della regola di giudizio –, l'affermazione a livello costituzionale del principio avrebbe conseguenze di grande momento.

Tale presunzione, infatti, costituirebbe presunzione *iuris tantum* di innocenza dell'imputato, vincibile solo da prova contraria[37]. Ciò conferirebbe alla pubblica accusa l'onere – sia pure sostanziale – di dimostrare la certa colpevolezza del giudicando per poter ottenere la sua condanna; e conseguentemente, fornirebbe anche il criterio risolutore per tutti i casi di dubbio, imponendo la pronuncia assolutoria se la necessaria prova contraria all'innocenza abbia fallito.

La regola, peraltro, non solo sarebbe immediatamente e direttamente prescrittiva laddove il legislatore nulla avesse disposto; ma, data la valenza costituzionale della norma, essa sarebbe anche parametro di validità delle disposizioni legislative in materia: pertanto, ogni diversa regola, che di fatto comportasse lo spostamento sull'imputato dell'onere di provare l'assenza di qualsivoglia elemento utile alla declaratoria di colpevolezza, o la presenza di alcunché necessario per l'assoluzione; o qualsiasi regola che non richiedesse per la condanna il raggiungimento della certezza processuale, o che facesse ricadere il rischio del dubbio sull'imputato, sarebbe *ipso iure* incostituzionale, e pertanto da espungere dall'ordinamento e da sostituire con altre conformi al disposto costituzionale[38].

Invero, l'istituto della presunzione verrebbe bandito *in toto* dall'ordinamento penale, residuando una sola, generale presunzione valevole come regola di giudizio per tutti i casi da giudicare: la presunzione di innocenza.

Ma di più.

Si è visto come l'art. 530, commi 2 e 3, confermino quanto già ricavabile in via

[37] QUAGLIERINI, *In tema di onere*, cit., p. 1269.

[38] GAITO, *Onere della prova*, cit, cc. 520 ss.. PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 687, sottolinea che tale disciplina non escluda il diritto dell'imputato alla prova a discarico, come invece pare affermare in giurisprudenza Corte Cost., 2 dicembre 1970, n. 175, poiché altrimenti si sortirebbe l'effetto paradossale di attenuare le garanzie per il giudicando; in tema vedi anche GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 92, *sub* nota 55.

logica: ossia, la necessità che gli elementi negativi della fattispecie siano oggetto di onere a carico dell'imputato, sia pure nella misura del raggiungimento del dubbio, e non della certezza[39]. Ebbene, riteniamo che qualora venisse confermata la valenza costituzionale della presunzione di innocenza come regola di giudizio, anche tali disposizioni risulterebbero illegittime, nella misura in cui lasciassero residuare sull'imputato la necessità di provare, anche se con *standard* attenuato, una circostanza utile alla propria assoluzione[40].

D'altra parte, basta confrontare le posizioni della dottrina sul tema sotto il vigore del vecchio codice di procedura penale, per avvedersi delle ragioni di tale affermazione.

Vigente il vecchio art. 479 c.p.p., infatti, si discuteva se l'assoluzione per assenza di "sufficienti prove per condannare" operasse in favore del reo anche nell'ipotesi in cui a essere dubbia fosse la presenza di cause di giustificazione.

Ad una giurisprudenza assai restia a riconoscere all'imputato il favore del dubbio in questo caso[41], si contrapponeva una dottrina assolutamente compatta nel sottolineare come, rispetto alla *condanna*, fossero assolutamente equivalenti la necessità di provare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e l'esigenza di dimostrare l'insussistenza di quelli impeditivi (*rectius* negativi)[42].

L'imputato – si opinava in generale – può essere condannato se ha commesso colpevolmente il fatto tipico e se mancano tutti quegli elementi *lato sensu* negativi che valgono ad escluderne la punibilità; deve essere invece assolto se è

---

[39] Vedi *supra,* cap. 2 § 5.

[40] BRICOLA, *Reati di sospetto, diritto al silenzio e Costituzione*, in *Giust. e Cost.*, 1973, p. 111, sottolinea che anche quando l'imputato ha l'onere di ingenerare soltanto il dubbio, ciò "significhi pur sempre por[lo] in una posizione difficile e precludergli, a costo di non incorrere in una condanna, la possibilità del silenzio […]. Le perplessità d'ordine costituzionale, anche se in tono minore, sono le stesse".

[41] Richiedevano la piena prova per l'applicazione delle cause di giustificazione Cass., 17 gennaio 1966, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1966, p. 1063; Cass., 8 febbraio 1965, *ivi*, 1965, p. 930; Cass., 28 ottobre 1964, *ivi*, p. 242; Cass., 27 aprile 1962, *ivi*, 1962, p. 602; Cass., 26 gennaio 1962, *ivi*, 1962, p. 576. *Contra* Cass., 8 luglio 1963, *ivi*, 1964, p. 242. Il contrasto, per la verità assai limitato, è stato poi composto da Cass., sez. un., 26 febbraio 1972, Marchese, in *Foro. it.*, 1972, II, p. 368.

[42] CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 141; FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, p. 186; GUARNERI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1953, II, c. 323; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, p. 130; M. MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 135; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 264; SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit., p. 224. *Contra* MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV, Torino, 1942, p. 435.

assente anche solo uno degli elementi costitutivi o è presente uno degli elementi "impeditivi"; di conseguenza, statuire – come faceva l'art. 479 comma 3 c.p.p. – che in caso di dubbio circa le condizioni per condannare si deve assolvere, significava dare rilevanza a *tutte* le circostanze da cui dipende la condanna o l'assoluzione: ivi comprese le cause di giustificazione[43] e tutti gli altri elementi di segno negativo.

Tanto può essere agevolmente ribadito anche riguardo all'art. 27 cpv. Cost.: presumere innocente un individuo significa ritenere mancanti le condizioni per la sua condanna; dunque, vuol dire considerare insussistenti tutti i fattori costitutivi e sussistenti tutti quelli negativi che, se presenti, imporrebbero l'assoluzione[44].

Un'applicazione del *favor rei*, dunque, assai più *tranchant* di quella già prevista dal legislatore ordinario, il quale aveva comunque superato le ambiguità interpretative cui aveva dato luogo la formula del vecchio codice di procedura e, col prevedere l'assoluzione in tutti i casi di dubbio, sostituito la regola di giudizio che sarebbe discesa dall'applicazione neutra della logica con quella connotata da una scelta di valore ben precisa[45].

Non si nascondono le difficoltà pratiche cui potrebbe dar luogo una coerente fedeltà al principio proclamato: in ultimo, per l'onere che ne discenderebbe in capo all'accusa di provare l'assenza di tutte le cause di giustificazione, di esclusione della colpevolezza, di estinzione del reato e di non punibilità in senso lato previste dall'ordinamento, e del correlativo obbligo di motivazione sul punto da parte del giudice: ma la sussistenza di una norma non dipende dalla bontà dei suoi effetti.

---

[43] D'altra parte, con più specifico riguardo alle scriminanti, per chi sosteneva la struttura tripartita del reato era doveroso sottolineare anche che il dubbio su una causa di giustificazione si risolveva nell'incertezza circa la sussistenza dell'antigiuridicità, ossia circa un elemento essenziale del reato: così GAITO, *Onere della prova*, cit., c. 515; MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969, pp. 209 ss.. Lo stesso è a dirsi in ottica bipartita, laddove il dubbio su una causa di giustificazione necessariamente dovrebbe riverberarsi sull'incertezza circa l'integrazione del fatto tipico.

[44] *Contra* QUAGLIERINI, *In tema di onere*, cit., p. 1270, che, pur conferendo valenza tecnica alla presunzione di innocenza, ciononostante ritiene compatibile con essa una ripartizione degli oneri sullo schema dei fatti costitutivi – fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.

[45] Vedi *supra*, cap. 2 § 5.

5. *L'art. 27 secondo comma Cost. come sanzione della presunzione di innocenza: le critiche tradizionali.* – Si è già fatto cenno[46] alle obiezioni di natura logico-giuridica cui il principio in parola era andato incontro nella prima metà dello scorso secolo; a prescindere dalla fondatezza di tali critiche, però, v'è da dire che esse appaiono in un certo senso superate: piaccia o no la presunzione di innocenza, piaccia o no la formulazione tecnica di tale principio, vi sarebbe ora da fare i conti con una disposizione costituzionale che a parere di molti avrebbe introdotto tale regola.

Pertanto, riteniamo di dover far riferimento solo al dibattito della seconda metà del secolo, e nella misura in cui esso tenga conto dell'art. 27 secondo comma Cost.[47].

Al riguardo si è assistito, nei primi anni che hanno seguito l'introduzione della Costituzione, ad un tentativo di ridimensionare la portata precettiva del principio sancito; a parere di alcuni, con l'intento di riconfermare gli assetti normativi ereditati dal fascismo, ed evitare lo stravolgimento dell'ordinamento processual-penalistico che sarebbe derivato da un'applicazione coerente ed ortodossa del principio in oggetto[48].

Partendo dal dato letterale[49], così, si argomentava che il costituente non avesse introdotto la presunzione in oggetto, ma anzi l'avesse rifiutata, "ponendosi nel mezzo delle opposte correnti"[50]: semplicemente, l'art. 27 cpv. Cost. avrebbe consacrato la convinzione che "durante il processo, cioè, non esiste un colpevole, un reo, ma solo un imputato"[51]. Pertanto, si sarebbe sancita la sussistenza di uno

---

[46] Vedi *supra*, § 3.

[47] DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 238 rileva come non sia infrequente, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, che la manualistica si "dimentichi" di annoverare la Costituzione tra le fonti del diritto processuale penale e, conseguentemente, di analizzare taluni istituti tenendo conto dei principi in essa dettati.

[48] In questo senso V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1184.

[49] Al riguardo, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 1, nota che il costituente ha utilizzato una formula molto vicina alle teorie fatte proprie dal fascismo.

[50] Così G. LEONE, *Trattato di diritto processuale*, cit., vol. I, p. 476. A parere di ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 121, l'opinione di Leone fu considerata a lungo "una sorta di interpretazione autentica del dettato costituzionale".

[51] G. LEONE, *Trattato di diritto processuale*, cit., vol. I, p. 476; nello stesso senso anche DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, p. 103; FROSALI, *La giustizia penale*, in AA.VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, (a cura di Calamandrei-Levi), I, Firenze,

status intermedio tra il colpevole e l'innocente, ossia quello dell'imputato il quale, sebbene subisca una sorta di *deminutio capitis*[52], non potrebbe comunque essere trattato alla stregua del reo.

Oppure, si affermava che la presunzione dettata avesse valore solo quale regola di trattamento, ma non di giudizio[53]: magari, proseguendo sulla scorta di passate argomentazioni[54], si è sostenuta l'improprietà e l'irragionevolezza di una presunzione che, partendo dal fatto noto di un'imputazione, la quale a sua volta presuppone prove più o meno concludenti a carico, faccia discendere come conseguenza l'innocenza del giudicando: in tal caso, invero, risulterebbe palese la cristallizzazione di una regola di esperienza contraria rispetto a quello che la realtà dei fatti offre nel *quod plerumque fit*[55]. Questa considerazione non appare però affatto risolutiva: alla luce di quanto chiarito sin dall'inizio della presente trattazione, il fondamento della presunzione legale non è necessariamente statistico, ben potendo invece rinvenirsi in un'opzione politica meramente discrezionale operata dal legislatore.

Peraltro, la stessa natura della disposizione in commento veniva talora svalutata: essa, infatti, avrebbe contenuto "una norma di carattere programmatico che si rivolge al futuro legislatore"[56], e non dunque di portata autenticamente precettiva, capace di vincolare il legislatore passato e venturo.

Infine, nessun aiuto per l'integrazione della lacunosa formulazione dell'art. 27 cpv. sarebbe potuto arrivare dalla ricezione nell'ordinamento italiano della

---

1950, pp. 234 ss.; GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949, pp. 189 ss.; MARUCCI, *Presunzione d'innocenza dell'imputato e presunzione di inesistenza del delitto*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, p. 119.

[52] Sottolinea le conseguenze di tale lettura NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'articolo 27, secondo comma della Costituzione*, ne *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 846.

[53] AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 866; ANDRIOLI, *Riflessioni sull'insufficienza di prove nel processo penale*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968, p. 49; BASCHIERI, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, p. 166; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale*, cit., vol. I, p. 474; MELCHIONDA, *Vari aspetti di incostituzionalità dell'art. 708 c.p.*, in *Scuola posit.*, 1968, p. 149; PECORELLA, *Atti del Convegno*, cit., p. 399.

[54] Ci si riferisce all'opinione di MANZINI, *Trattato di diritto processuale*, vol. I, cit., p. 200, su cui *supra* § 3.

[55] LOZZI, Favor rei *e processo penale*, Milano, 1968, p. 9.

[56] Così DEL POZZO, *La libertà personale*, cit., p. 105.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, nei cui testi – rispettivamente agli artt. 11 e 6 § 2 – è sancito che "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata": l'ordine di esecuzione, infatti, è contenuto in una disposizione di legge ordinaria, inidonea a conferire valenza sovraordinata ai principi ivi espressi[57]; impossibile, peraltro, ritenere corretto quel "fenomeno di compensazione osmotica"[58] – se non cadendo nel frequente errore metodologico di interpretare la fonte di rango superiore alla luce di quella di rango inferiore – stante la diversa collocazione delle due fonti nella scala gerarchica dell'ordinamento[59]. E d'altra parte, anche a sostenere che l'enunciazione convenzionale avrebbe comunque avuto forza – non gerarchica ma cronologica – di abrogare le precedenti disposizioni di legge ordinaria con essa confliggenti[60], tale lettura apparirebbe invero superata, atteso che il nuovo codice di procedura penale, approvato in seguito alla ricezione delle predette convenzioni, avrebbe a sua volta ri-abrogato la contrastante normativa pattizia.

Pertanto, così ridotta la valenza dell'art. 27 secondo comma Cost., le conclusioni degli Autori citati oscillano tra il considerare tale disposizione "forma sentimentale di […] ipocrisia"[61] e il riconoscerne la natura di "chiaro compromesso"[62].

6. *L'interpretazione della giurisprudenza costituzionale*. – La Corte Costituzionale ha avuto modo più volte di pronunciarsi sul significato dell'art. 27 cpv. Cost..

---

[57] CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 50; GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 86.

[58] PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 673.

[59] V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1192; RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 79.

[60] GAITO, *Onere della prova*, cit., c. 524; ad identiche conclusioni dovrebbero giungere le premesse di ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, p. 12; MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p. 167. *Contra* PECORELLA, *Atti del Convegno*, cit., p. 410, che nega la valenza *self executing* di disposizioni pattizie non direttamente applicabili.

[61] Così VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1953, p. 71.

[62] LOZZI, Favor rei, cit., p. 10.

La maggior parte delle decisioni ha avuto ad oggetto il profilo della disposizione quale regola di trattamento dell'imputato prima della condanna; talvolta, però, è stata affrontata la questione della possibilità di ricavare dall'articolo in esame anche la regola di giudizio da più parti individuata ed invocata.

Al riguardo, si può subito anticipare che la Corte ha avuto un atteggiamento molto cauto, per non dire chiuso, nell'estendere l'ambito di operatività dell'art. 27 secondo comma Cost. sino alla disciplina dell'onere della prova.

Già in una prima pronuncia, agli albori dell'attività della Corte, si era affermato che "la menzionata norma della Costituzione riguarda *soltanto* il principio fondamentale di civiltà e di giustizia che vieta di considerare colpevole, sotto qualsiasi aspetto e per ogni effetto, l'imputato prima della condanna definitiva"[63]; pertanto, giudicando della costituzionalità di un'apparente inversione dell'onere della prova riscontrabile in una fattispecie criminosa di contrabbando, l'eventuale "presunzione di prova del contrabbando […] nulla ha a che fare, nel suo contenuto, con le finalità e con il fondamento della norma costituzionale in questione"[64]. Evidente, dunque, il rifiuto da parte della Consulta di individuare anche una regola di giudizio nell'art. 27 cpv. Cost., e conseguentemente di dichiarare l'illegittimità di una presunzione legale di colpevolezza che, addossando all'imputato l'onere di provare l'assenza del contrabbando, contraddirebbe quella costituzionale di innocenza[65].

Di nuovo, ed in maniera ancora più esplicita, nel rigettare la doglianza di incostituzionalità della contravvenzione di cui all'art. 708 c.p.[66], si è ritenuto che il "principio di non colpevolezza dell'art. 27 della Costituzione […] non investe il modo di provare i fatti di reato"[67].

Sono poi seguite talune pronunce che in maniera talora esplicita, talora implicita, hanno riconosciuto la valenza del disposto costituzionale anche sul piano della

[63] Corte Cost., 12 maggio 1959, n. 33; corsivo nostro.
[64] Corte Cost., 12 maggio 1959, cit..
[65] V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1188, giudica le proclamazioni contenute in tale pronuncia "inutili ed irritanti, se poi ad esse non si fa discendere alcun effetto concreto".
[66] Su cui si veda *infra* cap. V § 2.
[67] Corte Cost., 2 luglio 1968, n. 110, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1704 ss..

regola di giudizio: "l'art. 27, secondo comma, Cost. – si è ad esempio affermato –, nel dichiarare che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, vuol garantirgli la esclusione della presunzione di colpevolezza durante tutto lo svolgimento del rapporto processuale" e la "presunzione di non colpevolezza importa che non sia la mancanza di prove di innocenza, ma la presenza di pertinenti e concludenti prove a carico a giustificare una sentenza di condanna"[68].

Tuttavia, l'enunciazione viene poi immancabilmente svuotata da un'interpretazione debole del principio così solennemente sancito[69]; ad esempio, chiamata più volte a giudicare della legittimità costituzionale della lamentata inversione dell'onere della prova disposta dai già citati artt. 707 e 708 c.p., non contesta l'operatività generale della presunzione di non colpevolezza, ma nega che nelle fattispecie in esame si assista ad una reale inversione dell'onere della prova: "è da escludere che le norme denunziate, nel richiedere al prevenuto la giustificazione dell'attuale destinazione delle chiavi oppure degli strumenti atti ad aprire o forzare serrature e, rispettivamente, della provenienza del denaro o degli oggetti non confacenti al suo stato, esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento"[70]; pertanto, "ciò dimostra che nella norma non esiste un'inversione dell'onere della prova"[71]; in altre parole, si lascia intendere l'eventuale invalidità di una disposizione che accollasse all'imputato l'onere di

[68] Corte Cost., 22 giugno 1972, n. 124.

[69] INSOLERA, *Un deludente epilogo*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3363, riconduce tale scelta ad una generale tendenza della Corte Costituzionale: "come altre volte è avvenuto nella storia della Corte, le aspettative ingenerate da decisioni ben argomentate e ricche di aperture verso gli apporti della dottrina penalistica più attenta al problema dell'adeguamento del nostro sistema ai principi desumibili dalla Legge fondamentale, sono andate deluse".

[70] Così Corte Cost., 29 gennaio 1971, n. 14, in *Giust. pen.*, 1971, I, c. 221; nello stesso senso anche Corte Cost., 22 ottobre 1975, n. 236; Corte Cost., 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2215, con nota di FRANZ, *Brevi osservazioni in merito alla costituzionalità del reato di cui all'art. 708 c.p., ed alla applicazione concreta della fattispecie*; da ultima, anche Corte Cost., 23 giugno 2005, n. 265, in *Nuovo dir.*, 2005, p. 734, con nota di FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p.: il reato di sospetto non è costituzionalmente illegittimo*.

[71] Corte Cost., 22 ottobre 1975, cit..

provare la propria innocenza, ma allo stesso tempo si è restii ad individuare tale inversione nei casi di specie, ovverosia a ravvisare una violazione della presunzione di innocenza ogniqualvolta la legge esenti il pubblico ministero dal provare la sussistenza anche di un solo frammento della fattispecie criminosa.

Si è invece già tentato di chiarire l'ampia portata della presunzione in parola, capace di travolgere ogni minimo onere addossato al giudicando, senza che rilevi l'oggetto e lo *standard* dell'onere stesso, se cioè esso riguardi "la prova della legittimità della destinazione e della provenienza" oppure "una attendibile e circostanziata spiegazione": in entrambi i casi, infatti, l'imputato non può restare inerte sino a che non sia provata la realizzazione da parte sua dell'offesa che fonda l'illecito, ma deve intervenire per neutralizzare gli effetti di un accertamento ancora incompleto ma già sufficiente per la sua condanna.

Insomma, la Corte Costituzionale sembra essersi fermata a metà del guado[72]: da subito pronta a riconoscere l'ingresso nell'ordinamento costituzionale della presunzione di non colpevolezza e a salutarla come necessaria conquista di civiltà, ha poi impiegato diversi anni per attribuirgli valenza di regola di giudizio: ma comunque senza portare alle estreme conseguenze i corollari che ne dovrebbero coerentemente discendere.

7. *Considerazioni critiche e rilettura della disposizione.* – Ripercorse le opinioni della dottrina e della giurisprudenza in materia, è opportuno aggiungere che non appaiono del tutto convincenti né le entusiastiche interpretazioni di chi ritiene sia finalmente accolta nel nostro ordinamento – ed al livello più alto – la presunzione di innocenza; né le caute letture di chi invece ritiene appena abbozzata la proclamazione del principio nella Carta costituzionale; in entrambi i casi, infatti, le argomentazioni proposte appaiono "forzate", strumentali all'affermazione di una soluzione che segue non ad un corretto *iter* esegetico, ma ad una previa

[72] V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1198 definisce "mimetico" l'atteggiamento della Corte Costituzionale, in virtù di decisioni fondate "su argomentazioni nebulose, mai lineari, di solito adagiate sull'instabile terreno della contingenza politica". GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 87, ravvisa invece una "notevole importanza di principio" nelle affermazioni operate dalla Corte.

adesione o ad un pregiudiziale rigetto della direttiva politica implicita nella presunzione *de qua*[73].

In altre parole, sembra palpabile dall'enfasi utilizzata, dalla *vis* polemica, dal richiamo a contesti extragiuridici, come dietro alle conclusioni vi siano spesso delle premesse ideologiche, prima ancora che tecniche; e queste, non a caso, scontano talora un *deficit* di approfondimento, apparendo più *assertive* che *dimostrative*.

Al riguardo, riteniamo si debba appuntare maggiore attenzione sul tenore testuale della disposizione; anche chi ha profuso sforzi non indifferenti nell'analisi semantica della lettera dell'art. 27 cpv. Cost.[74], ha comunque operato una lettura parziale[75].

In particolare, si è costantemente limitata la riflessione ai primi termini della disposizione, omettendo di considerare gli ultimi: si è studiato il significato dell'*incipit* "l'imputato non è considerato colpevole", ma ci si è spesso dimenticati dell'*excipit* "sino alla condanna definitiva"; eppure, le due parti non sono assolutamente slegate, la seconda costituendo il necessario riferimento di relazione della prima.

L'espressione "l'imputato non è considerato colpevole", di per sé, sarebbe giuridicamente inammissibile, laddove assumesse valenza assoluta e non subisse limitazioni di sorta: sarebbe come dire che il giudicando deve sempre essere assolto, non potendo in nessun caso venir condannato; aldilà delle intuibili conseguenze sociali di una simile previsione, essa contraddirebbe la stessa esistenza del diritto e del processo penale. E' ovvio, dunque, che il legislatore debba quantomeno rendere *relativa* tale presunzione, specificando la condizione necessaria per il suo rovesciamento. L'espressione tipicamente utilizzata per delimitare la valenza delle presunzioni relative è "sino a prova contraria" o

[73] A proposito delle diatribe sul contraddittorio in generale – cui appartiene anche quella relativa alla presunzione di innocenza – CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, p. 54, segnala che "la radice del contrasto è ideologica", e che sia "risaputo che le ideologie contengono una carica emotiva insensibile alle discussioni raziocinate".

[74] Su tutti V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza*, cit., pp. 1168 e ss.

[75] Non nel senso di "faziosa", ma in quello letterale di "incompleta".

"salvo prova contraria", formula che sta a indicare l'attendibilità e la vincolatività della presunzione sino a che essa non venga smentita da una dimostrazione confliggente.

Ebbene, nel caso dell'art. 27 secondo comma Cost. il confine della "considerazione di non colpevolezza" è tracciato richiamando non il limite della prova contraria, bensì quello della "condanna definitiva", riferimento però affatto inconferente con l'ambito di operatività di una vera presunzione[76].

La presunzione di innocenza, infatti, sarebbe vinta non dalla dimostrazione della colpevolezza, ma dalla condanna; il che, però, cagiona una commistione di piani illogica ed inaccettabile: la regola di giudizio indica alcune condizioni per la condanna e ne costituisce il *prius*, mentre la condanna segue in applicazione della regola stessa; dunque, come può la condanna influenzare la regola di giudizio e limitare la presunzione di innocenza?

Poiché "condanna" significa "proclamazione della colpevolezza", l'art. 27 cpv. Cost. sancirebbe che "l'imputato non può essere considerato colpevole sino a che non sia stato definitivamente proclamato colpevole": il che ha un senso solo se letto nell'ottica della regola di trattamento, imponendo di non anticipare le conseguenze della condanna sino a che questa non sia divenuta irrevocabile.

Ma se invece si pretendesse di attribuire alla disposizione il valore di regola di giudizio, le conseguenze sarebbero assolutamente irragionevoli: il "nessuno può essere considerato colpevole sino a che non sia stato definitivamente proclamato tale" paralizzerebbe il processo conoscitivo e dichiarativo, perché per sancire la responsabilità dell'imputato sarebbe necessario prima averlo condannato; ma allo stesso tempo alla condanna non potrebbe giungersi, perché questa presuppone la colpevolezza; la quale, come visto, non può dichiararsi se non dopo la condanna: insomma, il circolo vizioso non potrebbe essere più evidente.

Ed ancora, non può sottovalutarsi la connotazione normativa dello stesso termine

[76] Correttamente in questo senso PECORELLA, *Atti del Convegno*, cit., p. 406; secondo PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 677, che pure non affronta specificamente il problema relativo alla coerenza del riferimento alla condanna definitiva rispetto alla regola di giudizio, tale richiamo varrebbe a mantenere ferma la presunzione di innocenza per tutta la durata del procedimento; resta vivo, però, l'interrogativo proposto: nel silenzio della Costituzione, cosa può rovesciare tale presunzione?

"colpevole": con esso non si designa una valutazione morale dell'imputato, ma la semplice sussumibilità della sua posizione sotto un modello astratto configurato dal legislatore: tale modello, data l'assenza di indicazioni al riguardo, può essere costruito dalla legge ordinaria senza vincoli costituzionali[77], eventualmente anche addossando all'imputato l'onere di provare l'insussistenza di taluni elementi di fatto che fanno parte della struttura del reato; la Carta, infatti, nulla dispone in ordine alle modalità e ai limiti che debbono accompagnare una pronuncia di colpevolezza, ma si limita a segnare un limite temporale, sempre di natura normativa: la condanna.

Diverso, ad esempio, sarebbe forse stato se l'articolo in esame avesse disposto che "l'imputato non è considerato colpevole sino a che non sia stato dimostrato tale": in questo caso, invero, si sarebbe potuto discutere della connotazione spiccatamente giuridica dell'espressione "colpevole", poiché l'utilizzo del verbo "dimostrare" avrebbe rimandato ad un accertamento storico concreto, incompatibile con una presunzione legale di colpevolezza che esentasse dall'onere costituzionale di provare la responsabilità del giudicando; la formula, perciò, si sarebbe potuta tradurre in "non può ritenersi che l'imputato sia responsabile di un reato sino a che ciò non sia stato provato"; ma, data la diversa formula adottata dal legislatore – priva di riferimenti "naturalistici" –, la corretta traduzione è "non può ritenersi la sussistenza, né anticiparsi gli effetti, delle condizioni che legittimano un verdetto di colpevolezza sino a che non sia stata dichiarata definitivamente la condanna": dove è ben chiara l'assenza di indicazioni costituzionali circa le necessarie caratteristiche di tali "condizioni".

Impossibile, dunque, individuare nel disposto normativo una presunzione in senso tecnico, a meno di non forzare oltre il lecito la lettera della disposizione, stravolgendo o ignorando il significato ricavabile dalla connessione delle

[77] Fatti salvi, ovviamente, quelli discendenti da un contrasto sostanziale tra la fattispecie incriminatrice e i principi costituzionali, o da un vizio formale nella formazione della legge. Al riguardo, si veda *infra* ai §§ 8 ss.

parole[78]; e se proprio vi si vogliono cogliere indicazioni in merito alla regola di giudizio, queste sono assai diverse rispetto a quelle usualmente prospettate: invero, tra le righe della disposizione si potrebbe al più leggere un precetto indirizzato al giudice, piuttosto che al legislatore.

Imponendo che l'imputato non venga considerato colpevole sino alla condanna definitiva, infatti, si lascia come visto impregiudicata la questione della regola di giudizio applicabile al processo; questa resta disciplinata fuori dall'art. 27 secondo comma Cost., ed in esso compare implicitamente solo quale presupposto della "condanna definitiva": tale termine, infatti, ha anch'esso valore eminentemente normativo, e designa la decisione sfavorevole all'imputato che giunge a seguito di un procedimento probatorio e decisorio regolato dalla legge; l'imputato va perciò considerato innocente sino a che egli non sia stato definitivamente condannato *in osservanza delle regole che presiedono al giudizio*: dunque, il rispetto della regola di giudizio è passaggio necessario per il verdetto di colpevolezza, colpevolezza che dunque non può essere ritenuta sino a che la condanna non sia giunta nel rispetto della regola suddetta.

L'art. 27 comma 2 Cost., pertanto, sul versante del procedimento decisorio non impone una regola precisa, ma costituzionalizza il rispetto da parte del giudice di quella stabilita dal legislatore quale condizione per la condanna: in altre parole, è come se la Costituzione attribuisse solenne sanzione alla regola di giudizio, vietando al giudice di rendere un verdetto punitivo stravolgendo le norme previste dal legislatore in materia; il che però assume più che altro una valenza simbolica, atteso che la subordinazione del giudice alla legge risulta già chiaramente dagli artt. 101 comma secondo ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge") e 13 comma secondo Cost. ("Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi

[78] Efficaci ci paiono le parole di CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 209, secondo cui, in generale, "l'interprete può anche superare il diaframma del lessico, a patto che l'asserita divergenza tra il "testo" e la "norma" risulti avallata da indiscutibili indizi, in ossequio ad un'esigenza di rigore dimostrativo e d'univocità, che si fa tanto più imperiosa, quanto più ci si allontana dal solco del significato grammaticale della formula legislativa".

previsti dalla legge").

Ciò è quanto può ricavarsi dal testo dell'art. 27 cpv. Cost., oltre alla pacifica regola di trattamento: non una presunzione di innocenza, ma il divieto per il giudice di dichiarare la colpevolezza dell'imputato prescindendo dalle regole stabilite dal legislatore per il verdetto di condanna. Probabilmente tale soluzione interpretativa parrà riduttiva, e addirittura contrastante con la valenza innovativa che il costituente gli attribuiva; tuttavia, è il massimo che possa ottenersi dalla lettera della disposizione[79], lettera che il corretto processo esegetico pone al di sopra della *voluntas legis* ricavabile dai lavori preparatori[80].

A negare la valenza di regola di giudizio della "considerazione di non colpevolezza", poi, concorre anche una lettura sistematica della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 27 Cost..

Innanzitutto, tale articolo pare contenere una sorta di progressione, scandita dai suoi tre commi: al primo, si individua *chi* possa essere punito, sancendo la personalità della responsabilità penale; al secondo, si stabilisce *quando* possa intervenire la punizione, ossia dopo la condanna definitiva; al terzo, infine, si disciplina il *come* della pena, prevedendo la sua finalità tendenzialmente rieducativa[81]. Al contrario, la posizione al secondo comma di una regola di giudizio spezzerebbe l'omogeneità della disposizione, pienamente assicurata invece dal profilo normativo attinente al trattamento dell'imputato.

Ancora, se davvero si fosse voluto sancire la predetta regola di giudizio, non si vede perché essa sarebbe stata inserita all'art. 27, nella Parte prima, dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini", e non nella Parte seconda, e più specificamente nel Titolo quarto, Sezione seconda, dedicata alle "norme sulla giurisdizione": la collocazione, dunque, suggerisce di nuovo che la disposizione in oggetto garantisca uno *status* individuale, e non ponga una regola da applicarsi nel

[79] Non può condividersi, in ottica esegetica, l'autorevolissima considerazione espressa da BOBBIO, prefazione a FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. VIII, secondo cui "è buona e quindi desiderabile e propugnabile di volta in volta quella soluzione che allarga la sfera della libertà e restringe quella del potere": il *favor* per il *civis* rispetto alla *republica* deve essere il risultato dell'interpretazione (e sempre che ciò emerga), e non la premessa.

[80] Sullo scarso rilievo dei lavori preparatori vedi *infra* cap. V, § 11.

[81] Propone tale argomento PECORELLA, *Atti del Convegno*, cit., p. 407.

processo[82].

Peraltro, lo stesso approdo può essere raggiunto anche sulla scorta dei principi dettati in materia dalle convenzioni internazionali sopra citate, cui l'Italia ha aderito; nell'articolato dei testi recepiti si legge che "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata", il che è stato comunemente interpretato quale esplicita consacrazione della presunzione di innocenza quale regola di giudizio: l'imputato, infatti, non potrebbe essere ritenuto colpevole fino a che non sia stato dimostrato tale, statuizione che imporrebbe dunque all'accusa di provare in tutto e per tutto la responsabilità del giudicando[83].

Anche in questo caso, però, l'interpretazione offerta appare parziale, nella misura in cui trascura di prendere in considerazione l'interezza della disposizione: la presunzione di innocenza non dura sino a che la colpevolezza non sia stata accertata, ma sino a che non sia stata *legalmente* accertata[84]. Il rinvio alla legalità dell'accertamento non è un particolare di poco conto, ma è anzi il perno attorno a cui ricostruire il senso della disposizione: viene confermato che l'accertamento della colpevolezza sia un procedimento di fissazione formale del fatto le cui regole sono stabilite dal legislatore[85], regole che non possono essere in alcun

[82] ID., *op. loc. cit.*.

[83] In questo senso la dottrina appare unanime: si veda CHIAVARIO, *La convenzione europea*, cit., p. 372; GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 86.

[84] Peraltro, per esigenze di precisione va evidenziato come, in relazione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la dottrina si sia fatta condizionare dalla traduzione italiana, non ufficiale, dell'art. 6 §2: la versione francese, l'unica facente fede insieme a quella inglese, non parla di colpevolezza legalmente *accertata*, bensì "*legalement etablie*"; tale formula, in tutta evidenza, è assai simile a quella contenuta nella Carta costituzionale italiana, perché di nuovo non rimanda ad una dimostrazione fattuale della colpevolezza, ma semplicemente ad una sua declaratoria. Cade così, almeno in parte, la possibilità di integrare l'art. 27 cpv. Cost. alla luce del disposto pattizio, *in parte qua* assolutamente sovrapponibile a quello nazionale e dunque inidoneo ad arricchirlo.

[85] Illuminanti le parole di SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 78, il quale, pur in generale e non in riferimento alle Convenzioni citate (non ancora stipulate), afferma che "non si può propriamente parlare di certezza legale. Quando si dice che un fatto è legalmente certo, ciò non significa in realtà che il fatto sia certo per alcuno. Non lo è per il giudice, poiché in tal caso l'avverbio *legalmente* sarebbe sprecato, né può esserlo per il legislatore, poiché la certezza su un fatto non può aversi prima che esso accada (né il legislatore si è mai sognato di prevedere i fatti concreti). Significa soltanto che esso sarà dal giudice considerato nella sua decisione, come se (*als ob*) fosse certo. Certezza legale sta qui per «incontestabilità» nel senso puramente giuridico del termine". Trasponendo tali argomenti, relativi alla "certezza legale", all'analoga espressione "legalmente accertato", si avrà autorevole conferma alla tesi della natura neutra, in punto di regola di giudizio, delle disposizioni delle citate Convenzioni.

modo modificate in corso di giudizio a discapito dell'imputato, considerandolo colpevole in spregio delle condizioni dettate dal legislatore; ma nulla si dispone, nella norma convenzionale, circa le caratteristiche che tali condizioni debbono possedere a pena di invalidità: nuovamente, il massimo che si può individuare, sul versante della regola di giudizio, è un'implicita introduzione di una riserva di legge, resa in tal caso più evidente – rispetto all'art. 27 secondo comma Cost. – dall'utilizzo dell'avverbio "legalmente".

Perciò tanto il disposto costituzionale, tanto quello convenzionale, non vincolano il legislatore, appunto perché resta fermo che sia questo a stabilire liberamente le condizioni necessarie per la condanna – o per l'accertamento legale della colpevolezza –; dunque, non avrebbe senso richiedergli di non presumere colpevole l'imputato sino a che non sia stato condannato, visto che è lui a disciplinare *ex ante* l'*an* e il *quomodo* della condanna, e a non aver poi voce in capitolo nel momento della decisione processuale, ovviamente affidata al giudice.

8. *Il principio di offensività e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto elementi costitutivi del fatto tipico.* – Se dunque l'art. 27, secondo comma, Cost. non pone limiti al legislatore penale in tema di presunzioni legali, ciononostante in altre disposizioni costituzionali è dato riscontrare vincoli insuperabili.

Ci riferiamo, per quanto riguarda l'aspetto *materiale* dell'illecito, al complesso di disposizioni che pone quale condizione per la punibilità la commissione da parte del reo di un fatto tipico ed offensivo; e, per quanto riguarda il profilo *soggettivo*, all'esigenza che sia ravvisabile un coefficiente psicologico minimo idoneo ad integrare il carattere personale dell'illecito[86].

Quanto al primo aspetto, ed in particolare al requisito della tipicità, gli artt. 25 secondo comma e 27 primo comma Cost. notoriamente subordinano la

[86] Come nota BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 90, *sub* nota 4, in relazione al tema della regola di giudizio "questi due aspetti sono stati completamente trascurati dalla dottrina".

responsabilità penale alla materiale perpetrazione da parte del soggetto agente, e non di altri, di una fattispecie concreta corrispondente a un modello astratto disegnato dalla disposizione incriminatrice[87].

Quanto all'esigenza dell'offensività, questa si può svolgere in una duplice direzione: da una parte la disposizione incriminatrice dovrebbe prevedere una fattispecie tipica che sia già *in astratto* lesiva di un bene giuridico, o meglio di un interesse[88]; dall'altra, la condotta realizzata e conforme al tipo sarebbe sanzionabile solo ove *in concreto* offenda tale interesse. Il nostro ordinamento, quantomeno a parere di parte della dottrina e della giurisprudenza, avrebbe fatto propri entrambi i profili.

La Costituzione, infatti, avrebbe fatta propria una nozione oggettiva dell'illecito penale, disegnato quale "fatto offensivo tipico"[89]; ciò sarebbe coerente con la proclamazione solenne del diritto alla libertà personale dell'individuo – libertà sempre direttamente o indirettamente colpita dalla pena – e con la sottoposizione a stretti vincoli della sua limitazione, che implicherebbe implicitamente

---

[87] La valenza costituzionale di tali condizioni è così pacifica da non richiedere ulteriori specificazioni; si veda, giù in opere di natura istituzionale, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, cit., pp. 61 ss..

[88] Preferisce il riferimento all'interesse, in quanto implicante una "relazione tra un soggetto e un oggetto di valutazione", M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 20 ss., cui si rimanda anche in merito ai criteri per l'individuazione di tale interesse, affinché esso resti saldamente ancorato alla norma e all'ordinamento positivo e non si riveli grimaldello per arbitrari scivolamenti verso valutazioni extragiuridiche, ossia a valori ritenuti preminenti dal giudice o dalla società, di cui il giudice stesso si farebbe interprete: pericolo sovente ventilato da parte di chi si oppone alla valorizzazione dell'art. 49 cpv. c.p. quale clausola di salvaguardia del principio di offensività; si veda, ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 190. Secondo parte della dottrina, inoltre, in taluni casi il precetto tutelerebbe non tanto un bene o un interesse, quanto immediatamente una "funzione di governo" esercitata da un'autorità pubblica a garanzia del bene mediatamente oggetto di protezione penale; per la tematica si veda CATENACCI, *"Beni" e "funzioni" oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pp. 1220 ss..
Sottolineano comunque il duplice piano di azione, astratto e concreto, del principio di offensività ID., *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1426 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, p. 100.

[89] Così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 182; tra gli altri ritengono la costituzionalizzazione del principio di offensività, pur con varie argomentazioni, ID., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, p. 444; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 81 ss.; FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano – Varese, 1987, p. 793; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 659. In giurisprudenza, invece, il principio di offensività è stato affermato in termini vaghi, eludendo il quesito circa la sua costituzionalizzazione come canone di incriminazione, ma asserendo la sua valenza quale canone interpretativo ad uso del giudice: in questo senso, per tutte, si veda Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62; per un approfondimento delle posizioni espresse in merito dal giudice delle leggi si rinvia all'esaustiva panoramica presente in CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1425 ss..

l'inviolabilità della stessa se non in vista della tutela di beni che risultino di rango ad essa comparabile[90], o almeno non incompatibili con le direttive costituzionali[91]: la protezione della libertà personale, infatti, risulterebbe del tutto svuotata di significato se, in presenza di garanzie meramente formali, essa potesse essere conculcata arbitrariamente dal legislatore, magari punendo condotte del tutto inoffensive o lesive di interessi assolutamente recessivi, nel disegno del Costituente, rispetto a quello tutelato dall'art. 13 Cost.[92].

E tanto discenderebbe anche dalla lettura di altre disposizioni costituzionali: dall'art. 25 secondo comma Cost. che, richiedendo la materialità dell'illecito penale, escluderebbe la possibilità di sanzionare condotte evanescenti o contegni meramente psichici[93], ossia atteggiamenti che, tra le altre cose, si rivelano immeritevoli di pena anche per la loro inoffensività[94]; dall'art. 27 primo comma Cost. che, sancendo il carattere personale della responsabilità penale, impedirebbe una strumentalizzazione dell'individuo attuata, con l'anticipazione eccessiva della soglia di punibilità, per fini di politica criminale[95]; dall'art. 27 terzo comma Cost. che, prescrivendo modalità di trattamento del condannato tendenti alla sua rieducazione, presupporrebbe che il reo abbia posto in essere atti carichi di disvalore e vieterebbe la repressione di una mera disobbedienza[96].

Da ciò, dunque, la duplice esigenza citata: che la disposizione incriminatrice punisca condotte astrattamente lesive di un bene (magari addirittura di pari valore rispetto alla libertà personale, e dunque parimenti protetto dalla Costituzione); e

---

[90] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 71; ciò implicherebbe un ulteriore corollario nel principio di offensività *astratto*: non soltanto il legislatore dovrebbe tipizzare condotte offensive di un bene giuridico, ma tale bene dovrebbe addirittura avere rilievo *costituzionale*: in questo senso anche ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 195; MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale* (a cura di Insolera – Mazzacuva – Patarini – Zanotti), vol. I, Torino, 2001, p. 87. *Contra* MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 449; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 33; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 368.

[91] Così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 185 ss..

[92] FIORELLA, voce *Reato in generale*, cit., p. 793.

[93] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82 s..

[94] Così M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 8, il quale altresì ritiene che la punizione di un fatto inoffensivo potrebbe trovare una giustificazione, inaccettabile nel nostro sistema costituzionale, solo nella pericolosità dell'autore.

[95] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 83.

[96] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

che la condotta posta in essere dall'agente abbia concretamente leso tale bene.

Ebbene, abbiamo in precedenza negato che le presunzioni assolute modifichino la struttura dell'illecito, e dunque l'interesse tutelato della norma incriminatrice: l'elemento presunto, quando faccia parte della fattispecie tipica, continuerà a svolgere la sua funzione di elemento costitutivo, ed in quanto tale concorrerà ad integrare l'area dell'offesa disvoluta dall'ordinamento; l'elemento indiziante, invece, si porrà al di fuori dal tipo, e costituirà soltanto il fatto noto da cui dedurre il fatto presunto: conseguentemente, sarà anche da considerarsi del tutto neutro rispetto alla sfera dell'offesa.

Perciò, la valutazione – ai fini della legittimità della disposizione incriminatrice – circa la necessaria offensività della fattispecie criminosa astratta andrà condotta tenendo in considerazione gli elementi costitutivi della stessa, compresi quelli eventualmente presunti dal legislatore e prescindendo da quelli indizianti: pertanto, la sussistenza di una presunzione legale, relativa o assoluta che sia, sarà in quest'ottica del tutto ininfluente.

Per quanto riguarda invece la verifica della tipicità del fatto realizzato, nonché della sua imputabilità oggettiva all'agente e della sua necessaria lesività in concreto, la punibilità sarà consentita solo ove il soggetto abbia posto in essere la condotta vietata, e questa abbia effettivamente leso un interesse[97]; la verifica della sussistenza di tali requisiti non soggiace a schemi imposti dalla Costituzione, come sarebbe stato invero da asserirsi qualora si fosse ammessa la valenza costituzionale della presunzione di innocenza. Pertanto, l'eventuale dispensa per l'accusa dal provare la responsabilità, la tipicità e l'offensività del fatto commesso non è di per sé illegittima: ma ciò che non può accettarsi – alla stregua del nostro diritto positivo – è che una condotta atipica o inoffensiva sia punita.

Ne deriva che una presunzione legale assoluta che abbia ad oggetto un elemento

[97] In merito si veda più diffusamente *infra* cap. V § 4.

del fatto tipico o il significato offensivo dello stesso[98] non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento: se infatti, a discapito della presunzione, emergesse nel corso del procedimento che tale elemento legalmente fissato non sussista, ciò significherebbe che in natura il tipo e l'offesa non si sono realizzati, ossia che il bene tutelato non è stato leso[99]; e nell'ottica costituzionale non interessa la dinamica probatoria e le regole che vi presiedono: si pretende effettivamente la sussistenza di una lesione tipica, e al fondo l'impostazione "naturalista" prevale su quella "giuridica"; la causazione di un'offesa è l'essenza intima dell'illecito penale e, una volta ritagliata dalla disposizione incriminatrice, esiste o non esiste prescindendo dalle valutazioni normative e dalle tecniche di accertamento[100]: ed alla sua esistenza è condizionata la punibilità.

Diverso è a dirsi rispetto alle presunzioni relative: l'accertamento dell'offesa segue cadenze legali, ma il rispetto dei principi costituzionali è tutto sommato garantito; se viene provato che il fatto non è riconducibile all'agente, o è atipico, o è comunque innocuo, non si dà luogo a punizione[101].

9. *Il principio di colpevolezza e l'illegittimità costituzionale delle presunzioni assolute aventi ad oggetto l'elemento soggettivo del reato*. – Analogo discorso può avanzarsi, stavolta sul versante soggettivo, rispetto alle conseguenze derivanti dall'accoglimento della valenza costituzionale del principio di

[98] Fatto salvo quanto si dirà in ordine all'elemento soggettivo, diverso è il discorso rispetto ad altri elementi che non compongano il fatto tipico: nel caso in cui venissero presunti, il profilo di tensione col principio di necessaria tipicità e lesività non verrebbe in rilievo, dal momento che essi strutturalmente non concorrono alla descrizione del *fatto* tipico e della sfera dell'offesa.

[99] Coglie la problematica interferenza tra l'aspetto probatorio della presunzione e quello dell'effettività dell'offesa AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1178.

[100] Tali argomenti possono dunque replicarsi nei confronti di qualsiasi meccanismo probatorio legale: illegittima, dunque sarebbe ad esempio la sanzione di inutilizzabilità che colpisse, a cagione di vizi formali, l'intercettazione di conversazioni telefoniche da cui emergesse chiaramente l'innocenza dell'imputato, altrimenti gravato da prove idonee alla sua condanna. Pertanto, il contemperamento delle varie esigenze cui fa capo il processo penale è liberamente operabile dal legislatore, sino ai limiti costituzionali che richiedono la punizione solo in caso commissione da parte dell'imputato di una fatto tipico, offensivo e (si vedrà al paragrafo che segue) colpevole.

[101] *Contra* BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 90, secondo cui anche la semplice inversione dell'onere probatorio sarebbe illegittima, nella misura in cui renda possibile la punizione di un fatto inoffensivo.

colpevolezza[102].

E' noto che la dottrina sia giunta, parzialmente corroborata anche da diverse pronunce giurisprudenziali[103], alla conclusione che l'art. 27, primo comma, Cost., sancendo l'esigenza che la responsabilità penale sia personale, implichi anche la necessità che l'illecito sia proprio del soggetto agente pure sotto un profilo psichico, ossia addebitabile alla sua volontà colpevole[104].

Pertanto, tale presupposto soggettivo potrà sì essere presunto, ma solo fino a che la presunzione non giunga a giustificare la punizione di un fatto incolpevole. In altre parole, sarà ammissibile un rovesciamento o un alleggerimento dell'onere probatorio[105]: mai, però, sarà sanzionabile un comportamento che sia dimostrato effettivamente privo di quel *quid* di appartenenza psichica del fatto all'autore, così come invece richiesto dall'art. 27 primo comma Cost.: ancora una volta, la disposizione costituzionale impone un requisito naturalistico, che nessuna fissazione formale raggiunta su basi normative può soffocare.

Insomma, seppure il costituente non abbia posto alcun limite o vincolo alla disciplina della regola di giudizio, ciononostante ha preteso che i caratteri inerenti dell'illecito penale non vengano mai pretermessi in concreto: nessuno, dunque, potrà essere punito per un fatto privo del necessario disvalore oggettivo o soggettivo, ed illegittima si rivelerà qualsiasi disposizione che tenti di aggirare tale divieto.

10. *Il principio di irretroattività della legge penale e l'applicabilità alle presunzioni legali*. – Si è già affrontata, ricostruendo la natura giuridica delle

[102] Intesa stavolta come ricorrenza dell'elemento soggettivo.

[103] Si veda soprattutto Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, e Corte Cost., 13 dicembre 1988, cit..

[104] Si tralascia in questa sede l'indicazione degli studii e delle argomentazioni che hanno condotto a tale approdo; sul punto la letteratura è vastissima: per tutti, si rimanda ad ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca - Pizzorusso), Bologna-Roma, 1991, pp. 1 ss., contenente una disamina approfondita della tematica ed esaustivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[105] Coerentemente BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 90, ritiene illegittimo il rovesciamento anche in relazione all'elemento soggettivo, per il rischio che venga punito un fatto incolpevole. Si veda, per una potenziale illegittimità del rovesciamento di tale onere probatorio, anche *infra* cap. V § 9.

presunzioni legali relative, la questione afferente alla loro validità nel tempo[106].

In quella sede, pur mantenendo ferma la natura probatoria e processuale dell'istituto, si era comunque valorizzata la stretta inferenza tra le modalità di accertamento – o meglio, di fissazione formale – e il processo di qualificazione giuridica di un determinato fatto storico.

Sulla base di tale legame, e ritenendo che gli artt. 2 c.p. e 25 secondo comma Cost., nel dettare fondamentali garanzie per il cittadino, attribuissero preminente riguardo alla dinamica sostanziale e non formale dei presupposti per la punibilità, si era concluso che qualsiasi modifica della regola di giudizio[107] in relazione ad un elemento del "fatto" di reato dovesse soggiacere ai limiti segnati dalla disciplina delle leggi penali nel tempo[108].

Se tanto è corretto, ne discende – sul piano costituzionale – l'illegittimità di ogni difforme statuizione legale che, sia pure operando sulla sola tecnica di accertamento, pretendesse di sottomettere a sanzione un fatto che, al momento della sua realizzazione, non risultava punibile.

---

[106] Si veda *supra* cap. II § 8.

[107] Ma, come si segnalava, il discorso potrebbe essere parzialmente esteso a ogni regolamentazione legale della fissazione formale del fatto, ivi comprese le regole di valutazione e di esclusione della prova. Al riguardo, dovrebbero distinguersi i casi in cui, per via legale, si imponga una diversa qualificazione dello stesso fatto, da quelli in cui la norma semplicemente consenta l'utilizzazione di strumenti probatori nuovi (o una più estesa utilizzabilità dei vecchi), se operanti sul solo piano dell'accertamento storico: tale modifica, pur permettendo una differente fissazione formale, amplierebbe l'incidenza delle prove naturali rispetto alle legali, ed in quest'ottica non condurrebbe ad una diversa qualificazione dello stesso fatto storico, ma soltanto a renderne più attendibile la ricostruzione; perciò, ne conseguirebbe l'inapplicabilità delle disposizioni sulla validità della legge *penale* nel tempo. Ad esempio, ciò vale se venissero rimosse talune limitazioni all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, limitazioni dettate al solo fine di garantire la riservatezza dei consociati e non una maggiore attendibilità del materiale raccolto: in questo caso, è evidente che il fatto commesso verrebbe diversamente valutato non perché sia stato legalmente "modificato" (sia pure attraverso le lenti del processo), ma solo perché verrebbero potenziati gli strumenti di indagine.

[108] Pur in relazione ad altro e diverso profilo, ossia alla disciplina nel tempo di *revirement* giurisprudenziali sfavorevoli al reo, M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L'elemento psicologico*, cit., p. 115, afferma che debbono essere scongiurati fenomeni di "retroattività sostanziale" *contra reum*: perciò – quale che sia la fonte di produzione della nuova regola – si impone il rispetto degli artt. 2 c.p. e 25 secondo comma Cost..

CAPITOLO QUINTO

CASISTICA

SOMMARIO: 1. Introduzione ad un'analisi casistica. – 2. I c.d. reati di sospetto. – 3. L'*exceptio veritatis*. – 4. L'offensività del fatto tipico; il pericolo presunto. – 5. Il dolo presunto e le presunzioni di dolo. – 6. La colpa presunta; la prevedibilità e l'evitabilità presunte: il caso fortuito e la forza maggiore. – 7. L'imputabilità del maggiorenne. – 8. La conoscenza della legge penale. – 9. La conoscenza dell'età dell'offeso nei delitti sessuali. – 10. Il superamento dei limiti introdotti dalla l. n. 49/2006 nell'art. 73 comma 1 *bis* d.p.r. n. 309/1990: i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope. – 11. (segue): le sostanze stupefacenti o psicotrope. – 12. Le fattispecie di contrabbando.

1. *Introduzione ad un'analisi casistica.* – A questo punto, appare opportuno passare in rassegna e verificare il corretto inquadramento, senza alcuna pretesa di esaustività, di talune delle ipotesi a proposito delle quali si è ritenuto di individuare la presenza di presunzioni, o comunque di deroghe al regime ordinario dell'onere della prova.

Come emergerà dall'analisi delle varie fattispecie, l'approccio ad esse da parte della giurisprudenza e della dottrina risulterà non sempre condivisibile, conseguenza della scarsità di studi sulla materia e dunque di una non chiara

sistemazione della stessa[1]; obiettivo di questa parte della trattazione sarà perciò quello di richiamare gli strumenti che si ritiene di aver sinora predisposto, e utilizzarli per la lettura di tutte le ipotesi che possono riguardare da vicino il presente studio.

Peraltro, è d'obbligo una premessa di carattere generale: se, come si è illustrato nel precedente capitolo, non è sancita dalla Costituzione una vera e propria presunzione di innocenza dell'imputato, da intendersi anche quale regola di giudizio, allora non potranno sorgere dubbi circa la legittimità delle fattispecie che si cercherà di analizzare: per quanto esse possano implicare un'inversione dell'onere della prova a discapito del giudicando, ciò costituirà soltanto una deviazione dai principi dettati dalla legislazione ordinaria, e rappresenterà pertanto una semplice deroga, del tutto legittima.

Se invece si converrà con la dottrina prevalente e con le (astratte) enunciazioni della giurisprudenza costituzionale, invece, bisognerà di volta in volta verificare attentamente la compatibilità di ogni scostamento rispetto alla totale attribuzione dell'onere sull'ipotesi accusatoria; nei paragrafi successivi non si trascurerà di tenere in considerazione anche tale punto di vista, espressione dell'indirizzo interpretativo maggioritario.

2. *I c.d. reati di sospetto.* – Si è già fatto cenno a due figure criminose, che hanno attirato l'attenzione della Corte Costituzionale proprio per una struttura della fattispecie che pare imporre un'inversione della prova a discapito dell'imputato: ci si riferisce alle contravvenzioni previste dagli artt. 707 e 708 c.p., accostate sotto la comune etichetta di "reati di sospetto"[2]; nonché, più recentemente, al

[1] Evidenzia ad esempio G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 323, che "troppo spesso l'interprete scambia mere presunzioni di fatto per principi giuridici generali".

[2] Per tale denominazione si veda MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1941, p. 584.

delitto contenuto nell'art. 12 *quinquies*, secondo comma, del d.l. n. 306/1192, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 356/1992[3].

E' necessario premettere che la seconda delle tre fattispecie, quella di cui all'art. 708 c.p., è stata oramai dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza 2 novembre 1996, n. 370[4], seppure in relazione a profili non attinenti alla ventilata presunzione di colpevolezza che essa conterrebbe; in ogni modo, lo studio prenderà in esame anche la fattispecie invalidata, nella misura in cui il dibattito che l'ha riguardata risulti ancora valido ed attuale in relazione all'altra disposizione "gemella".

Stessa sorte – declaratoria di incostituzionalità – ha subito anche la terza fattispecie, quella dell'art. 12 *quinquies*, secondo comma, d.l. n. 306/1992, invalidata dalla sentenza 9 febbraio 1994, n. 48, per contrasto con la presunzione di non colpevolezza: ma intesa perlopiù non quale regola di giudizio, bensì di trattamento, in relazione alla qualifica dei soggetti attivi del delitto in questione, punibili – illegittimamente – *ex* art. 12 *quinquies* sulla base dello *status* provvisorio di indagati o imputati di altri particolari delitti[5]; tale ipotesi criminosa

[3] L'articolo in questione disponeva che "Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, coloro nei cui confronti sono svolte indagini per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 ovvero nei cui confronti si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a quattro anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati".

[4] In *Giur. cost.*, 1996, p. 3350, con nota di INSOLERA, *Un deludente epilogo*, cit., e MICHELETTI, *Una sentenza di "incostituzionalità" sopravvenuta per"inadeguatezza" della tutela in materia di reati di sospetto*.

[5] In altre parole, si è ritenuto violata la presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento perché dallo *status* di indagato o imputato derivava un effetto punitivo, sia pure per un reato diverso; e non quale regola di giudizio, perché non è stata censurata – se non con pochi e per la verità incongrui cenni – l'attribuzione dell'onere probatorio all'imputato; in questo senso vedi MICHELETTI, *Una sentenza di "incostituzionalità"*, cit., p. 3376 e PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 693.

non verrà però tenuta in considerazione in questa sede, attesa la breve durata di vigenza della stessa e dunque la sua scarsa incidenza sull'ordinamento[6].

Come noto, le prime due contravvenzioni puniscono talune categorie di soggetti che siano trovati in possesso di arnesi idonei allo scasso (art. 707 c.p.) o valori (art. 708 c.p.) e non siano in grado di giustificarne rispettivamente la destinazione o la provenienza.

Tralasciando le questioni attinenti ad altri profili della struttura dei reati in esame che non interessano l'oggetto del presente studio, va appuntata l'attenzione sull'elemento della mancata giustificazione della detenzione dei beni suddetti.

Ai sensi delle citate disposizioni, appurato il possesso degli arnesi o dei valori, l'imputato è per ciò solo punibile, a meno che non giustifichi la finalità o la derivazione delle *res*: pertanto, atteso che la detenzione dei beni sarebbe di per sé inoffensiva[7], il perfezionamento e dunque la sanzionabilità dell'illecito passerebbero attraverso una presunzione legale relativa di illegittimità del possesso[8], vincibile da una probante allegazione contraria.

In effetti, non può negarsi che la struttura del reato sia articolata in modo tale da richiedere all'imputato un *quid* al fine di evitare un giudizio di responsabilità; tuttavia, la *ratio* e l'operatività delle fattispecie vanno meglio precisate e coordinate in un'ottica sistematica.

Focalizzando l'attenzione sulla contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. – l'unica delle tre ancora vigente –, la fattispecie può essere logicamente scissa in due diverse ipotesi[9]; il legislatore, infatti, incrimina la condotta del soggetto nella misura in cui essa sia sintomatica della commissione di un reato: tuttavia, il senso dell'ipotesi criminosa varia a seconda che il reato in questione si ponga quale antecedente o come obiettivo della detenzione; in altre parole, il possesso di

---

[6] Per l'analisi di tale fattispecie si rimanda a ZANOTTI, *Le disposizioni di cui all'art. 12* quinquies *del d.l. n. 306 del 1992 in materia di trasferimento fraudolento di valori*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata* (a cura di Corso–Insolera– Stortoni), Torino, 1995, pp. 877 ss..

[7] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 90; FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p.*, cit., p. 739; LO IUDICE – ROSSI, *Ciò che residua dei reati di sospetto*, in *Giust. pen.*, 1998, I, c. 26; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 215.

[8] MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, Torino, 1948, p. 690.

[9] BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 89.

arnesi atti allo scasso è idoneo a ingenerare il sospetto di una precedente commissione di un reato contro il patrimonio[10], oppure il timore di una futura realizzazione dello stesso; quale che sia il caso concreto, il legislatore decide di intervenire e comminare una pena, pur ignorando se un reato vi sia già stato o meno e di quale titolo di reato si tratti in particolare.

Ad isolare però le due ipotesi, ci si avvede che nel primo caso – quello in cui il possesso segua alla passata commissione di un crimine – siamo di fronte ad una vera e propria "presunzione"[11] di responsabilità elevata ad autonomo titolo di reato: dato il fatto noto della detenzione di arnesi, si presume il fatto ignoto della realizzazione di un reato; non sapendo però quale esso sia, non si viene puniti per il reato-presupposto presunto, ma in via sussidiaria per un titolo diverso, ossia quello autonomo *ex* art. 707 c.p.; potendo intravedersi, sullo sfondo della disposizione incriminatrice, anche un intento di prevenzione, laddove essa miri a scoraggiare nei consociati ogni speranza di impunità.

Nel secondo caso, invece, il possesso degli arnesi da parte di determinati soggetti può essere reputato prodromico all'esecuzione di un reato futuro e giustifica dunque la costruzione di una fattispecie a pericolo presunto o astratto[12]: in questo caso non vi è però una vera presunzione, perché il fatto noto non consente di inferire la sussistenza di un fatto ignoto, poiché questo ancora non si è verificato e dunque non può presumersi sussistente; piuttosto, c'è una valutazione di pericolosità della condotta del detentore che, date le sue caratteristiche personali, potrebbe utilizzare quei beni per fini illeciti[13]; si tratta, dunque, di un'anticipazione della tutela del patrimonio, di una fattispecie a carattere preventivo che va a punire un atto magari solamente preparatorio rispetto al reato

[10] Evidenzia tale alternativo fondamento dell'illecito, solitamente in ombra rispetto all'altro profilo, COPPI, *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1727; così anche FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p*, cit., p. 739.

[11] Utilizziamo il termine tra virgolette perché, come più volte evidenziato, l'uso proprio dell'espressione sta ad indicare un rovesciamento dell'onere probatorio spinto sino alla richiesta della prova certa; il che, per il caso di specie, è ancora da verificare.

[12] Per ora utilizziamo indifferentemente le due nozioni, su cui si veda *infra* § 4; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. X, cit., p. 686, definisce la fattispecie di cui all'art. 707 c.p. "reato di mero pericolo".

[13] ID., *op. loc. cit.*.

avuto di mira[14], ma che già di per sé risulta pericoloso per la collettività e dunque lesivo in quanto produttivo di allarme sociale[15].

In entrambe le ipotesi c'è una valutazione probabilistica operata in via astratta dal legislatore[16]: ma nell'un caso è rivolta soprattutto verso l'accertamento del passato, nell'altro verso la prognosi del futuro; solo parzialmente corrette, dunque, appaiono tanto la tradizionale denominazione di "reato di sospetto", tanto la diversa classificazione proposta da altra parte della dottrina, che ha preferito parlare piuttosto di "sospetto di reati"[17]: quest'ultima appare meglio descrivere il fenomeno nel caso in cui la detenzione sia punita a fini principalmente repressivi, in quanto indizio di un precedente illecito, appunto perché viene punito il sospetto della compiuta realizzazione di un reato; quella tradizionale, invece, meglio si attaglia alle ipotesi più propriamente di pericolo, poiché l'offesa consiste nell'aver dato effettivo sospetto di un intento criminale.

Se è esatta tale ricostruzione della fattispecie, risulta improprio parlare di presunzione o di inversione dell'onere probatorio[18]: la condotta tipica disegnata dal legislatore (il possesso di determinati beni da parte di una certa categoria di soggetti) è di per sé offensiva, seppure sulla scorta di una valutazione normativa di natura probabilistica, che associa la detenzione degli arnesi da effrazione con un reato ritenuto dal legislatore già compiuto[19] o prossimo all'essere realizzato[20];

---

[14] ID., *op. loc. cit.*, ove si sottolinea che la mancanza di prova relativamente all'intenzione prossima e concreta di commettere un delitto impedisce la punibilità per il tentativo del delitto avuto di mira.

[15] La struttura di tale fattispecie non si allontana da altre analoghe, che però hanno subito un numero assai minore di critiche; si faccia ad esempio il caso della contravvenzione prevista dall'art. 4, comma 2, l. n. 110/1975 in materia di armi: tale disposizione punisce chi, *senza giustificato motivo*, porti fuori dalla propria abitazione oggetti atti ad offendere; anche in questo caso si punisce la detenzione (*rectius*, il porto) di strumenti che il legislatore ritiene (presume, verrebbe da dire) pericolosi per l'ordine pubblico, salva l'esenzione da pena qualora il possesso sia giustificato da motivi che rivelino l'inoffensività della condotta.

[16] Coglie correttamente tale fondamento dell'incriminazione FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p*, cit., p. 739, pur con conclusioni non del tutto coerenti con le premesse.

[17] DELITALA, *Il fatto nella teoria*, cit., p. 141.

[18] Oppure, secondo CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 161, di mera *relevatio ab onere probandi*.

[19] Tale ipotesi appare senz'altro più problematica; il profilo del pericolo appare in questa assai più sfumato rispetto all'altra, e sembra in realtà prevalente la volontà legislativa di punire in via sussidiaria un reato non accertato; il rischio di *vulnus* al principio di necessaria offensività, però, viene meno se solo si consideri che la fattispecie criminosa è un tutt'uno, tale per cui i due diversi profili di sospetto non siano alternativi, ma cumulativi; in altre parole, il possesso degli arnesi è allo stesso tempo indicativo *sia* di un reato già commesso, *sia* di un reato che vi è pericolo sarà commesso; e quest'ultimo aspetto è di per sé sufficiente a garantire il profilo offensivo della disposizione incriminatrice.

potrà certo discutersi della ragionevolezza della scelta operata dal legislatore[21], ma si è già illustrato come la *ratio* di molte fattispecie si componga di una sorta di presunzione che ricolleghi al tipo descritto dalla norma l'offesa (nelle forme del danno o del pericolo) ad un interesse ritenuto meritevole di tutela.

E come per ogni fattispecie criminosa è data facoltà all'imputato – sulla scorta dell'interpretazione che la migliore dottrina ha fornito dell'art. 49 cpv. c.p.[22] – di dimostrare che nel caso di specie manchi la corrispondenza, astrattamente presupposta dal legislatore, tra tipicità ed offensività, così nell'art. 707 c.p. il detentore è ammesso a giustificare la sua detenzione, ossia a spezzare quel legame tra il possesso dei beni e la considerazione legislativa che essi siano serviti o serviranno alla commissione di un reato. L'unica differenza, a ben vedere non di grande rilevanza, è che la disposizione in esame esplicita la sussistenza di tale facoltà per l'imputato: ma tanto sarebbe già disceso dai principi generali, così come ad esempio non dovrebbe dubitarsi che, nel caso della contravvenzione prevista dall'art. 712 c.p. – che incrimina chi acquisti beni di sospetta derivazione senza accertarne la legittima provenienza – l'acquirente vada senz'altro esente da pena qualora dimostri *ex post* quanto non appurato *ex ante*, ossia la legittimità della provenienza del bene ricevuto[23].

---

[20] *Contra* gran parte della dottrina, che ritiene invece oggettivamente inoffensiva la condotta dell'agente: per BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 90, il fatto sarebbe inidoneo a provocare qualsivoglia offesa, anche se sotto forma di pericolo; secondo FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p*, cit., p. 739, pertanto, "il fatto di reato rilev[a] in quanto sintomatico di un atteggiamento interiore incline alla trasgressione", e dunque "i reati di sospetto appaiono lontani dal rispetto del principio di materialità […] e del principio di necessaria offensività".

[21] E dunque sindacare la costituzionalità della disposizione sulla base del parametro della "necessaria offensività in astratto" della fattispecie incriminatrice; oppure, in relazione alla "ragionevolezza" dell'assunzione operata dal legislatore, parametro oramai più volte adoperato dalla Corte Costituzionale per il vaglio di legittimità della legge ordinaria: sul tema, in generale e per tutti, AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994; più in particolare, in relazione al vaglio circa la ragionevolezza dell'assunzione legislativa sulla pericolosità di una condotta incriminata, si veda CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1428 s..

[22] Vedi *infra* § 4.

[23] Così M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 25. *Contra* CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 159, secondo cui l'incauto acquisto, a differenza della ricettazione, non presuppone necessariamente un precedente criminoso, e dunque la prova dell'origine legittima del bene ricevuto non sanerebbe la rilevanza penale dell'omesso preventivo accertamento.

Pertanto, discutere della sussistenza di una presunzione di colpevolezza e della costituzionalità della stessa[24], equivale più in generale a sindacare la legittimità della usuale tecnica legislativa di ritenere *in re ipsa* offensiva la condotta tipica – salvo i casi in cui il danno o il pericolo siano esplicitamente richiesti – lasciando alla dimostrazione dell'inoffensività la valenza di escludere la punibilità: pertanto, in argomento si rinvia più oltre[25], quando si tratteranno in generale i rapporti tra tipo e presunzione di offensività.

Peraltro, sembra da rigettarsi l'opinione per cui la mancata giustificazione dell'imputato sarebbe elemento costitutivo (negativo) del fatto di reato, una sorta di condotta omissiva che si aggiunga al contegno attivo di detenere determinate *res*[26]: il disvalore della fattispecie non è integrato dalla mancata giustificazione dell'agente, quanto dalla circostanza obiettiva che una giustificazione non vi sia, così come arguibile dalla mancata spiegazione fornita. Cartina di tornasole ne è il riflesso sull'elemento soggettivo del reato: se si ritenesse che l'omessa giustificazione sia elemento negativo del fatto, questo sarebbe punibile solo ove l'agente dolosamente o colposamente non sia in grado di fornire spiegazione, e andrebbe invece esente da pena se incolpevolmente il soggetto non sia in grado di giustificarsi[27]; è però evincibile il paradosso insito in tale costruzione, poiché è naturale che l'agente vorrebbe sempre fornire una spiegazione, e se non provvede a farlo non è certo per scelta propria o per negligenza, ma per l'impossibilità di procurarsi una scusa valida: pertanto, la mancata giustificazione da parte del reo è un semplice fatto processuale che di per sé non incide sull'offensività della

[24] In merito la dottrina prevalente ritiene senz'altro incostituzionali i reati di sospetto: tale conclusione discende inevitabilmente dalla convinzione dell'esistenza di una presunzione di innocenza, sancita come regola di giudizio dall'art. 27 secondo comma Cost.; e dall'individuazione di un'inversione dell'onere probatorio nelle fattispecie criminose in esame; per tutti vedi BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 89 s..

[25] Vedi *infra* § 4.

[26] Così, invece, M. ANGIONI, *La volontarietà dei fatti di reato*, Torino, 1927, p. 95; BRICOLA, *Reati di sospetto*, cit., p. 109; FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p*, cit., p. 739; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., pp. 754 s.; P. MICHELI, *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*, in *Dir. pen. econ.*, 1994, p. 53; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 256, che parla dunque di "obbligo di prova", invece che di onere.

[27] Coerentemente in questo senso SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 256. In generale, insiste invece sull'irrilevanza dell'atteggiamento psicologico rispetto all'inadempimento dell'onere probatorio AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 137.

condotta, ma solo quale sintomo dell'effettiva lesione dell'interesse tutelato dalle norme in questione; nell'orbita dell'offesa, dunque, gravita piuttosto l'assenza di una destinazione o provenienza legittima, e non certo il contegno "flagrante" o processuale dell'imputato[28].

In ogni modo, è ora opportuno valutare quale sia lo *standard* probatorio richiesto perché possa giustificarsi la detenzione (e dunque, se è corretta la nostra ricostruzione, palesarsi l'inoffensività di tale detenzione). Al riguardo, potrebbe ipotizzarsi un vero e proprio rovesciamento dell'onere probatorio, che imponga all'imputato di provare la legittimità dei fini del possesso oltre ogni dubbio e faccia ricadere su di lui il rischio di una prova insufficiente[29].

Ora, se certamente la mancanza di qualsiasi allegazione in proposito consente al giudice di condannare, senza che sia necessaria alcuna ulteriore indagine, non riteniamo che in caso di prova insufficiente, tale da ingenerare solo il dubbio sulla destinazione degli arnesi, sia permesso un verdetto sfavorevole.

La lettera della disposizione, infatti, richiede solo di "giustificare" la detenzione: da una parte, tale termine è certamente qualitativamente più pregnante rispetto a "spiegare", in quanto contiene in sé l'esigenza che il chiarimento abbia un oggetto conforme a *jus*, cioè che non sia una mera descrizione della funzione degli strumenti – magari illecita –, ma che essa sia valutabile come compatibile con i vincoli posti dall'ordinamento; dall'altra, il termine è anche quantitativamente incomparabile con "provare", laddove questo richiede il raggiungimento di una soglia elevatissima di credibilità, mentre quello è sotto tale aspetto assolutamente neutro.

Se dunque nulla autorizza a richiedere che la giustificazione arrivi a convincere oltre ogni ragionevole dubbio, neanche per converso può affermarsi che la mera allegazione di elementi a discolpa, quand'anche fossero palesemente

[28] Basti pensare al caso in cui l'imputato volontariamente e diligentemente fornisca una spiegazione attendibile del possesso, che però nel corso del processo si riveli falsa: forse che vada mandato assolto perché comunque ha adempiuto all'obbligo, oppure perché il fallimento della sua dimostrazione non gli sia soggettivamente imputabile?

[29] Così MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. X, cit., p. 690. Nello stesso senso anche COPPI, *Osservazioni sui "reati di sospetto"*, cit., p. 1733; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 132; MAUGERI, *I reati di sospetto*, cit., p. 978 e PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 693.

inattendibili, sia sufficiente all'assoluzione: in mancanza di un'esplicita direttiva legislativa in un senso o nell'altro, che consenta così di derogare ai principi generali, non resta che fare riferimento alla regola di giudizio sancita dal legislatore agli artt. 530 e 533 c.p.p., laddove si impone l'assoluzione quando vi sia il dubbio sulla sussistenza tanto di un elemento costitutivo della fattispecie quanto di uno *lato sensu* negativo, e si consente la condanna solo col superamento di ogni ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato[30].

Analogamente si è espressa anche la Corte Costituzionale che, come si è visto, ha negato la tensione tra le fattispecie in parola e l'art. 27 secondo comma Cost. proprio perché non vi sarebbe una reale inversione dell'onere della prova: secondo un indirizzo ormai consolidato, "è da escludere che le norme denunziate, nel richiedere al prevenuto la giustificazione dell'attuale destinazione delle chiavi oppure degli strumenti atti ad aprire o forzare serrature e, rispettivamente, della provenienza del denaro o degli oggetti non confacenti al suo stato, esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento"[31]; in altri termini, le disposizioni degli artt. 707 e 708 c.p.

[30] Confronta in questo senso Cass., sez. I, 5 dicembre 1991, Borghesi, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 527, secondo cui spetterebbe all'accusa provare "l'inattendibilità delle spiegazioni eventualmente fornite dallo stesso imputato"; in dottrina, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 256, in coerenza con l'opinione circa la natura di illecito attribuita alla mancata giustificazione, tale per cui il dubbio sulla volontà colpevole debba giovare all'imputato; vedi anche VALIANTE, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milano, 1975, p. 187.

[31] Così Corte Cost., 29 gennaio 1971, cit.; nello stesso senso anche Corte Cost., 22 ottobre 1975, cit.; Corte Cost., 19 novembre 1992, cit.; Corte Cost., 23 giugno 2005, cit.; *contra*, solitamente, la giurisprudenza di legittimità più risalente, che ritiene che "l'estremo della mancanza di giustificazione viene meno solo con la dimostrata e non solo affermata legittima provenienza delle cose possedute": così Cass., 11 novembre 1958, in *Giust pen.*, 1959, II, c. 331; in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale appare invece Cass., 13 aprile 1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1099, secondo cui per escludere la punibilità "non è sufficiente che il detentore abbia negato la provenienza del denaro o degli altri valori da reato, ma occorre che il medesimo abbia fornito in ordine alla provenienza una congrua e circostanziata spiegazione"; anche secondo un indirizzo successivo l'imputato ha l'obbligo di fornire "una appagante spiegazione circa l'uso che egli intende fare, immediatamente, dell'arnese in questione, e la spiegazione non appaga quando egli accampi una destinazione improbabile e, comunque, futura": così Cass., 1 dicembre 1971, Maugeri, in *Cass. pen.*, 1972, p. 657; vedi anche Cass., 19 aprile 1969, Pandolfi, *ivi*, 1970, p. 1180; Cass., 11 luglio 1968, Parisi, *ivi*, 1969, p. 1071; più di recente, pure Cass., sez. III, 23 dicembre 1994, Amorelli, in *Riv. pen.*, 1996, p. 398; Cass., sez. IV, 28 ottobre 1992, Ceron, in *C.E.D.*, n. 193533; Cass., sez. I, 28 febbraio 1985, Finotti, in *Cass. pen.*, 1987, p. 86.

non esigono una dimostrazione piena e completa della legittimità del possesso, ma una spiegazione credibile: il che, tradotto in linguaggio giuridicamente comunicativo, altro non può significare che accontentarsi di uno *standard* probatorio inferiore alla certezza ma comunque consistente, identificabile perciò quantomeno col dubbio; d'altra parte, non potrebbe ritenersi davvero sufficiente una spiegazione "attendibile e circostanziata" ma priva di qualsivoglia riscontro fattuale esterno, pena l'assoluta inapplicabilità delle fattispecie criminose che risulterebbero sensibili a qualsiasi scusa verbale, purché ben congegnata.

Anche sotto questo profilo, dunque, appare errato individuare una presunzione nelle fattispecie citate perché, come chiarito nei capitoli precedenti[32], laddove sussista una presunzione legale solo la prova e la certezza del contrario possono porre nel nulla l'assunzione legislativa; nel caso di specie, invece, si riscontra una situazione intermedia, in cui all'imputato è imposto sì un intervento chiarificatore, ma non la dimostrazione della legittimità della destinazione o della provenienza; insomma, non un onere di prova (contraltare della presunzione), ma un onere di ingenerare il dubbio[33]. Il che, peraltro, consente di dare un senso alla distinzione, parsa pretestuosa a parte della dottrina, tra la (illegittima) "prova della legittima provenienza" e (la legittima) "attendibile e circostanziata spiegazione"[34].

3. *L'*exceptio veritatis. – All'art. 596, commi terzo e quarto, c.p. il legislatore del 1944 ha posto una deroga al primo comma[35] e alla tutela originariamente solo

[32] Vedi *supra* cap. 3 § 5.

[33] Scorretto, al proposito, ci pare parlare di un mero "onere di allegazione", su cui vedi *supra* cap. II, § 5, *sub* nota 91; se così fosse, basterebbe per l'assoluzione che l'imputato desse una propria versione dei fatti, prescindendo dall'attendibilità della stessa; ipotesi che, ove accolta, condurrebbe ad un'inevitabile paralisi applicativa della fattispecie; correttamente dunque Cass., sez. II, 7 febbraio 1986, Sufer, in *C.E.D.*, n. 172585, ammonisce che l'imputato "non può limitarsi ad esprimere l'ipotesi che i valori provenissero da attività lecita, ma deve fornire validi elementi di concreta valutazione delle circostanze atte ad avvalorare le ipotesi stesse"; *contra* Cass., 5 dicembre 1991, cit., secondo cui "è nello stesso interesse dell'accusato fornire una spiegazione plausibile, che si configura come un *onere di allegazione* e non come un onere probatorio" (corsivo nostro); conforme Cass., 20 gennaio 1965, Schiavi, in *Cass. pen.*, 1965, p. 492.

[34] Esprimono tale perplessità BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 89; MAUGERI, *I reati di sospetto*, cit., p. 977; PAULESU, voce *Presunzione*, cit., p. 693, che parla sul punto di "acrobazie esegetiche della Corte costituzionale"

[35] Sull'argomento in generale si rinvia, per tutti, al fondamentale CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit..

"formale" dell'onore, ossia alla protezione della reputazione della vittima a prescindere dalla veridicità o meno degli addebiti diffamatori[36]. La disposizione in parola, infatti, conferisce rilievo all'*exceptio veritatis*[37], consentendo all'imputato, in casi determinati e tassativi, di dar prova[38] della verità di quanto affermato a carico dell'offeso al fine di ottenere l'impunità[39].

Molto si è dibattuto circa le ragioni di politica legislativa che hanno indotto alla previsione delle eccezioni in parola[40]; e ancora più si è discusso circa la natura giuridica di queste ipotesi di non punibilità[41]; tali profili non interessano però ai

[36] In merito alla contrapposizione tra tutela dell'onore "formale" e di quello "reale", si veda CORDERO, *op. cit.*, pp. 33 ss.; MORO, *Osservazioni sulla natura giuridica della* «exceptio veritatis», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, pp. 7 ss.; S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, pp. 34 ss..

[37] Tale tradizione denominazione risulta impropria se, come si riterrà di dimostrare, l'imputato non sia gravato dall'onere completo di dimostrare la verità dell'addebito, ma possa giovarsi di una prova comunque emersa: di vera e propria "eccezione", invece, potrà parlarsi solo ove il querelato sia l'unico abilitato a provare la veridicità del fatto offensivo; ed in tal caso, anche il termine "onere" assumerebbe un significato in tutto e per tutto coincidente col suo lessico. Per tale puntualizzazione CORDERO, *op. cit.*, p. 186.

[38] CORDERO, *op. cit.*, pp. 23 ss., sottolinea come in realtà l'art. 596, sia al primo che al terzo comma, parli di "ammissibilità della prova" circa la verità dell'addebito, utilizzando "in sconcertante simbiosi" (*sic*) una terminologia processualistica in relazione ad un aspetto prettamente sostanziale, quali le condizioni per la punibilità di una condotta; il riferimento alla prova, però, come si vedrà consente alla norma di spiegare influenza non solo sui requisiti di fattispecie, ma anche sulla regola di giudizio. Inoltre, a nostro avviso l'intrusione del dato processuale – con il divieto di ammissione –, vale anche a negare al reo, laddove la verità del fatto comunque non lo esimerebbe da pena, l'interesse a porre quale tema di prova tale veridicità, magari al fine di un'attenuazione della sanzione; ciò, infatti, ribadisce il proposito del legislatore di tutelare l'onore formale, ed evitare che il reato sia portato a più gravi conseguenze con la pubblicità della veridicità del fatto offensivo: perciò, non solo irrilevanza del dato ai fini dell'*an* della responsabilità, ma anche inammissibilità in sede processuale a qualsiasi altro fine. In questo senso ancora CORDERO, *op. cit.*, p. 31, *sub* nota 13. *Contra* altra parte della dottrina che, privando di valore l'inusuale formula legislativa, comunque ritiene ammissibile la prova della verità dell'addebito ai fini della mitigazione della pena: così, per tutti, ALTAVILLA, *Ciò che è sopravvissuto dell'*exceptio veritatis, in *Scuola Positiva*, 1932, p. 370; PANNAIN, *La prova liberatoria nei delitti contro l'onore*, in *Riv. pen.*, 1935, p. 251.

[39] Ci si riferisce esclusivamente alle ipotesi nn. 1) e 3) del terzo comma dell'art. 596 c.p., e alla prima condizione del quarto comma del medesimo articolo: l'ipotesi n. 2 del terzo comma, combinata con la seconda condizione del quarto comma, dà vita ad una fattispecie che esula dal tema della presente trattazione, in quanto non tocca profili attinenti alla regola di giudizio e all'onere della prova, ma piuttosto quelli della prova legale rappresentativa, laddove un accertamento diretto, svolto in altra sede processuale, circa la sussistenza del fatto addebitato sia idoneo a fissare il fatto da provare nel procedimento per ingiuria o diffamazione. In questo senso vedi CORDERO, *op. cit.*, p. 300, e MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino, 1947, p. 506.

[40] In tema vedi CORDERO, *op. cit.*, pp. 33 ss. e 175 ss..

[41] A fine meramente esemplificativo, vi è chi parla di "limite alla tipicità dell'azione": così PANNAIN, *La natura giuridica dell'«*exceptio veritatis*» in un recente studio di Aldo Moro*, in *Arch. pen.*, 1955, I, p. 21; chi di causa di giustificazione: in questo senso MORO, *Osservazioni sulla natura giuridica*, cit., pp. 13 ss.; MAGGIORE, *La «*exceptio veritatis*»*, in *Crit. pen.*, 1946, p. 258; chi di una mera situazione di non punibilità: così S. MESSINA, *Teoria generale*, cit., p. 107; per alcuni, infine, non potrebbe comunque fornirsi un'unica soluzione comune a tutte le ipotesi: in questo senso CARNELUTTI, *Efficacia giuridica del*

fini della presente trattazione: quale che sia il valore o la funzione di queste cause di esclusione della pena, ciò che rileva in tal sede è la loro posizione nella struttura della fattispecie dal solo angolo visuale della regola di giudizio applicabile. Questa analisi può infatti essere svolta a prescindere dalla natura giuridica dell'elemento *lato sensu* esimente: poiché, in tutta evidenza, il legislatore ha fornito una speciale disciplina quanto all'onere della prova applicabile al caso di specie[42], ne deriva che non è necessario individuare prioritariamente l'esatta collocazione dogmatica della causa di non punibilità, e sulla scorta di essa richiamare la regola di giudizio che le è generalmente propria, ma è sufficiente soffermarsi ed attestarsi sul dato ricavabile dal testo dell'articolo.

Al proposito, esso dispone che, quando l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato e la persona lesa *o* sia un pubblico ufficiale ed il fatto attribuitole attenga all'esercizio delle sue funzioni, *oppure* comunque richieda che il giudizio si estenda ad accertare la verità del fatto, se questa è provata l'imputato non è punibile.

Emerge dunque che, date quelle condizioni di fatto (citate dai nn. 1 e 3 del terzo comma dell'art. 596 c.p.), l'assoluzione dipenda dalla *prova* della verità dell'addebito, e correlativamente che la condanna consegua alla *mancanza di prova* circa tale veridicità. La fattispecie punitiva, pertanto, è formata dagli elementi positivi dell'ingiuria o della diffamazione, più quelli specifici di cui alle lettere nn. 1 e 3[43], meno l'elemento della verità del fatto offensivo.

Tuttavia il fattore della verità, che in mancanza di indicazioni particolari sarebbe stato soggetto – in relazione al profilo della regola di giudizio – alla disciplina generale degli elementi negativi della fattispecie[44], è nell'art. 596 c.p. ricondotto ad un regime speciale: ossia, pacifica l'irrilevanza a fini esimenti della mancanza

---

giudizio d'onore, in *Questioni sul processo penale*, 1951, p. 239; CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946, p. 182; CORDERO, *op. cit.*, *passim*.

[42] CORDERO, *op. cit.*, p. 32, evidenzia come il riferimento processuale alla prova fornisca una "puntuale, correlativa variante della regola di giudizio".

[43] CORDERO, *op. cit.*, p. 233, sottolinea come tali elementi si aggiungano a quelli originari, formando una nuova fattispecie in cui rileva la verità dell'addebito.

[44] In argomento vedi *supra* cap. 2 § 5.

di prova circa la verità o la falsità dell'addebito, neanche il dubbio in merito varrebbe a escludere la punibilità[45]; esplicitamente, infatti, il comma quarto della disposizione in parola richiede che "la verità del fatto [sia] provata"[46].

Si tratta della deroga espressa, più volte richiesta nel corso di questa trattazione, necessaria ed imprescindibile perché possa ritenersi eccepito il principio dell'*in dubio pro reo* accolto agli artt. 529 c.p.p. e ss., e perché possa parlarsi di inversione dell'onere probatorio o di presunzione legale (relativa)[47]: trovandosi nella citata situazione di fatto, regolata *ex ante* dal diritto, l'imputato sa che per ottenere l'assoluzione dovrà fornire (o sperare che emerga[48]) la prova circa la verità di quanto attribuito al soggetto passivo, e sarà dunque onerato (sia pure in senso sostanziale) della dimostrazione di quanto necessario per l'impunità, che si "presumerà" perciò inesistente fino a prova contraria[49].

Ciò, ovviamente, dovrebbe esporre tale disposizione a dubbi di ordine costituzionale per chi ritenga sancita all'art. 27 cpv. Cost. una presunzione di

---

[45] Così SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 258, pur se in relazione all'analoga ipotesi prevista all'art. 394 del Codice Zanardelli, non ancora reintrodotta nel codice Rocco al momento della stesura dell'opera citata.

[46] In questo senso CORDERO, *op. cit.*, p. 59, secondo cui "non solo il mancato accertamento della falsità, ma anche un'insufficiente prova in merito alla fondatezza dell'asserto rappresenta premessa sufficiente ad una sentenza di condanna; […] è escluso che venga in considerazione quel termine medio, quella constatazione dell'insuccesso dell'opera storiografica del giudice, che è il proscioglimento con formula dubitativa"; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, cit., p. 519. In giurisprudenza si richiede pacificamente che la prova liberatoria sia "piena e completa"; in tal senso, tra le molte, Cass., sez. un., 3 giugno 1950, Mancuso, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 115; Cass., sez. un., 18 novembre 1958, Luca; Cass., 17 marzo 1972, Pozzo, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1974, p. 494.

[47] CORDERO, *op. cit.*, p. 240, ritiene "opportuno definire la verità dell'addebito *sic et simpliciter* come un elemento impeditivo del reato", e non come una presunzione di falsità, atteso che – in mancanza di prova al riguardo – il giudice non si porrebbe proprio un problema di verità/falsità del fatto ingiurioso; nello stesso senso MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, cit., p. 498. Tuttavia l'obiezione non ci pare conferente: come più volte ribadito, la presunzione legale è solo uno strumento di fissazione formale del fatto e di costituzione di effetti, scevra di ogni implicazione "naturalistica" circa la sussistenza di quanto presunto; in questa prospettiva si veda SACCO, *Presunzione, natura costitutiva*, cit., p. 410, coerentemente con il rigetto dell'impostazione che delinea la presunzione come "illazione" circa l'esistenza di un fatto.

[48] La dottrina prevalente ritiene infatti che si tratti di un onere "incompleto", e dunque che la verità dell'addebito possa anche essere rilevata *ex officio*: così CORDERO, *op. cit.*, p. 35; PEDRAZZI, *L'«*exceptio veritatis*». Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, p. 445. In giurisprudenza vedi Cass., 26 marzo 1951, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 1173. *Contra* GUGL. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale italiano*, Catania, 1948, p. 390. Più in generale, sulla nozione di onere incompleto vedi *supra* cap. II, § 4.

[49] Peraltro si tratterebbe di una presunzione legale relativa *impropria*, poiché la mancanza dell'elemento esimente non è ricavata dalla prova di un altro fatto noto esterno alla fattispecie, bensì semplicemente ritenuta in diritto sulla base dell'accertamento degli elementi strutturali contenuti agli artt. 594 (o 595) e 596.

innocenza incidente sulla regola di giudizio, poiché tale prescrizione risulterebbe elusa laddove l'imputato sia chiamato a "discolparsi" in relazione ad un elemento di cui non sia stata acquisita alcuna prova positiva o negativa (la verità dell'addebito), oltretutto vedendosi attribuito il rischio dell'incertezza[50].

4. *L'offensività del fatto tipico; il pericolo presunto.* – Abbiamo già avuto modo di accennare ai rapporti tra tipo e offesa, sovente mediati da una "presunzione"[51]; è opportuno ora riprendere le fila di quel discorso e precisarne i termini.

Si è già ricordato che un fatto, per essere punibile, debba essere offensivo di un bene giuridico, o meglio di un interesse; e ciò sia *in astratto*, essendo necessaria la sussistenza di un bene che la disposizione miri – in modo effettivo ed idoneo – a tutelare, magari comparabile con la scala dei valori enucleabile dalla Costituzione; sia *in concreto*, richiedendosi che la condotta conforme al tipo abbia realmente offeso tale interesse.

Anche al livello di legge ordinaria tale direttiva risulta genericamente seguita: l'esistenza del reato dipende infatti da un evento dannoso o pericoloso (artt. 40, 43 c.p.[52]). Ma, scendendo dal piano dell'enunciazione generale, è da verificare come il principio di offensività venga effettivamente garantito.

Per quanto riguarda il profilo astratto del principio, esso non può ovviamente giovarsi di forme di tutela previste dalla legge ordinaria: il legislatore pone il precetto, e la validità della stesso – ossia la finalità e l'idoneità a proteggere un bene[53] – può essere sindacata solo dalla Corte Costituzionale, nei casi in cui

[50] Tale profilo di possibile incostituzionalità, però, non risulta sia mai giunto all'attenzione della Corte Costituzionale.

[51] In particolare vedi *supra*, cap. 1 § 7.

[52] Per la ricostruzione dell'evento di cui all'art. 43 c.p. come "evento giuridico", e dunque come lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, si veda, in relazione al dolo, M. GALLO, voce *Dolo*, cit., pp. 752 ss.; in relazione alla colpa M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, vol. VII, Milano – Varese, 1960, pp. 626 ss.; in relazione alla preterintenzione, TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 292. In ogni modo, stante il disposto legislativo anche l'ottica naturalistica non può privare di contenuto offensivo l'evento materiale, ma può solo negare che tale contenuto debba coincidere con l'essenza del reato nel suo complesso.

[53] A tal fine non si richiede necessariamente che la norma esiga una verificazione in concreto dell'offesa, ma è sufficiente che la lesività della condotta "sia ricavabile dalla sua appartenenza ad un *genus* (ad una classe) di condotte ritenute (sulla base di una *legge scientifica* – che anche qui potremmo definire "di copertura' – o di una *regola d'esperienza*) pericolose per determinati beni giuridici": così, testualmente

venga chiamata a controllare che l'aggressione alla libertà personale del reo sia giustificata e controbilanciata dalla necessaria difesa di altro interesse (non meno) meritevole.

Per quanto riguarda invece il profilo concreto del principio di offensività, il discorso è certamente più complesso.

Dato per scontato che la disposizione incriminatrice abbia ad oggetto la tutela di un bene, che esso sia sufficientemente degno di protezione penale e che la condotta astrattamente vietata sia idonea a offendere tale bene – condizioni di validità su cui, come appena illustrato, spetterebbe alla Corte Costituzionale vigilare – resta da verificare che quanto posto in essere dal soggetto agente sia in concreto lesivo dell'interesse tutelato dalla norma.

Talvolta una lesione del bene appare come un elemento costitutivo del tipo: ogniqualvolta ad esempio la disposizione richieda per l'integrazione del reato un danno patrimoniale per il soggetto passivo o un pericolo[54] per l'incolumità pubblica, (una parte del)l'offesa entra a far parte del fatto tipico[55]; il giudice, dunque, dovrà accertare che una lesione vi sia stata, e la tipicità sarà raggiunta nella misura in cui vi sia anche offensività, senza che sia data un'apprezzabile possibilità di scarto in concreto; certo, tale scarto potrebbe cogliersi in astratto, laddove il danno richiesto non sia qualitativamente meritevole di tutela: ma questo, come ripetuto sopra, attiene appunto al profilo astratto del principio, e pertanto ad un momento di valutazione della legittimità della disposizione.

Quando dunque l'offesa è richiamata nella descrizione del fatto tipico – in via di approssimazione e salvo ulteriori approfondimenti –, non si dovrebbe porre alcun problema di rispetto del principio di offensività; questo, al massimo, varrà in

(seppur in relazione alla specifica categoria dei reati di pericolo presunto), CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1427.

[54] Si parla in tali casi di reati di pericolo "concreto", il cui "il pericolo rappresenta un elemento espresso di fattispecie, la cui esistenza deve essere provata dal giudice nel singolo caso": così FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 50. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 2 ss., specifica che in tali casi il "pericolo" può assumere nella struttura del reato diverse posizioni, potendo fungere da presupposto, da modalità della condotta, da oggetto materiale dell'azione, oppure da conseguenza naturale; e dalla posizione assunta, fa discendere diverse conseguenze in ordine alle circostanze rilevanti per il suo accertamento, tali da far degradare il pericolo da "concreto" ad "astratto".

[55] La previsione di una lesione non significa, in realtà, esaurire l'interezza dell'offesa nel tipo; vedi *infra sub* nota 64.

sede di lettura del fatto storico, al fine di valutare se quanto verificatosi possa assurgere al rango di "danno" o di "pericolo", o sia invece al di sotto di quanto possa effettivamente percepirsi come offensivo: insomma, una stima di tipo quantitativo, ma sempre nell'ottica di stabilire la sussumibilità del fatto concreto nell'ipotesi astratta descritta dal legislatore.

Pertanto, non si pone in questi casi alcun problema di "presunzione": come tutti gli elementi costitutivi del tipo, la verificazione dell'offesa andrà accertata e provata, con onere a carico dell'accusa e normale operatività delle regole decisorie di cui agli artt. 530 e 533 c.p.p..

La situazione cambia, invece, quando il legislatore non richiede esplicitamente il realizzarsi di un danno, di un pericolo o comunque di un evento che sia esso stesso negazione del bene tutelato[56], ma la lesione sia in un certo senso presunta, appartenendo alla *ratio* dell'incriminazione[57]; in questi casi, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno riconosciuto che l'offesa all'interesse tutelato dalla norma sia comunque necessaria per la punizione della condotta tipica: anche perché, se così non fosse, tali disposizioni incriminatrici potrebbero dichiararsi incostituzionali, nella parte in cui non richiedono la lesione ad un bene.

Al riguardo, l'unica norma positiva di rango ordinario che consente di dare rilevanza al piano dell'offesa è quella dell'art. 49 cpv. c.p., così come acutamente interpretata dalla migliore dottrina[58] e dalla giurisprudenza[59]; tralasciando ora di riportare il percorso esegetico che ha condotta a tale conclusione[60], si ritiene invero che quando una condotta tipica risulti inidonea a produrre un evento

[56] Ad esempio le disposizioni che incriminano l'omicidio sono volte alla tutela del bene "vita", il che rende le condotte che cagionino la morte di un uomo direttamente offensive del bene tutelato, nella misura in cui provocare la morte significa inevitabilmente offendere la vita: pertanto, in questi casi risulterebbe del tutto pleonastico il richiamo espresso alla realizzazione di un'offesa.

[57] M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 6.

[58] M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 9, che parla al riguardo di "valvola dell'ordinamento"; ID., *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 25 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; BRICOLA, *Teoria generale*, cit., pp. 72 ss.. *Contra* STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 ss.

[59] Corte Cost., 26 marzo 1986, cit..; Corte Cost., 18 luglio 1989, n. 437; Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360. Per una esplicita applicazione in giudizio di merito si veda Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2523, con nota di GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*.

[60] Per cui si rimanda agli Autori citati *supra sub* nota 58.

offensivo, la punibilità sarebbe esclusa; sarebbe così colmato il possibile *gap* tra tipicità e offensività che la fattispecie astratta – omettendo la richiesta esplicita di una lesione – lascia residuare[61], e si manderebbero esenti da pena tutte quelle vicende che rendano concreta l'eventualità dello scarto.

Tuttavia, a differenza dei casi in cui una forma di lesione sia esplicitamente richiamata all'interno del tipo, l'art. 49 cpv. c.p. nella sua formulazione negativa non introduce nella fattispecie oggettiva un elemento costitutivo di segno positivo, bensì un fattore negativo capace di elidere la punibilità.

Se è corretto dunque quanto sostenuto sinora, ciò significa che, data la corrispondenza al tipo, il giudice non sarà chiamato a svolgere alcun ulteriore accertamento, né l'accusa a dimostrare l'offensività del fatto; al contrario, sarà l'emergere della mancanza di lesività a consentire l'assoluzione[62]. Pertanto, ciò

---

[61] In generale nega la possibilità di uno scarto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 189 ss., che ritiene di poter salvaguardare il principio di offensività e allo stesso tempo quello di legalità per mezzo di una interpretazione teleologica della disposizione incriminatrice; in senso analogo NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, cit., p. 55, secondo cui sarebbe sussumibile sotto la fattispecie astratta solo quella condotta che leda in concreto l'interesse tutelato dal precetto penale. Analogamente in giurisprudenza si è ritenuto che l'art. 49 cpv. c.p. si correlerebbe al principio di legalità, assicurando non la *semplice* ed *esteriore* conformità del fatto al modello legale, ma anche la sua conformità *sostanziale*: così Cass., sez. I, 30 settembre 1981, n. 10132, in *Cass. pen.*, 1983, p. 70, con nota di PAGLIARO, *Massime astratte e problemi giuridici concreti*.

[62] Agli stessi esiti giunge M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 7; ID., *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 28, pur sulla base di diverse argomentazioni; per l'illustre Autore non è il segno negativo del fattore a imporre all'imputato la dimostrazione dell'inoffensività, bensì semplicemente la sussistenza di massime di esperienza, le quali consentono di affermare che il fatto tipico sia normalmente offensivo: il che, appunto, obbligherebbe il giudicando a dover superare quanto discendente dall'*id quod plerumque accidit*. Dunque, traducendo nel linguaggio sinora utilizzato, non una presunzione legale, ma semplice; o meglio, una verità interinale. A tale posizione, tuttavia, contrapponiamo tutte le considerazioni svolte in precedenza, volte a dar rilievo al segno dell'elemento da provarsi ai fini delle regole che presiedono al suo accertamento; evitando il ricorso alle massime di esperienza, la cui validità andrebbe verificata, e non presupposta, caso per caso: d'altra parte, postulare e non dimostrare l'applicabilità di una regola empirica, solo perché implicita in una disposizione incriminatrice, altro non significa che affidarsi alla natura legale di tale regola; e dunque, individuare una "presunzione legale". Ed ancora, se pure fosse vero che la corrispondenza tra tipicità e lesività sia riscontrabile nell'*id quod plerumque fit*, ciò comunque non sarebbe sufficiente per addossare sull'imputato l'onere di provare l'assenza di offensività: la "normalità", infatti, non può fungere né da prova né da criterio di ripartizione degli oneri probatori nel processo penale dove, come più volte ribadito, la sussistenza degli elementi fondanti la responsabilità penale deve risultare "oltre ogni ragionevole dubbio", e quindi ben al di là di una frequenza statistica meramente probabilistica. Anche secondo CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1438 ss., l'assenza di offensività in concreto sarebbe oggetto della c.d. prova negativa; peraltro, la mancanza di una lesione non andrebbe semplicemente "argomentata, ma provata": tuttavia, la necessità di una *plena probatio* non discenderebbe dall'utilizzo legislativo dell'aggettivo "impossibile", il quale viene interpretato nel senso fatto proprio nel testo (p. 1441, *sub* nota 63).
In giurisprudenza, tra le altre, Cass., sez. V, 24 maggio 2006, B.L., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 421 ss., con nota di BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è*

significa addossare all'imputato, o meglio all'impostazione difensiva, l'onere di evidenziare la carenza di offesa per sfuggire alla condanna; il che porterebbe ad affermare che, in tali casi, l'offensività sia presunta, o meglio che l'offesa sia oggetto di una presunzione impropria.

Si tratta perciò di un ulteriore caso di inversione dell'onere della prova ma, come per altre ipotesi che abbiamo affrontato e che affronteremo, tale inversione non è completa e non potrà dunque parlarsi di "presunzione": in mancanza di un'esplicita deroga in tal senso, riteniamo sempre valevole la regola di giudizio dell'art. 530 c.p.p., e dunque sussistente il beneficio del dubbio in capo all'imputato che, per essere assolto, sarà onerato solo dell'esigenza di ingenerare il dubbio sulla valenza lesiva della condotta posta in essere.

Al riguardo, non deve trarre in inganno la condizione sancita dalla disposizione in oggetto che l'evento dannoso o pericoloso sia *impossibile*: si potrebbe argomentare, infatti, che richiedendo per l'impunità l'impossibilità della lesione, si richieda la certezza che un'offesa non si sia verificata. Tanto però costituisce un'indebita sovrapposizione di piani: l'impossibilità del danno o del pericolo attiene solo al piano sostanziale della fattispecie esimente, e dunque all'esigenza che la condotta incriminata non realizzi alcun profilo di aggressione al bene tutelato e non lasci residuare alcuna valenza offensiva; altra cosa, invece, è l'aspetto processuale della disposizione sostanziale, che la norma lascia impregiudicato e dunque affidato ai principi generali: necessità dell'accertamento dell'elemento negativo, ma *standard* probatorio del dubbio sufficiente per l'operatività della fattispecie favorevole all'imputato.

Infine è necessaria un'ultima notazione, peraltro già abbozzata in precedenza: la ricostruzione qui operata è perfettamente valida sia per i reati c.d. di danno, sia per quelli c.d. di pericolo; tanto è sfuggito sovente alla dottrina, che ha parlato di reati di pericolo presunto ma non di reati di "danno presunto"[63], così come di

---

esportabile nella bancarotta per distrazione, afferma la necessità – al fine di escludere la punibilità – che l'inoffensività in concreto venga dimostrata, e non meramente ipotizzata.

[63] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 189 e 207, distingue i reati in cui l'offesa è "elemento esplicito" da quelli in cui sarebbe solo "elemento implicito"; a proposito di quest'ultima

reati di "pericolo concreto" ma non di reati di "danno concreto"; la prima espressione di ogni coppia, invero, è valida nella misura in cui lo sia anche la seconda, sottoposte come sono alla medesima disciplina.

Ma precisiamo meglio.

Talvolta, come illustrato, il legislatore esige in concreto per l'integrazione dell'illecito penale un danno o un pericolo: in questi casi, come detto, l'offesa entra nel tipo, e viene marginalizzata la possibilità di uno scarto tra tipicità e offensività[64]; ma quando una delle due forme di lesione non è richiesta, l'offesa è in un certo senso presunta, perché appartiene alla *ratio* della disposizione: dizione impropria – perché, come visto, il dubbio giova all'imputato, contrariamente a quanto avviene nel caso di vere e proprie presunzioni legali –, ma convenzionale; ed è "presunta" tanto nei reati di danno, quanto in quelli di pericolo: perciò, come può (o non può) parlarsi di "pericolo presunto", può parlarsi di "danno presunto" nei casi corrispondenti.

---

categoria, l'art. 49 secondo comma c.p. stimolerebbe un'interpretazione che ne espliciti il necessario contenuto offensivo. In ogni modo, avvertiamo la delicatezza della tematica, meritevole di ben altro approfondimento; sul punto, di particolare interesse è l'esatto discernimento dei reati di danno presunto da quelli di pericolo presunto: laddove infatti un'offesa non sia esplicitamente richiesta, quale è il criterio che consenta di asserire che ad essere presunto sia stato un danno, piuttosto che un pericolo? Ad esempio, quale è la base normativa per affermare che l'art. 624 c.p. "presuma" (nel senso qui chiarito) un danno patrimoniale, tale per cui la verifica della sua insussistenza escluda *ex* art. 49 cpv. c.p. la punibilità? E cosa impedisce di ritenere che ad essere presunto sia invece semplicemente un pericolo per il patrimonio del derubato, messo a repentaglio da un'indebita sottrazione *potenzialmente* lesiva? Altro esempio, meno provocatorio, è dato dalla fattispecie di cui all'art. 712 c.p.: come riportato *supra* al § 2, *sub* nota 23, a proposito di tale contravvenzione vi è effettivamente un contrasto interpretativo circa la valenza esimente della legittima provenienza del bene incautamente acquistato; a nostro avviso, le difformi conclusioni in merito traggono implicitamente origine dalla qualificazione di tale illecito come reato di danno oppure di pericolo: ove è chiaro che, ad intenderlo di danno, l'accertamento della legittima provenienza priverebbe di contenuto offensivo il fatto concreto; mentre, a ritenerlo di pericolo, l'acclarata liceità dell'acquisto di per sé non sminuirebbe l'arrecato rischio di incentivazione di delitti contro il patrimonio (non convincente, dunque, ci pare la tesi intermedia del MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. X, cit., pp. 728 ss., secondo cui il reato sarebbe di pericolo, ma verrebbe escluso dalla prova della legittima provenienza). Pertanto, nel silenzio del legislatore circa la necessaria integrazione di un'offesa, assai importante si rivela il compito dell'interprete nello stabilire se ad essere "presunto" sia un danno o un pericolo; e *a contrario*, se la punibilità sia esclusa *ex* art. 49 cpv. c.p. dall'assenza di un danno, o dall'assenza di un pericolo.

[64] Ma non annullata: l'offesa, infatti, è il significato lesivo di tutta la fattispecie, e non del solo "esito" dannoso o pericoloso; d'altra parte, il reato non è semplicemente un "illecito di lesione", ma è di "modalità di lesione" (in tema si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 9 ss.): pertanto, l'offesa espressa dal reato è costituita dal particolare *iter* che conduce all'incisione sul bene giuridico, tale per cui la carenza di lesività può appuntarsi su uno degli elementi del fatto e, per la inidoneità concreta di questo a manifestare il disvalore ipotizzato dal legislatore, impedire "a cascata" l'integrazione dell'offesa pretesa dalla disposizione incriminatrice al complesso di tutti i fattori che la compongono.

Nulla, poi, autorizza a considerare invincibile la presunzione di pericolo, e superabile *ex* art. 49 cpv. c.p. quella di danno, atteso che la citata disposizione parla di impossibilità di realizzazione dell'"evento dannoso o pericoloso" e quindi, come dimostrato da illustre dottrina, è applicabile a ogni tipo di fattispecie che non risulti con essa strutturalmente incompatibile[65], e quindi anche ai casi di reati di pericolo presunto[66]; tali illeciti si differenzieranno dai reati di pericolo concreto solo perché in questi, come nei corrispondenti reati di danno concreto, vige la differente regola di giudizio che impone all'accusa di provare la lesione, e non alla difesa di provare l'inoffensività: o meglio, il dubbio sull'offensività.

5. *Il dolo presunto e le presunzioni di dolo*. – Dottrina e giurisprudenza meno recenti ritenevano che la sussistenza del dolo, sempre o solo per determinate fattispecie, risultasse *in re ipsa* già dalla realizzazione materiale dell'illecito[67]; per tal via si giungeva ad una netta semplificazione dell'accertamento dell'elemento psicologico che, per sfuggire a quella che altrimenti sarebbe stata una sorta di *probatio diabolica*, seguiva lo schema della presunzione: dato il fatto

[65] E' il caso, ovviamente, dei reati di danno e di pericolo concreto, ove il necessario accertamento in positivo dell'offesa, elemento costitutivo del tipo, non lascia spazio ad una successiva indagine circa l'assenza di tale requisito.

[66] M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 7; TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., p. 82; nello stesso senso, anche se richiedendo la soddisfazione di talune condizioni, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 86. *Contra* altra parte della dottrina, tra cui si veda ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, p. 142, che parla di "presunzione *juris et de jure*" di pericolosità; BETTIOL, *Diritto penale*, Parte generale, Palermo, 1950, p. 215; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 206. In giurisprudenza, si è riconosciuta la non punibilità di reati a pericolo presunto (in particolare, l'art. 437 c.p.) quando "per gli eccezionali fattori presenti nel fatto concreto, sia da escludere, *ex* art. 49 comma secondo c.p., l'offesa tipica": così Cass., sez. I, 7 febbraio 1977, Salimbene; nello stesso senso Trib. Venezia, 24 ottobre 2003, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 804 ss., con nota di PALAVERA, *Disastro e pericolo di disastro*.

[67] Tale convinzione è limpidamente esposta da FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl, Giessen, 1808, pp. 59 s., citato e tradotto in DEMURO, *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1452: "poiché nelle azioni umane, la natura dello spirito umano può permettere la spiegazione più immediata dell'intenzione di una persona, deve ritenersi, perciò, che la produzione di un effetto per mezzo di un'azione volontaria, senza che quell'effetto sia stato scopo della volontà, rappresenti solo una particolare eccezione a una regola generale: così anche un effetto antigiuridico prodotto attraverso un'azione volontaria deve venire riconosciuto come scopo della volontà, a meno che non si mostrino motivi sufficienti per una eccezione".
In senso critico, con un approfondito studio sui criteri di accertamento del dolo e l'esigenza di evitare l'utilizzo di impropri schemi presuntivi, si rimanda al fondamentale lavoro di BRICOLA, Dolus in re ipsa, Milano, 1960; si veda anche DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., pp. 1410 ss..

noto della condotta lesiva, si presumeva la volontarietà della stessa e dei suoi effetti. Questa presunzione, si asseriva, aveva valore esclusivamente relativo, essendo fatta salva la prova contraria al fine di escludere il dolo[68].

Tale lettura, però, non appare compatibile con quanto più volte ribadito nel corso della presente trattazione.

L'impostazione citata, invero, traeva origine da esigenze prettamente pratiche[69]: lo stato psicologico del soggetto agente risulta di difficile accertamento perché, consistendo in un elemento interiore, non può essere direttamente ricostruito sulla base di dati empirici e tangibili[70] – come invece accade per le componenti oggettive della fattispecie –, ma solo ricavato per via indiretta sulla scorta dei segni esteriori palesatisi nello svolgimento dei fatti, da valutarsi quali indizi del sostrato psicologico della condotta[71].

Tuttavia, laddove una norma non preveda espressamente che da un elemento noto possa trarsi la prova del dolo, è assolutamente incongruo il riferimento alla presunzione legale: più semplicemente, sarà il giudice a poter adoperare presunzioni semplici per ricavare da elementi conosciuti ciò che non potrà mai essere esteriormente percepito e dunque direttamente accertato, ossia il foro interno di un individuo[72].

Se questa è, sommariamente, la direttiva generale valevole per il riscontro dell'elemento doloso della fattispecie, le applicazioni pratiche – anche in tempi recenti – continuano a palesare un'impropria commistione di piani.

Talvolta si considera *in re ipsa* il dolo al realizzarsi di certe condotte tipiche, ritenute *ex ante* inevitabilmente (salva prova contraria) illuminanti circa

[68] VENDITTI, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, p. 161, ritiene al proposito che la sussistenza del dolo sia ricavabile già sulla base di una "verità interinale o provvisoria", ma che questa possa essere rovesciata in presenza di elementi da cui arguire il contrario.

[69] DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., pp. 1435 e 1439, ove si riferisce che, in epoca medievale, alla parzialità dell'accertamento proprio della teoria del *dolus praesumptus* faceva da contrappeso una pena diminuita rispetto alla *plena probatio* del *dolus verus* o *manifestus*.

[70] Per tutti, VENDITTI, voce *Dolo*, cit., p. 161.

[71] Se si esclude la confessione del reo, nel caso dell'elemento soggettivo anche le prove storiche non rappresentano direttamente il foro interno dell'agente, ma al più la descrizione che egli ne fornisca; ad esempio, un testimone può riferire l'ammissione di volontarietà da parte dell'agente: ma sarà sempre un racconto il cui oggetto non è stato direttamente percepito dal narrante.

[72] Evidenzia il percorso storico che conduce dalla presunzione legale a quella semplice DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., p. 1452.

l'atteggiamento psichico del soggetto agente[73]. E' il caso, ad esempio, dei reati omissivi propri, dove la coscienza dell'omissione diventa automaticamente dolo della fattispecie oggettiva, dandosi per scontato che chi tralascia di conformarsi a un obbligo voglia o si rappresenti il disvalore cagionato dalla propria "inerzia giuridica"[74]; o del reato di ingiuria, dove il pronunciare parole univocamente offensive implicherebbe senza necessità di ulteriore dimostrazione la coscienza dell'agente di ledere l'onore della vittima[75].

Tuttavia, già questa scarna esemplificazione palesa l'inesattezza di tale impostazione.

La presunzione semplice, proprio perché *non* fondata su un vincolante disposto normativo preesistente, non può mai prescindere da un accertamento completo ed il più possibile esaustivo; e se il dolo è – come innegabile – elemento costitutivo dell'aspetto soggettivo della fattispecie criminosa, esso va provato sino a giungere alle soglie della certezza processuale. Da ciò deriva che solo dopo che siano stati raccolti tutti gli elementi idonei ad indicare la sussistenza del dolo, possa individuarsi la massima di esperienza capace di condurre alla conclusione del sillogismo giudiziale.

In altre parole, la massima da utilizzarsi in concreto non può postularsi valida prescindendo dal fatto verificatosi e al suo accertamento processuale; essa è il frutto dell'esperienza, ed aiuta a ricostruire i frammenti mancanti sulla base di quanto è accaduto ed accade in casi analoghi: ma prima occorre comprendere come si sia svolto il caso di specie e quale regola empirica possa essere richiamata.

Tornando ad uno degli esempi citati, non può bastare accertare che l'agente abbia proferito espressioni universalmente riconosciute come offensive, per trarne la conseguenza che dunque anch'egli si è avveduto della lesività delle sue ingiurie e

---

[73] Sottolinea la tendenza giurisprudenziale di ricavare l'esistenza del dolo dalla tipologia del reato PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di* civil law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 628.

[74] Per una recente analisi del tema, ci sia consentito rinviare anche a PECORARO, *Profili particolari in tema di oggetto e accertamento del dolo nei reati omissivi propri*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2594 ss.

[75] MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, cit., pp. 459 ss.; in giurisprudenza, tra le molte, già Cass., 8 maggio 1935, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 92.

pertanto sia sussistente il dolo; invero, sarà necessario indagare sull'offensore e sulla possibilità che quella massima sia applicabile al suo caso: il che sarà il risultato di un'indagine che accerti che l'agente fosse di media cultura ed intelletto, e soprattutto comprendesse il significato dell'espressione o addirittura della lingua da lui utilizzata; ma se ad esempio l'ingiuriante risultasse straniero, è ovvio che quell'iniziale illazione non sarebbe affatto consentita, e andrebbe ricercata altra massima di esperienza da cui ricavare l'atteggiamento psicologico dell'evento concretamente verificatosi: e nessuna disposizione normativa, si ribadisce, autorizza ad imporre all'imputato l'onere di smentire una massima acriticamente assunta come paradigma indiziario. Insomma, appare evidente che prima vanno raccolti gli elementi significativi del caso concreto, e solo in un secondo momento può "presumersi" il dolo, sulla scorta della massima di esperienza più acconcia.

Il che, dunque, non significa negare validità alle espressioni "dolo presunto" o "presunzione di dolo", ma solo censurare il procedimento sovente utilizzato, soprattutto da una giurisprudenza talora poco propensa a personalizzare a sufficienza l'accertamento dell'elemento psicologico.

Ancora, l'indagine è ingiustificatamente semplificata anche in altre circostanze, grazie ad argomentazioni che insieme stravolgono la struttura del dolo ed implicano un improprio ricorso a presunzioni[76].

E' il caso in cui il dolo c.d. eventuale viene ravvisato in una generica "accettazione del rischio" della verificazione dell'evento, ritenuta propria del soggetto agente a prescindere da un accertamento in concreto. La giurisprudenza,

[76] E' innegabile la relazione biunivoca tra contenuto del dolo ed accertamento del medesimo: come i confini attribuiti all'oggetto del dolo, ovviamente, influiscono sul *quid* da accertarsi (PAGLIARO, *Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2496), così dalle modalità con cui tale ricerca è effettuata discende la concreta ricostruzione della struttura di tale elemento soggettivo: così EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1070; DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., p. 1438. Pertanto, l'interprete dovrà porre particolare attenzione nell'accertamento, affinché nella dinamica dell'applicazione pratica la natura del dolo non ne esca stravolta.

al proposito, ci offre una molteplicità di esempi, puntualmente oggetto di concordi critiche in dottrina[77].

Il paradigma più frequente[78] è quello della responsabilità degli amministratori o dei sindaci per gli illeciti commessi da propri dipendenti o dirigenti[79]: se i soggetti posti in posizione apicale, destinatari di un generale obbligo giuridico di vigilanza sull'attività dei propri preposti, omettono il doveroso controllo su questi ultimi, allora accettano anche il rischio che questi delinquano; conseguentemente, in caso di reato essi ne rispondono causalmente *ex* art. 40 cpv.[80], e soggettivamente a titolo di dolo eventuale[81].

Tale costruzione appare francamente inaccettabile, rispondente più all'esigenza di poter utilizzare l'istituto del dolo eventuale come "grimaldello"[82], come "*deus ex machina*"[83], e così di non mandare impuniti quei delitti ritenuti difficilmente reprimibili a cagione del disagevole accertamento dello stato psicologico dell'agente[84].

Delle due l'una: o si tratta di un fraintendimento della corretta natura del dolo che, anche nella sua forma eventuale, resta sempre uno stato psicologico

---

[77] ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, cit., p. 87, invita a essere "guardinghi nei confronti delle disinvolte dilatazioni giurisprudenziali in tema di dolo eventuale".

[78] PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 629 – cui si rimanda per una recente panoramica sul tema – individua in tale ambito un "illuminante esempio di *dolo presunto*" (corsivo dell'Autore).

[79] In generale, sulla tematica – spesso collegata – della c.d. delega di funzioni si veda, per tutti, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

[80] Per tutti, vedi FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, pt. V, c. 44. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 7 febbraio 1996, Altea, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2652, con nota di DI VICO, *La delega di funzioni e i suoi differenti effetti nel settore privato ed in quello pubblico*.

[81] In questo senso, esplicitamente, Cass., sez. III, 9 aprile 1997, Ciciani, in *C.E.D. Cass.*, n. 208804; Trib. Lecce, 30 novembre 1993, Calabro, in *Foro it.*, 1995, II, p. 653; Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, pp. 1477 ss.; in dottrina, in posizione che pare pressoché isolata, GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, p. 311, che addirittura ritiene non si possa più parlare di dolo eventuale, bensì di dolo diretto, qualora l'omesso controllo si protragga nel tempo.

[82] PROSDOCIMI, Dolus eventualis, Milano, 1993, p. 228.

[83] PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1277.

[84] La dottrina penalistica più accorta ha da tempo censurato la tendenza all'utilizzo del dolo eventuale quale strumento processuale probatorio finalizzato ad eludere le difficoltà di accertamento del dolo; per tutti, IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3161; medesima consapevolezza si registra nell'ambito della dottrina processual-penalistica: MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, pt. III, p. 653.

effettivo, che in quanto tale va accertato nella sua pienezza[85]. Non basta, dunque, la possibilità astratta che ad una certa condotta consegua un determinato evento; è necessario pure che tale eventualità sia concretamente rappresentata dall'agente[86] (*rectius*, omittente) – anche se soltanto in termini di possibilità o probabilità –, il quale poi non l'abbia esclusa per il caso di specie; in altre parole, perché si abbia dolo eventuale l'obbligato deve essersi effettivamente rappresentato la possibilità che il soggetto su cui avrebbe dovuto vigilare avrebbe potuto, nel caso concreto, perpetrare il reato.

Oppure, se vengono accettate tali premesse teoriche, ad essere manchevole in quell'impostazione è il percorso di accertamento, laddove si *presume* che chi non controlli si rappresenti conseguentemente il rischio di un reato: presunzione però arbitraria, perché fondata su un fatto noto (l'omesso controllo) da cui non è dato trarre, di per sé, alcuna univoca implicazione, in quanto nel merito va negato che la relativa massima di esperienza sia sufficientemente attendibile; perciò, non può assolutamente ritenersi che, ogniqualvolta sia stato violato un dovere di vigilanza, sussista *in re ipsa* il dolo nell'omittente, ma si richiede al contrario un autonomo e specifico vaglio sul punto che, in linea con quanto già illustrato più sopra, consenta la scelta della massima di esperienza più idonea a spiegare il caso concreto[87].

In questa direzione si è mossa altra parte della giurisprudenza – più sensibile alle citate esigenze di individualizzazione dell'indagine – che ha cercato di fondare l'ascrizione del dolo eventuale sulla presenza, o meno, di circostanze oggettive di fatto tali per cui il garante non avrebbe potuto non rappresentarsi il rischio di condotte illecite da parte del sorvegliando[88]: perciò, in presenza di visibili "segnali d'allarme", il soggetto tenuto al controllo necessariamente può e deve avere consapevolezza che vengono poste in atto manovre poco "trasparenti", tale per cui l'astratto obbligo di vigilanza diviene fonte di un concreto obbligo di

[85] In giurisprudenza, per tutti, Cass., sez. un., 15 dicembre 1992, Cutruzzolà, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1095.
[86] Cass., sez. I, 15 luglio 1988, Sartori, in *Riv. pen.*, 1990, p. 186; Cass., sez. II, 1 settembre 1994, Arienti.
[87] ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, cit., p. 87.
[88] Per es., Cass., sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, pp. 120 ss..

intervento che, una volta eluso, fonda un rimprovero per dolo eventuale proprio perché l'evento-reato non poteva non essere effettivamente rappresentato dall'omittente.

Ci si avvicina per tal via ad una soluzione maggiormente aderente ai principi comunemente accolti in tema di elemento soggettivo; tuttavia, il risultato raggiunto non può ancora ritenersi soddisfacente: perché si possa parlare di dolo (eventuale), infatti, è in primo luogo necessario dimostrare nel concreto che l'agente abbia percepito e compreso i c.d. segnali d'allarme[89] e che quindi, ben conscio della situazione di fatto che gli imponeva di intervenire[90], abbia omesso di farlo accettando il rischio dell'evento-reato.

Facendo grande attenzione, peraltro, a non utilizzare paradigmi esplicativi che, se carenti del necessario grado di personalizzazione, rischierebbero di trasfigurare l'elemento del dolo in quello della colpa[91]: rischio assai fondato in quelle applicazioni giurisprudenziali che, nel tentativo di inferire l'atteggiamento psichico dell'agente concreto, fanno riferimento a quanto un soggetto nella posizione del reo si sarebbe rappresentato – e dunque alla prevedibilità dell'evento –, così da dedursi che il reo "non poteva non sapere".

Ciò che vi è di errato in questa soluzione non è il mero utilizzo di un modello da cui trarre presunzioni per il caso di specie, bensì la *scelta* del modello cui commisurare l'agente[92]. Questi, infatti, non deve essere valutato sulla base di

---

[89] E non soltanto che a tale rappresentazione egli sarebbe potuto giungere, se solo avesse adempiuto ai propri obblighi di controllo; così STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, pp. 570 ss..

[90] Sottolineano la necessità della previa rappresentazione della situazione oggettiva da cui deriva l'obbligo di attivarsi CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1153; EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo*, cit., p. 1062; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1277; più in generale, vedi anche FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 553.

[91] Individuano una sorta di "riduzione del dolo alla colpa", tra gli altri, CRESPI, *La giustizia penale*, cit., p. 1156; EUSEBI, *In tema di accertamento*, cit, p. 1067; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1265; PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., pp. 629 e 632, il quale intravede una "modificazione genetica del dolo", che lo conduce ad atteggiarsi in chiava esclusivamente funzionalistica, come criterio di imputazione normativa ricavabile dalla situazione di rischio ipostatizzata dalla fattispecie. In giurisprudenza, App. Milano, 22 aprile 1986, Novelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987 pp. 1060 ss., con nota di EUSEBI, *In tema di accertamento*, cit..

[92] M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 751, sottolinea che l'individualizzazione del rimprovero di dolo, e quindi il suo allontanamento da schemi impropriamente presuntivi, dipende appunto principalmente dal modello scelto per indurre il connotato psichico della condotta da segni esteriori.

quanto si sarebbe rappresentato un individuo accorto e diligente[93], o un altro soggetto di *ejusdem professionis et condicionis*[94] – parametro che, non a caso, è tradizionalmente utilizzato per formulare il giudizio di colpa –, o comunque un uomo medio posto nella stessa situazione del soggetto agente[95]; al contrario, il modello da cui trarre indicazioni è quello di un soggetto in tutto e per tutto simile all'agente, dotato delle medesime competenze e conoscenze, ma anche degli stessi limiti e difetti, nonché di analogo tessuto di relazioni personali, che possano ad esempio far ipotizzare la plausibilità di un suo affidamento nella condotta dei terzi[96]; è con tale individuo così concretizzato che va comparato il comportamento dell'agente, per poter affermare se, alla luce di massime di esperienza, il suo contegno sia stato tenuto dolosamente o meno[97]; e sempre residuando la possibilità di smentire i risultati così raggiunti, se emergano nel caso concreto ragioni che spieghino uno scostamento del soggetto dai propri *standards*[98]. Il "non poteva non sapere" (*rectius*, "rappresentarsi"), dunque, sarà pure espressione di un giudizio presuntivo, ipotetico; ma non sarà scorretta, se verrà formulata sulla base di un vaglio effettivamente individualizzato.

In conclusione, si vuole in questa sede sottolineare l'esigenza che l'accertamento del dolo segua le regole comuni per il riscontro di qualsiasi elemento essenziale della fattispecie, con le limitazioni dovute alla natura "interiore" del dato da provare ma fuori da qualunque presunzione legale o scorciatoia probatoria; di

---

[93] EUSEBI, *In tema di accertamento*, cit., 1065, poiché altrimenti si giungerebbe "a dare per noto ciò che tale dovrebbe risultare in base alle regole astratte rilevanti ai fini della responsabilità colposa"; al riguardo PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, p. 393, avverte "che non di rado si scambia la previsione con la prevedibilità, lo *scivisse* con lo *scire potuisse ac debuisse*". Nello stesso senso DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., p. 1456.

[94] Stigmatizza la deduzione del dolo dal ruolo rivestito dall'agente PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 630.

[95] FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 827.

[96] Sulla rilevanza dell'affidamento nel terzo, al fine dell'esclusione del dolo, vedi MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 990; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 2 marzo 2000, Troiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 217476.

[97] Pur con differenti accenti, PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, cit., p. 258, che sottolinea l'esigenza di "un'attenta analisi di tutte le caratteristiche del caso concreto"; tale vaglio, però, sarebbe finalizzato a "smentire, in concreto, la massima d'esperienza a prima vista applicabile", più che a individuare proprio la massima d'esperienza da utilizzarsi nel caso concreto. Affermazione, questa, già presente in M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 801, e VENDITTI, voce *Dolo*, cit., p. 161.

[98] Sul punto, vedi i riferimenti alla nota che precede.

norma sarà sì lo schema delle presunzioni semplici a permettere di portare alla luce quel che è nascosto nel foro interno del soggetto agente[99], ma il giudice dovrà osservare la massima cautela prima nella raccolta degli indizi a tal fine rilevanti e poi nella scelta della massima di esperienza da utilizzarsi: così da giungersi alla certezza *oltre ogni ragionevole dubbio*[100], partendo dall'*id quod plerumque accidit*, che il reo sia da considerarsi certamente e pienamente consapevole delle conseguenze lesive e del significato offensivo della propria condotta[101].

6. *La colpa presunta; la prevedibilità e l'evitabilità presunte: il caso fortuito e la forza maggiore*. – Altra espressione sovente utilizzata è quella di "colpa presunta".

Tale locuzione starebbe ad indicare quei casi in cui il legislatore imporrebbe una punibilità a titolo di colpa prescindendo dall'accertamento della sussistenza degli elementi strutturali di tale criterio di imputazione soggettiva.

In particolare, si parte dal presupposto dogmatico che all'art. 43, primo comma, terzo alinea, c.p. sia descritta, insieme alla definizione di delitto colposo, anche la natura della colpa stessa, costituita dalla causazione di un evento dannoso o pericoloso per negligenza, imprudenza o imperizia; elementi a loro volta ricostruibili, secondo un'interpretazione oramai pacifica, sulla base dei parametri della prevedibilità e dell'evitabilità[102]. E ovviamente, in conformità ai principi

[99] Così, lucidamente, DUBOLINO, *Tra miti e realtà. L'effettività della sussistenza del dolo e il suo accertamento*, in *Critica penale*, 2000, p. 110, che distingue tra "dolo presunto" e l'uso di presunzioni per individuare la sussistenza del dolo.

[100] DEMURO, *Prolegomeni storici*, cit., p. 1456.

[101] La dottrina è assolutamente concorde sul punto; tra gli altri, vedi M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 802; GROSSO, voce *Dolo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, p. 10; PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, pp. 258 ss.; TASSI, *Il dolo*, Padova, 1992, pp. 145 ss.; *contra*, CRESPI, *La giustizia penale*, cit., p. 1159, che radicalmente rifiuta l'idea che l'accertamento del dolo possa passare attraverso l'utilizzo di criteri statistici; per un approccio al tema in chiave processualistica, MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo*, cit., p. 654; in giurisprudenza, vedi, ad es., Cass., sez. I, 22 ottobre 1984, Alessandro, in *Riv. pen.*, 1985, p. 1143.

[102] Per tutti, si veda GALLO, voce *Colpa*, cit., pp. 637 ss., il quale comunque preferisce le dizioni di "rappresentabilità" e "prevenibilità", ritenute semanticamente più aderenti ai concetti che si sogliono invece esprimere con i termini "prevedibilità" ed "evitabilità".

generali, la responsabilità per colpa potrebbe seguire solo alla prova positiva della ricorrenza di tali requisiti strutturali.

A questa "vera" colpa si contrapporrebbero invece quelle figure in cui la responsabilità colposa non discenda da tale verifica soggettiva, ma dalla semplice commissione con determinate modalità di un illecito oggettivo: in questi casi, appunto, il legislatore presumerebbe sussistente la colpa, disegnando fattispecie non facilmente distinguibili dalla responsabilità obbiettiva.

Un esempio potrebbe esserci fornito dall'art. 83 c.p., ove – seguendo l'interpretazione che si palesa più convincente –, dimostrata l'intenzione dell'agente di porre in essere un certo delitto, la punibilità a titolo di colpa per l'evento diverso prescinderebbe dall'accertamento positivo della prevedibilità ed evitabilità di tale differente esito delittuoso realizzato dal reo[103]; dunque vi sarebbe una presunzione assoluta[104] di colpa a carico del soggetto, sanzionato *come se* avesse agito colposamente pur in assenza di un accertamento in merito.

Lo stesso potrebbe dirsi a proposito dei casi di colpa c.d. specifica, dove l'elemento soggettivo risulta integrato dalla sola violazione di una norma cautelare positiva[105], senza alcuna ulteriore indagine circa la prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento lesivo verificatosi in conseguenza della trasgressione.

Ebbene, in questi casi è opportuno in primo luogo evidenziare l'errore metodologico – che cela forse una scorretta impostazione dogmatica – di chi analizza il tema ponendo a paradigma della colpa un modello ideale in un certo senso extragiuridico, accolto all'art. 43 c.p. nella definizione di colpa generica ed assunto come pietra di paragone di tutte le altre ipotesi speciali di colpa previste dal legislatore. Solo così, infatti, si spiega il ricorrere alle espressioni di "colpa presunta", o peggio ancora "finzione di colpa": come se tale elemento sussistesse

[103] TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., pp. 136 ss..

[104] E non una "finzione" di colpa, perché la sussistenza dell'elemento soggettivo non sarebbe affermata *in contrasto* con la realtà, ma solo prescindendo dal verificarne la corrispondenza a realtà.

[105] Pur con i correttivi individuati dalla dottrina al fine di soggettivizzare il criterio di imputazione: *in primis*, l'esigenza che la norma trasgredita fonte di responsabilità abbia natura cautelare; in secondo luogo, che l'evento verificatosi rientri nella classe di eventi che quella norma mirava a prevenire; in ultimo, che sussista un rapporto causale tra la trasgressione e il realizzarsi della lesione.

in natura, e potesse assurgere a criterio di conformità delle qualificazioni operate dall'ordinamento[106].

Al contrario, riportando al giusto ordine i rapporti tra i vari istituti, bisogna innanzitutto confermare l'impostazione normativa del concetto di colpa, e rigettare poi ogni cosciente o incosciente scivolamento verso la nozione naturalistica della stessa. Pertanto, è preliminare il riconoscimento che la colpa è ciò che il legislatore riconosce come tale[107], avendo come unico limite – costituzionale – il rispetto del principio di uguaglianza, il quale vieta di fornire la medesima etichetta e così sottoporre alla medesima sanzione comportamenti riconducibili a schemi normativi differenti, i quali potrebbero manifestare diverso disvalore soggettivo[108]; e del principio della personalità della responsabilità penale, che impedisce la punibilità di comportamenti non sorretti da una partecipazione psichica dell'agente[109].

Se così è, non ha senso parlare di presunzione o finzione di colpa: sarà pur vero che il legislatore ne fornisce una definizione generale all'art. 43 c.p., ma essa ha valenza residuale rispetto a tutte le altre ipotesi particolari presenti nell'ordinamento; pertanto e ad esempio, la punizione *ex* art. 83 c.p. prescinderà pure dall'accertamento della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento diverso, ma non perché presuma la colpa, ma solo perché fonda un criterio di imputazione diverso, comunque sempre riconducibile al medesimo titolo e dunque alle stesse conseguenze sanzionatorie[110].

Un problema di regola di giudizio può porsi, ma solo in relazione ad un altro profilo; e così, si darà anche risposta ai possibili profili di incostituzionalità sopra ventilati, in merito alla violazione degli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Come un'attenta dottrina ha evidenziato, infatti, la punizione nei casi di c.d. colpa presunta – che a questo punto, evidenziata l'improprietà terminologica

---

[106] Così, in senso critico, TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., p. 149.
[107] ID., *op. cit.*, pp. 147 ss..
[108] ID., *op. cit.*, p. 147.
[109] ID., *op. cit.*, p. 151, che avverte come non sia sufficiente un *escamotage* "nominalistico" per aggirare l'art. 27 primo comma Cost.. In tema vedi anche *supra* cap. IV § 9.
[110] ID., *op. cit.*, p. 150.

della formula, chiameremo di "colpa speciale"[111] – non scaturisce inevitabilmente dalla realizzazione del fondamento materiale di quell'incriminazione. Allargando lo sguardo all'intero sistema, invero, ci si è avveduti che l'art. 45 c.p. – nell'unica interpretazione che risulta immune da obiezioni di superfluità, se non addirittura di contraddittorietà, rispetto ad altre disposizioni dell'ordinamento penale – fornisce una norma di chiusura in tema di elemento soggettivo del reato, imponendo l'esenzione da pena ogniqualvolta il fatto di reato (e non la sola condotta[112]) sia stato commesso per caso fortuito o forza maggiore; il che, attribuendo alle due espressioni il significato proprio che anche il senso comune attribuisce loro, vuol dire escludere la colpevolezza nei casi in cui l'evento risulti rispettivamente *imprevedibile* od *inevitabile*[113]. I due elementi, peraltro, vanno commisurati alla stregua dell'*homo ejusdem condicionis et professionis*[114] – così come discende da un corretto *iter* esegetico che può qui accogliersi, ma non riportarsi, esulando dal tema della presente trattazione –, ossia alla stregua del medesimo parametro che fonda, in positivo, la prevedibilità e l'evitabilità costitutivi della colpa c.d. generica.

Recependo dunque *in toto* le conclusioni di questa dottrina, ne deriva che l'art. 45 c.p. funge da "valvola di sicurezza"[115] del sistema, impedendo la punibilità di episodi di colpa speciale – per carenza dell'elemento soggettivo – in casi sostanzialmente interpretabili come assenza di colpa generica; in altre parole, come la sanzionabilità *ex* art. 43 comma 1 terzo alinea dipende dalla sussistenza

---

[111] In accezione diversa rispetto a quella fatta propria da MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 341.

[112] TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., pp. 63 ss e 75: d'altra parte, la necessaria *suitas* della condotta è già richiesta dall'art. 42, comma primo, c.p.. Al contrario, in giurisprudenza affermano la valenza del caso fortuito di esclusione della coscienza e volontà Cass., sez. V, 28 aprile 1978, Negroni, in *Cass. pen.*, 1979, p. 646; Cass., sez. IV, 5 dicembre 1980, Biagini, in *Riv. pen.*, 1981, p. 588; Cass., sez. IV, 23 gennaio 1981, Verginella, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 484.

[113] ID., *op. cit.*, pp. 64 e 74. In giurisprudenza Cass., sez. un., 14 giugno 1980, Felloni, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1981, pp. 172 e 496, con nota di PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, ritiene analogamente che il caso fortuito coincida con un fattore imprevedibile che escluda la ricorrenza dell'elemento soggettivo. Nello stesso senso anche Cass., sez. IV, 27 gennaio 1989, Leonardi, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1027.

[114] TRAPANI, *op. cit.*, pp. 73 e 77, cui interamente si rimanda per il percorso argomentativo e per l'esposizione e la confutazione delle diverse ricostruzioni.

[115] ID., *op. cit.*, p. 81.

della prevedibilità e dell'evitabilità alla stregua dell'uomo della medesima cerchia sociale dell'agente, la mancanza di tale prevedibilità ed evitabilità manda esenti da pena i casi di colpa speciale; ciò significa che, tanto nei casi di colpa generale, quanto in quelli di colpa speciale, la mancanza di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo determina l'esclusione dell'elemento soggettivo, e dunque la non sanzionabilità del fatto.

Ciò, però, non annulla le differenze tra le due forme di colpa: se in tale ricostruzione la rappresentabilità e la prevenibilità entrano in gioco anche nelle ipotesi di colpa speciale, la regola di giudizio che presiede alla loro operatività è diversa rispetto ai casi di colpa generale[116]: in questi, ove costituiscono elementi strutturali positivi, prevedibilità ed evitabilità debbono essere specificamente accertati e provati; in quelli di colpa speciale, invece, essi assumono la veste di fattori negativi che, dall'esterno, vanno a escludere la colpevolezza qualora dimostrati; in assenza di alcuna prova in merito, pertanto, la colpa speciale sarà ritenuta sussistente senza necessità di indagine da parte di giudice e pubblico ministero[117].

La differenza, dunque, sarà nel diverso onere probatorio sussistente nei due casi: nel primo sarà l'accusa a dover dimostrare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, nel secondo sarà la difesa ad avere interesse ad accertare l'insussistenza di tali elementi.

Sembra di ricalcare la distinzione già proposta tra reati a offesa (danno o pericolo) concreta e reati a offesa presunta[118]: anche in quell'ambito, invero, il discrimine tra le due specie correva lungo la spettanza dell'onere di dimostrare la sussistenza o l'insussistenza del danno o del pericolo, fermo restando che l'assenza di lesione in entrambi i casi conduce ad escludere la punibilità.

---

[116] ID., *op. cit.*, pp. 83 e 147.

[117] In questo senso, ID., *op. cit.*, pp. 65 e 74; relativamente alla regola di giudizio della forza maggiore, si veda anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 82, il quale però giunge a tale conclusione non sulla scorta del segno negativo dell'elemento in parola, bensì sulla scorta della natura eccezionale dello stesso; e, in relazione al caso fortuito, ID., *Appunti di diritto penale. L'elemento psicologico*, cit., p. 173.

[118] *Supra* § 3. Per l'individuazione di tale analogia si veda ancora TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., p. 82.

In tema di offesa, però, abbiamo potuto utilizzare l'espressione danno e pericolo *presunto*, qualificazione che per quanto riguarda la colpa si è dovuto rigettare; il motivo dovrebbe essere chiaro: mentre la lesione ha effettivamente un significativo substrato "naturale"[119], tale che danno o pericolo possono essere presunti[120], lo stesso non è a dirsi per la colpa.

Questa è un criterio normativo di imputazione, e perciò il legislatore non può mai presumerla, ma solo costruirla in maniera di volta in volta differente rispetto alla nozione generale; ciò che può presumere, al massimo, sono quei requisiti costitutivi della prevedibilità ed evitabilità che, grazie all'art. 45 c.p., qualora assenti valgono sempre a escludere la colpevolezza; se proprio si vuole creare un parallelismo terminologico con l'ambito dell'offesa, come da una parte parliamo di reati di danno concreto e di pericolo concreto contrapposti a quelli di danno e di pericolo presunto, dall'altra si possono distinguere i reati colposi di prevedibilità ed evitabilità concreti, da quelli di prevedibilità ed evitabilità presunti[121]: proprio perché ad essere pretermesso non è l'accertamento della colpa, ma solo quello di uno dei requisiti essenziali dell'elemento soggettivo.

Peraltro, lo schema ora illustrato travalica gli stessi confini delle fattispecie colpose, ben potendosi applicare a qualsiasi altra ipotesi in cui la rappresentazione o la rappresentabilità dell'evento non costituiscano elemento essenziale dell'illecito[122]: la portata generale dell'art. 45 c.p., corroborata anche dalla corretta interpretazione dell'art. 27 Cost., è capace di inserire in ogni fattispecie criminosa i requisiti negativi dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità dell'evento dannoso o pericoloso realizzato, a prescindere dal titolo di imputazione previsto dal legislatore: che sia colpa speciale, che sia

[119] Fermo restando che i confini e il rilievo dell'offesa dipendono strettamente dal precetto giuridico.

[120] Anche se si è chiarito in precedenza che non di vera presunzione si trattava, perché il dubbio giova comunque all'imputato.

[121] Come nel caso dei reati di pericolo presunto, una sorta di presunzione fonda la *ratio* della fattispecie soggettiva: come lì certi comportamenti possono essere ritenuti con sufficiente probabilità lesivi di un bene, e pertanto si impone di prescindere da un accertamento in concreto del pericolo cagionato, così nei casi di colpa speciale la prevedibilità ed evitabilità viene presunta, oltre che per una scelta di politica criminale di aggravare la posizione processuale di chi si trovi a *versari in re illicita*, anche per la correlazione statistica tenuta in conto dal legislatore tra condotte illecite (basti pensare alla violazione di norme cautelari e colpa specifica) ed eventi dannosi.

[122] TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., pp. 78 ss..

preterintenzione[123], che sia responsabilità c.d. "oggettiva", o che sia qualsiasi altra ipotesi penalmente rilevante di divergenza tra voluto e realizzato; in tutti questi casi, potrà affermarsi che la prevedibilità e la prevenibilità dell'evento siano da considerarsi in un certo senso "presunte".

Passando poi al versante dello *standard* probatorio richiesto dalla regola di giudizio, ci si avvede che anche per il presente ambito l'utilizzo del termine presunzione è comunque tecnicamente improprio: l'art. 45 c.p., nella sua formulazione negativa, impone sì all'impostazione difensiva di far emergere la sussistenza del caso fortuito e della forza maggiore, e dunque l'assenza di rappresentabilità e prevenibilità in concreto dell'evento; tuttavia, come in altri casi non si deroga ai principi generali dettati in tema di *quantum* cognitivo richiesto per l'assoluzione: perciò, la mancanza di evidenze circa il caso fortuito e la forza maggiore imporranno la condanna, ma allo stesso tempo, *ex* art. 530 comma secondo c.p.p., il semplice dubbio circa la prevedibilità ed evitabilità dell'evento verificatosi imporrà il proscioglimento perché "il fatto non costituisce reato".

Infine, talune questioni che ci eravamo riservati di trattare, ossia la compatibilità di tale inversione dell'onere della prova (o meglio, di ingenerare il dubbio) con il disposto costituzionale.

Come accennato, un primo profilo può attenere alla violazione del principio di uguaglianza tra i cittadini di cui all'art. 3 Cost., laddove vengano punite con il medesimo titolo e la medesima pena situazioni diverse; quanto abbiamo sostenuto sinora, però, dovrebbe aver mostrato come i casi di colpa generale e quelli di colpa speciale non siano sostanzialmente eterogenei, l'unica differenza risiedendo nel procedimento di accertamento di taluni requisiti costitutivi, e non nella natura dei requisiti stessi; è dunque solo da verificare se il diverso processo di fissazione formale dei fatti, disegnato in maniera svantaggiosa per l'imputato di fatti punibili per colpa speciale, sia giustificato da esigenze ragionevoli di discriminazione; è un'analisi che può essere svolta solo caso per caso, ma che ad

[123] ID., *op. cit.*, p. 358.

uno sguardo generale pare condurre a risultati confortanti per la legislazione ordinaria: il fondamento di un'incriminazione per colpa speciale, infatti, appare sempre la realizzazione oggettiva di una condotta già biasimevole per l'ordinamento, tale da consentire un aggravio della posizione del giudicando.

Ad esempio, nel caso della colpa speciale di cui all'ultima parte dell'art. 43 c.p., primo comma terzo alinea, ossia la colpa c.d. specifica, il soggetto agente ha realizzato l'evento violando delle norme cautelari positive, e con ciò ha giustificato due diverse considerazioni da parte del legislatore: da un lato, la disposizione violata ha natura cautelare in quanto dettata proprio al fine di impedire determinati eventi lesivi che, nella valutazione dell'ordinamento, discendono secondo l'*id quod plerumque accidit* dalle condotte vietate[124]; dunque, chi trasgredisce tali norme pone in essere un comportamento pericoloso che è già stato riconosciuto e indicato come tale alla collettività, e quindi l'accertamento della prevedibilità e dell'evitabilità possono essere *ragionevolmente* semplificati, in quanto agli occhi del legislatore e dei destinatari del precetto tali caratteri sono o debbono essere *in re ipsa*, salvo prova (*rectius*, dubbio) contraria[125]; dall'altro lato, l'ordinamento mostra un altrettanto *ragionevole* irrigidimento nei confronti di chi abbia violato le sue disposizioni cautelari, contraccambiando il disvalore manifestato dal trasgressore con una "sanzione processuale": l'inversione dell'onere.

Tale ultima considerazione è valida ed esaustiva anche per un altro caso di colpa speciale, quello previsto dal già citato art. 83 c.p.; nell'*aberratio delicti*, infatti, non c'è la trasgressione di una disposizione cautelare, non potendo sempre ritenersi tale la norma incriminatrice che l'agente voleva violare; tuttavia un maggior disvalore, rispetto ai casi di colpa specifica, è manifestato dal soggetto che desidera infrangere non un precetto qualsiasi, bensì uno coperto dal suggello della sanzione penale. Pertanto, vieppiù ragionevole si appalesa la scelta del

[124] Così sostanzialmente Cass., sez. IV, 15 ottobre 1997, Pretto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2941.
[125] TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., p. 83.

legislatore di aggravare la posizione processuale del reo, in conseguenza del più intenso disvalore palesato dalla sua condotta[126].

Altro profilo di costituzionalità riguarda poi la possibile violazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., che nella sua più completa e convincente estensione arriva a subordinare la punibilità della condotta alla riferibilità psichica del fatto all'agente. L'automatica imputazione per colpa al realizzarsi di un illecito oggettivo, infatti, potrebbe far ritenere insoddisfatta l'esigenza costituzionale della sussistenza dell'elemento soggettivo; tuttavia, la presenza dell'art. 45 c.p., e la sua operatività nei termini che si sono visti, consentono di superare quel profilo di tensione, portando a riconoscere che, al di là delle questioni attinenti alla regola di giudizio, un fatto non sorretto da un *quid* minimo di rappresentabilità ed evitabilità non potrà essere punito[127].

Ultimo aspetto, invece, attiene al potenziale contrasto con la presunzione di non colpevolezza che si pretende prevista all'art. 27 secondo comma Cost.; al riguardo, non possono che ripetersi le considerazioni proposte sinora.

Se infatti si ritiene insussistente a livello costituzionale tale generale presunzione, nessun sospetto di illegittimità può sollevare il rapporto tra le ipotesi di colpa speciale e l'operatività dell'art. 45 c.p.; al contrario, se si ritiene che ogni attribuzione di oneri probatori all'imputato sia vietato dalla Costituzione, deve giocoforza concludersi che anche in tal caso la regola di giudizio sia illegittima, nella misura in cui impone al giudicando di dimostrare, sia pure in forma attenuata, l'assenza di elementi necessari alla condanna.

7. *L'imputabilità del maggiorenne.* – Tradizionalmente si ritiene di risolvere il problema dell'accertamento dell'imputabilità dell'imputato sulla scorta di una presunzione *iuris tantum* di capacità dell'individuo maggiorenne[128]; tanto in

[126] ID., *op. cit.*, p. 147.
[127] ID., *op. cit.*, p. 84.
[128] In dottrina si è da tempo rilevato che le espressioni "imputabilità" e "capacità di intendere e di volere" non sono sinonimiche, atteso che l'assenza della seconda non comporta necessariamente l'esclusione della prima, come avviene in tutti quei casi in cui il legislatore dichiara irrilevante l'incapacità naturalistica ai fini dell'esclusione dell'imputabilità (vedi ad. es. art. 92 c.p.): in questo senso, si veda

dottrina, quanto in giurisprudenza[129], si sostiene che, data la maggiore età del soggetto, possa presumersi la sua normalità psichica, nonché l'insussistenza di tutte le condizioni che varrebbero ad escludere l'imputabilità.

Il che si è verificato da una parte a causa dello scarsissimo studio della questione, anche in quei moltissimi lavori che si sono occupati direttamente dell'istituto dell'imputabilità e che, pur affrontando ogni aspetto del tema, mai hanno invece affrontato il profilo della spettanza dell'onere di accertamento della capacità di intendere e di volere – o, per converso, della sussistenza di eventuali cause di esclusione della stessa –, se non per brevissimi ed apodittici cenni.

Dall'altra, ciò è dovuto alla stratificata convinzione, mai effettivamente argomentata, ma neppure mai revocata in dubbio, della sussistenza di una presunzione assoluta, o *iuris e et de iure*, di non imputabilità per il minore di anni quattordici[130]; di una correlativa presunzione relativa, o *iuris tantum*, di

---

MARINI, voce *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 246; PORTIGLIATTI BARBOS – MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964, pp. 33 ss.. Pertanto l'espressione "presunzione di capacità" appare impropria: il superamento di tale presunzione, infatti, potrebbe non determinare alcun effetto giuridico utile, dal momento che come visto ciò che esclude *sempre* la punibilità non è l'assenza di capacità di intendere e di volere, bensì l'insussistenza dei presupposti fondanti il concetto normativo di imputabilità: o meglio, la presenza dei fattori che la escludono, tassativamente indicati negli artt. 88 ss. c.p.. Si ritiene dunque assai più corretto parlare di "presunzione di imputabilità" anche se, per esigenze di fluidità della trattazione, talvolta si useranno in sostituzione anche altre formule, quali ad es. "presunzione di capacità", "di sanità", di "normalità psichica" – come peraltro fa usualmente la giurisprudenza –, pur nella consapevolezza della loro improprietà. Così come improprie appaiono tutte le formule che presuppongono l'identità tra "imputabilità" e "capacità di intendere e di volere", e che conseguentemente considerano "finzioni di imputabilità" tutte quelle situazioni in cui il legislatore, prescindendo dalla capacità di discernimento del reo, lo considera comunque imputabile (ad esempio, nello stato di ubriachezza volontaria): nel senso che si critica, si veda ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, cit., p. 116; BRICOLA, *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 comma I c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 486. Ebbene, a contrasto di questa impostazione valga lo stesso genere di argomentazioni proposto *supra* al § 6: i concetti di dolo e colpa, e così quello di imputabilità, sono eminentemente normativi; se ne può ravvisare una definizione generale agli artt. 43 e 85 c.p., che però non esauriscono la nozione: pertanto, ipotesi di imputabilità che derogassero dalla struttura dell'art. 85 c.p. non sarebbero "finzioni", ma semplicemente casi speciali di imputabilità costruiti con requisiti strutturali propri e diversi.

[129] Riconoscono l'esistenza di una presunzione *iuris tantum* di imputabilità nel maggiorenne, tra le altre, Cass., sez. IV, 13 febbraio 2007, Notaro, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2428 ss., con nota di PECORARO, *Sull'insussistenza di una presunzione relativa di imputabilità del maggiorenne*, cui ci si permette di rinviare per una specifica trattazione dell'argomento; Cass., sez. V, 11 gennaio 1984, Convertini, in *Riv. pen.*, 1984, p. 965; Cass., sez. I, 18 giugno 1986, Lambertini, *ivi*, 1987, p. 686; Cass., sez. I, 3 dicembre 1992, Educato, in *C.E.D. Cass.*, n. 192691; Cass., sez. I, 11 gennaio 1993, Fechino, in *C.E.D. Cass.*, n. 193021.

[130] Così, per tutti, vedi *Relazione e R. decreto 19 ottobre 1930, n. 1398*, Roma, 1930, p. 28.

imputabilità dell'adulto[131]; e, nel mezzo, dell'assenza di qualsiasi presunzione di capacità per il minore infraquattordicenne, la cui maturità di discernimento andrebbe valutata caso per caso[132].

Alla stregua di tale formuletta, assai rassicurante per chi abbia a cuore la speditezza dell'accertamento della capacità nel processo penale, lo *status* di sanità mentale del maggiorenne non dovrebbe perciò essere oggetto di specifico vaglio, in quanto la legge presumerebbe in lui la normalità psichica, pur consentendo che tale presunzione sia vinta da probante allegazione contraria; si è ritenuto pertanto necessario – per escludere l'imputabilità – "la prospettazione, da parte della difesa, di elementi specifici e concreti, idonei a far ragionevolmente ritenere che, nella singola fattispecie, per l'incidenza di una vera e propria «infermità», e cioè di uno stato morboso caratterizzato da inequivocabili connotazioni patologiche, detta presunzione sia superata da risultanze di segno contrario"[133].

Ma questa presunzione, sia pure *iuris tantum*, esiste davvero nel nostro ordinamento?

Come più volte esplicitato nel corso della trattazione, le presunzioni relative a carico dell'imputato costituiscono un'eccezione ai principi generali[134], ed in particolare alle regole di giudizio sancite dagli artt. 530 e 533 c.p.p., e pertanto devono essere esplicitamente previste dalla legge[135]. Ed in via preliminare, giova ricordare che la capacità di intendere e di volere fa in qualche modo parte della fattispecie penale[136], e in quanto tale deve essere oggetto di specifico

---

[131] La vigenza di una tale presunzione è già documentata in MANZINI, voce *Imputabilità e responsabilità*, in *Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1902-1906, p. 313; vedi ora FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, p. 331; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 2004, p. 405; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 655; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 187.

[132] In dottrina, vedi per tutti BATTAGLINI - CRIFÒ, voce *Imputabilità*, in *Nss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 457. In giurisprudenza, vedi Cass., sez. I, 26 aprile 1979, Pelosi, in *Foro it.*, 1980, pt. II, c. 32; Cass., sez. I, 14 ottobre 1987, Accardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 177675.

[133] Cass., sez. IV, 13 febbraio 2007, cit..

[134] BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 256.

[135] Così, tra gli altri, SARACENO, *Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 202; SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit., p. 226.

[136] Riteniamo in tal sede di poter prescindere dalle specificazioni relative alla posizione dell'imputabilità nella sistematica del reato; in argomento, si rimanda al recentissimo COLLICA, *Vizio di mente: nozione*,

accertamento ai fini di un verdetto di condanna[137], salvo appunto deroghe legislative.

Al riguardo, non appare però sostenibile che vi sia nel nostro ordinamento una espressa disposizione derogatoria delle norme generali sull'onere della prova, la quale ponga una presunzione di capacità a carico dell'imputato maggiorenne.

A favore della presenza di una *praesumptio* militerebbe forse l'impostazione sistematica del capo I del titolo IV del libro I del codice penale, dedicato all'imputabilità: alla disposizione di cui all'art. 85 c.p., che prescrive in generale il requisito della capacità di intendere e di volere ai fini della punibilità, fanno seguito le norme relative alle cd. cause di esclusione dell'imputabilità.

Superficialmente, dunque, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia ritenuto "normale" e quindi abbia presunto la sussistenza dell'imputabilità, ed abbia poi dettato tassativamente ed in negativo le circostanze che la escludono; circostanze che, pertanto, andrebbero provate specificamente, con onere – sostanziale – gravante sull'imputato[138].

Ma ad una lettura poco più attenta delle norme in questione, una simile soluzione appare del tutto inaccettabile.

La formulazione letterale dell'art. 85 c.p. ("nessuno può essere punito … se … non era imputabile") ricalca apertamente il disposto dell'art. 40 c.p. ("nessuno può essere punito … se l'evento … non è conseguenza della sua azione od

---

accertamento e prospettive, Torino, 2007, pp. 1 ss., con accurata panoramica delle varie impostazioni dottrinarie e gli opportuni rinvii bibliografici.

[137] Si avverte comunque che, per chi ritiene le misure di sicurezza vere sanzioni penali, l'insussistenza del requisito della capacità di intendere e di volere, se accompagnato dalla accertata pericolosità del soggetto agente, determinerebbe sì il proscioglimento dell'imputato *ex* art. 530 c.p.p., ma allo stesso tempo non impedirebbe l'irrogazione di una *pena*, nella specie appunto di misura di sicurezza; in argomento, per tutti, vedi M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Nss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1974, pp. 885 ss..

[138] Come già riportato *supra*, non si rinvengono in dottrina e giurisprudenza spiegazioni circa la pretesa sussistenza di una presunzione legale di imputabilità; pertanto, la tesi appena avanzata assume valore doppiamente ipotetico; un cenno nella direzione indicata nel testo è presente in ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 7. In ogni modo, non sarebbe comunque vera presunzione, ma semplicemente una ripartizione dell'onere secondo lo schema civilistico fatto costitutivo – fatto impeditivo/estintivo; si parlerebbe in tal caso di "presunzioni giurisprudenziali", ossia presunzioni ricavate dal giudice sulla scorta prima della natura dogmatica (costitutiva, impeditiva od estintiva) della circostanza da provare, e dall'attribuzione poi dell'onere sulla base del suindicato schema, come detto non del tutto importabile nel processo penale; al riguardo vedi EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità*, cit., p. 659; VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, pp. 177 ss..

omissione"), relativo al rapporto di causalità, e dell'art. 42 c.p., commi 1 e 2 ("nessuno può essere punito per una azione od omissione … se non l'ha commessa con coscienza e volontà" e "nessuno può essere punito per un fatto … se non l'ha commesso con dolo"), relativo ai requisiti della coscienza e volontà nei reati e del dolo nei delitti.

Eppure, nessuno ormai dubita che il nesso di causalità tra azione ed evento, così come la sussistenza della coscienza e volontà e dell'elemento soggettivo in genere, debbano essere positivamente accertati[139], fuori da qualsiasi presunzione legale[140]; ed apparirebbe quantomeno singolare, ed ermeneuticamente ingiustificato, che a identica formulazione[141] consegua, in un caso su quattro, opposto significato quanto alla ripartizione dell'onere probatorio.

Ma soprattutto, è l'art. 530, comma 2, c.p.p. a escludere la sussistenza di qualsivoglia presunzione legale in materia, disponendo che in caso di mancata prova o di dubbio sull'imputabilità del soggetto agente, questi vada mandato assolto[142].

Se infatti, come si è già visto, la funzione delle presunzioni relative è (anche) quella di imporre al giudice di decidere come se fosse sussistente un fatto non accertato, ne discende che in caso di mancata prova, o di dubbio, sul fatto oggetto di presunzione, questa intervenga ad esplicare la propria operatività[143]; nell'ambito di specie, dunque, in caso di insufficiente o non convincente prova

---

[139] Sia pure, per quanto riguarda il requisito della coscienza e volontà dell'azione, tramite la prova dell'assenza di situazioni che ne escludano la sussistenza: così TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., pp. 65 e 74.

[140] Tutt'al più, si è parlato in questi casi di "verità interinale".

[141] La natura costitutiva espressa dalla formulazione adottata nelle ipotesi citate può essere argomentata anche sulla scorta dell'analisi svolta in generale da VERDE, voce *Prova*, cit., p. 633.

[142] In dottrina SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 235, afferma che il dubbio sull'imputabilità imponga l'assoluzione, aggiungendo che in tal senso si pronunciano concordemente anche la dottrina e la giurisprudenza: il che, tuttavia, non pare confermato da una panoramica sulle posizioni che vengono espresse ai giorni nostri, laddove è sovente richiamato l'istituto della presunzione relativa.

[143] Chiaramente SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., pp. 65 e 82, illustra come l'onere della prova e le presunzioni relative abbiano la funzione di dettare una regola di giudizio per i casi di dubbio; anche BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit., p. 256; CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 162; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 254, rilevano che quando opera una presunzione relativa a carico dell'imputato non basterà il dubbio ad escluderne l'operatività, ma sarà necessaria una *piena* prova contraria.

circa l'imputabilità del reo al momento dei fatti, esso dovrebbe essere dichiarato capace e condannato.

Ma argomentando *a contrario*, se la norma dispone che in caso di mancanza, di insufficienza o di dubbio prevalga la declaratoria di non imputabilità, significa che in materia non vige alcuna presunzione legale relativa, ma che si applichino i normali criteri di ripartizione dell'onere probatorio, sostanzialmente gravante sull'ipotesi accusatoria.

Pertanto, è ineludibile la conclusione che non viga nel nostro ordinamento alcuna presunzione *iuris tantum* di imputabilità nel soggetto maggiorenne[144]; né un'attribuzione all'imputato di quel pur parziale onere di ingenerare il dubbio.

Tuttavia, ciò non significa escludere *tout court* l'efficace operatività dello strumento presuntivo nell'ambito in esame.

Anche in mancanza di una norma *ad hoc*, è infatti possibile l'utilizzo di una presunzione semplice che, sulla base del dato indiziante della maggiore età, e sulla massima di esperienza che la sanità psichica sia rispondente all'*id quod plerumque accidit*, consenta di affermare per via logica che l'adulto sia imputabile senza necessità di un apposito vaglio[145].

Tale soluzione, peraltro accolta in talune pronunce giurisprudenziali[146], da un lato è pienamente compatibile con il diritto positivo, ove l'utilizzo di presunzioni semplici in funzione probatoria è pacificamente accolta[147]; dall'altro, ha il pregio di mantenere fermo – così come avverrebbe ove vigesse una presunzione relativa

---

[144] Dello stesso avviso, pur senza riportare a sostegno alcuna argomentazione, erano già BETTIOL, *La regola "*in dubio pro reo*"*, cit., p. 253; FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 66.

[145] BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova*, cit. p. 241, e FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 66, parlano al riguardo della "sanità di mente" come di una verità interinale o provvisoria, nozione come visto non affatto dissimile da quella di presunzione; tuttavia, ci pare più corretto considerare la prova della normalità psichica come frutto di una vera e propria presunzione semplice.

[146] Cass., sez. I, 6 aprile 1993, Olivieri, in *Riv. pen.*, 1994, p. 162. Più in generale, talune pronunce rifiutano l'uso della presunzione legale, pur accontentandosi di un esame congiunto della personalità dell'imputato e della condotta tenuta, prescindendo da un accertamento tecnico; tra le prime, Cass., sez. II, 28 ottobre 1970, Affaticato, in *Cass. pen.*, 1972, p. 526; Cass., sez. II, 25 novembre 1974, Orbitano, *ivi*, 1975, p. 1084.

[147] Come visto, il codice di procedura penale parla in realtà di indizi, la cui affinità con le presunzioni semplici è stata però già illustrata *supra*, cap. 3 § 2.

– lo snellimento dell'accertamento dell'imputabilità, che anche in tal caso verrebbe ritenuta sussistente pur in assenza di una specifica ricerca[148].

Così accertata la capacità di intendere e di volere, residuerebbe sempre la possibilità per l'imputato di contestare[149] l'applicabilità della massima di esperienza al caso concreto[150]; tale facoltà, come già esplicato, non sarebbe un vero e proprio onere legale, ma una mera esigenza di fatto di contrastare un accertamento che volge a proprio sfavore; e la regola di giudizio che deve guidare il giudice sarà quella consueta, sancita all'art. 530 cpv c.p.p. e valida per qualsiasi elemento rilevante ai fini della punibilità: quella dell'*in dubio pro reo*[151].

8. *La conoscenza della legge penale.* – La dottrina più risalente, nel commentare l'assenza di valenza scusante dell'ignoranza della legge penale da parte del reo, riteneva sussistente una presunzione legale assoluta di conoscenza della legge penale[152]; in altre parole, non era necessario alcun accertamento sul punto, perché si presumeva sempre che il soggetto agente fosse a conoscenza del precetto.

---

[148] E' questa preoccupazione che pare spiegare – ma non giustificare – l'individuazione di una presunzione relativa nel tema che ci occupa: in questo senso vedi, ad esempio, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2006, p. 493. In ogni modo, assai frequentemente in sentenza è assente qualsiasi riferimento all'accertamento dell'imputabilità, sia pure svolto per via indiziaria: sulla spiegazione e la legittimità di tale prassi, vedi CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., pp. 145 ss., che evidenzia una residua differenza di effetti, in punto di onere della prova, dall'essere un elemento "costitutivo" oppure "impeditivo".

[149] Un discorso più articolato andrebbe svolto circa il grado di descrizione e allegazione della causa di incapacità necessario al fine di far sorgere un dubbio giuridicamente rilevante; in altre parole, quanto debba emergere per innescare il meccanismo di risoluzione dell'incertezza. Sul punto, pur relativamente alla situazione per certi versi analoga dell'accertamento della sussistenza di cause di giustificazione, vedi SIRACUSANO, *Studio sulla prova*, cit.., pp. 170 ss..

[150] Vedi *supra* cap. III, § 4.

[151] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 82; come si è visto, avverrebbe il contrario se fosse prevista una presunzione relativa; nel qual caso, infatti, in caso di dubbio il giudice dovrebbe optare a favore della sussistenza del fatto che la legge gli impone di presumere. In dottrina, risolve correttamente il caso dubbio circa l'imputabilità ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 8. Analogamente in giurisprudenza, già nella vigenza del vecchio codice di rito, Sez. I, 20 maggio 1982, Germogli, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1763, ove si afferma che "nella ipotesi di controversia sulla piena capacità di intendere e di volere dell'imputato per vizio di mente, la prova dell'imputabilità del soggetto va ricavata soltanto dalla acquisita certezza della insussistenza di malattie mentali".

[152] Si veda, ad esempio, SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 1906, p. 28; RAGGI, *Della legge penale e della sua applicazione*, Milano, 1927, p. 14. Per l'analisi e la critica di tale impostazione si veda MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, cit., pp. 17 ss..

Tale lettura della norma appariva però scorretto.

In questo caso, infatti, il legislatore non imponeva alcuna presunzione; più semplicemente, come la stessa dizione dell'attuale art. 5 c.p. chiaramente suggerisce, "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale": ossia, la conoscenza del precetto è fuori dalla fattispecie soggettiva, non rientra nell'oggetto del dolo né nel fuoco della colpa[153].

L'espressione "presunzione di conoscenza della legge penale", dunque, è espressione meramente traliticia, retaggio di un passato in cui forse l'irrilevanza della cognizione del precetto andava in qualche modo "giustificata"; tale esigenza pare oramai scemata, poiché l'inderogabilità della legge e della sovranità statale ha trovato nei secoli espressione indefettibile nel corollario *ignorantia legis non excusat*.

Eppure, il tema è tornato in qualche modo nell'ambito del nostro studio grazie alla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988[154] che, come noto, ha forzosamente introdotto nel nostro ordinamento la valenza scusante dell'ignoranza del precetto, qualora questa sia dovuta a fattori inevitabili[155]. L'art. 5 c.p., perciò, gode ora di un'eccezione, in grado di condurre all'esclusione della colpevolezza dell'ignaro agente.

Tale deroga, tuttavia, è formulata in termini negativi: non è la conoscibilità del precetto a costituire elemento della fattispecie soggettiva, ma l'inconoscibilità ad escluderne l'integrazione. Come si è ritenuto nei paragrafi precedenti, dunque, ciò significa attribuire un onere probatorio in capo all'imputato, tenuto a dimostrare l'inevitabilità della sua ignoranza, alla luce di circostanze straordinarie in grado di vanificare l'efficacia degli usuali meccanismi che l'ordinamento predispone per garantire la conoscibilità delle sue disposizioni.

---

[153] In questo senso, correttamente, la dottrina più recente; si veda, per tutti, ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, cit., p. 91, che parla di "assoluta indifferenza dell'errore" di cui all'art. 5 c.p. ai fini della responsabilità penale. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, cit., p. 216, riconduce il disposto in oggetto all'"imposizione di un obbligo di conoscenza e della correlativa responsabilità per l'inadempimento dell'obbligo stesso".

[154] Corte Cost., 24 marzo 1988, cit..

[155] Per la ricostruzione della nozione di inevitabilità rilevante a fini scusanti, si rimanda ai punti nn. 17 e 27 delle considerazioni in diritto contenute nella sentenza citata.

Insomma, poiché lo Stato appresta gli strumenti necessari ad assicurare a tutti i consociati la conoscenza della legge, il legislatore non pretende per la condanna che l'accusa provi la concreta consapevolezza del precetto da parte dell'imputato; sarà questi, piuttosto, a dover dimostrare, per ottenere un'assoluzione, che la propria ignoranza sia stata assolutamente incolpevole[156].

Mantenendo poi ferma la nostra chiave interpretativa, in assenza di specifiche e contrarie indicazioni normative deve poi ancora riconoscersi che l'onere a carico del giudicando non è pieno, in quanto *ex* art. 530 cpv. c.p.p. potrà giovarsi del dubbio circa l'inevitabilità dell'ignoranza per essere assolto con la formula perché "il fatto non costituisce reato".

Il che, se varrà ad escludere che possa parlarsi di una presunzione legale relativa di conoscenza[157] – visto che ciò implicherebbe l'insussistente conseguenza che il dubbio nuoccia al reo –, non dovrebbe comunque impedire, ai sostenitori della valenza costituzionale della presunzione di innocenza quale regola di giudizio, di denunciare l'illegittimità costituzionale di tale ripartizione di oneri: seppure parzialmente, infatti, l'imputato è tenuto a ribaltare uno *status quo* – relativamente alla conoscenza del precetto – che già in partenza depone per la condanna.

9. *La conoscenza dell'età dell'offeso nei delitti sessuali.* – Considerazioni assolutamente speculari rispetto a quelle appena precedenti possono essere avanzate, nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale, riguardo alla conoscenza dell'età della vittima.

Come noto, infatti, l'ordinamento a lungo ha considerato ininfluente, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo dei reati sessuali nei confronti di giovanissimi minori consenzienti, l'ignoranza da parte dell'autore circa l'età della persona offesa; di più, anche l'erronea convinzione che il partner avesse

[156] In questo senso, sia pure incidentalmente, AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 826, secondo cui nell'art. 5 si sarebbe passati dall'irrilevanza della conoscenza del precetto, alla presunzione della sua conoscibilità.

[157] Di presunzione, come accennato, parla invece AZZALI, *Offesa e profitto*, cit., p. 826.

superato quella soglia di età richiesta per la validità del consenso al rapporto sessuale non valeva a escludere il dolo per il soggetto più adulto[158]; tanto, a tenore degli artt. 539 prima e 609 *sexies* c.p. poi, riguardava sia il caso in cui l'età del minore valesse quale elemento costitutivo del reato, sia quando essa costituisse semplicemente circostanza aggravante dello stesso.

Al riguardo, ricalcando l'errore già percorso in tema di art. 5 c.p., si era ritenuto che l'art. 609 *sexies* sancisse una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza dell'età dell'offeso da parte del soggetto agente[159]; tuttavia, tale opinione appare non corrispondente alla natura del fenomeno: più semplicemente, ancora una volta il legislatore esplicita l'esclusione di un elemento dal fuoco della fattispecie soggettiva, prevedendo che l'ignoranza o l'errore sull'età non abbiano valenza scusante[160].

La previsione appariva in effetti censurabile: in relazione all'art. 5 c.p., l'irrilevanza dell'ignoranza sul precetto poteva in qualche modo sembrare non del tutto ingiustificata, apparendo non assolutamente essenziale – per l'integrazione del disvalore soggettivo – la coscienza dell'antigiuridicità della condotta, laddove vi fosse comunque consapevolezza dell'offesa realizzata[161]; e lo stesso, l'assolutezza del disposto normativo è stata declarata incostituzionale.

Nel caso dell'art. 609 *sexies*, invece, la tensione con l'art. 27 Cost. sembrava assai più consistente; ad esempio, l'art. 609 *quater*, punendo gli atti sessuali compiuti con un minore degli anni quattordici (o sedici, in determinate

---

[158] Tale quadro era stato anche convalidato da Corte Cost., 30 giugno 1983, n. 209, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 429 ss., con nota di PADOVANI, *L'intangibiliutà sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza del'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda*, il quale aveva dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 539 c.p..

[159] Ancora oggi parla di "presunzione assoluta di conoscenza dell'età del minore", in dottrina, ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 31; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 413; PITTARO, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 983; in giurisprudenza, Corte Cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Fam. e dir.*, 2007, pagg. 979 ss., con nota di PITTARO, *La Consulta introduce*, cit., e in *Cass. pen.*, 2008, pp. 26 ss., con nota di ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima*, cit..

[160] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 251.

[161] Sul rilievo della coscienza dell'offesa ai fini dell'integrazione del dolo, per tutti, GALLO, voce *Dolo*, cit., pp. 776 ss..

condizioni) consenziente, prevedeva come reato una condotta che, se non fosse stato per l'età della vittima, l'ordinamento avrebbe considerato del tutto lecita[162]. Ebbene, se il discrimine tra lecito e illecito è costituito dall'età dell'offeso, escludere tale dato dall'oggetto del dolo e dall'elemento soggettivo in genere significava prevedere una vera e propria fattispecie di responsabilità oggettiva, l'unica nel nostro ordinamento che vada anche al di là del *versari in re illicita*[163]: il soggetto agente poteva rappresentarsi la commissione di un fatto del tutto lecito, e ciononostante essere punito per la sola realizzazione materiale, risultando irrilevante la scusabilità del suo errore.

Tale quadro risulta ora parzialmente mutato, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 322 del 2007[164] che, ricalcando le argomentazioni già avanzate circa l'illegittimità dell'art. 5 c.p., ha cercato di imporre una nuova lettura dell'art. 609 *sexies* c.p.: l'errore sull'età della vittima è irrilevante, a meno che non sia scusabile in quanto inevitabile[165].

Per la verità, la Corte non ha innovato la disposizione – dichiarandone l'incostituzionalità nella parte in cui non prevedeva la valenza scusante dell'errore inevitabile, come aveva fatto invece in relazione all'art. 5 c.p. –, ma ha addirittura dichiarato l'inammissibilità della questione propostale, con argomenti forieri di fecondi sviluppi; in particolare, con una pronuncia in realtà interpretativa di rigetto, ha ribadito la valenza generale dell'art. 27 Cost. e del principio di colpevolezza in esso contenuto, e conseguentemente ha suggerito un'interpretazione costituzionalmente orientata del disposto dell'art. 609 *sexies* senza passare per la caducazione dello stesso.

Sembra riecheggiare, nella parte motiva della sentenza, quanto già sostenuto da illustre dottrina che, già anni addietro, sottolineò come la valenza di fonte di diritto della Costituzione, peraltro gerarchicamente sovraordinata rispetto alla

[162] Corte Cost., 24 luglio 2007, cit., p. 980. In dottrina, tra i molti, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 413.
[163] ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima*, cit., p. 35.
[164] Corte Cost., 24 luglio 2007, cit..
[165] Proponeva esplicitamente tale lettura correttiva del disposto normativo già PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 413; nello stesso senso anche MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004, p. 215.

legge ordinaria, consentisse di ritenere immanente e generale il principio normativo enucleabile dal primo comma dell'art. 27 Cost.: così, la rappresentabilità di tutti gli elementi costitutivi essenziali della fattispecie diveniva requisito soggettivo di ogni ipotesi criminosa, senza necessità di apposito riconoscimento in sede di giudizio di costituzionalità[166].

In ogni modo, l'apporto della Corte – la cui efficacia andrà comunque testata sul campo, atteso che la pronuncia citata non ha la vincolatività di una decisione realmente ablativa – consente vieppiù di ritenere improprio il richiamo, per il caso di specie, allo schema della presunzione: è ora invero evidente come la disposizione sottoponga l'elemento soggettivo dei reati sessuali ad una deroga, laddove consenta – per l'integrazione della colpevolezza di fattispecie dolose – che uno degli elementi del tipo, l'età della vittima, appunto, possa essere coperto non esclusivamente da dolo, ma anche da colpa[167].

Ricalcando quanto sostenuto in precedenza, tuttavia, nuovamente giova sottolineare l'introduzione di una parziale inversione dell'onere probatorio, laddove spetterebbe all'imputato dimostrare – sia pure sino alla soglia del dubbio – l'inevitabilità dell'errore; con le conseguenze, in tema di compatibilità con l'art. 27 comma secondo Cost., che più volte si sono ribadite.

La pronuncia citata, tuttavia, ci consente un'ulteriore considerazione: se correttamente si estrae dall'art. 27 primo comma Cost. un requisito di fattispecie (soggettiva) generale, ossia valevole per tutte le ipotesi criminose, appare arbitrario inserirlo con il segno negativo nella struttura di reato: la formulazione del disposto costituzionale, infatti, esprime un principio positivo fondante, e non un limite esterno alla punibilità. Se così è, non si vede la ragione per cui debba essere l'imputato a provare (sia pure in forma attenuata) la non prevedibilità di

---

[166] M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., p. 16.

[167] Questo vale solo nelle ipotesi in cui l'età costituisca elemento essenziale del fatto tipico; quando invece sia soltanto una circostanza aggravante, il principio introdotto non fa che uniformarne la speciale disciplina di imputazione a quella generale prevista dall'art. 59 c.p., ove per l'addebito è già sufficiente la "colpa"; l'inapplicabilità del criterio dell'art. 60 comma primo c.p., che teoricamente sarebbe quello più acconcio – stando alla corretta lettura della norma fornita da TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., pp. 115 ss. – a disciplinare l'errore sull'età della vittima, discende invece già dall'esplicita esclusione dettata dal terzo comma della medesima disposizione.

uno degli elementi essenziali del fatto di reato, atteso che tale rappresentabilità costituisce requisito positivo per il disposto costituzionale che lo introduce; tanto più che l'art. 27, secondo comma, Cost. impone quantomeno il divieto di invertire in concreto l'onere probatorio che ha in generale previsto il legislatore.
Questa notazione, peraltro, è suscettibile di assumere una più ampia valenza: se infatti il requisito della prevedibilità discendente dall'art. 27 primo comma Cost. si inserisce automaticamente quale elemento positivo in ogni fattispecie, la funzione di valvola di sicurezza esercitata dall'art. 45 c.p. potrebbe comunque risultare insufficiente o superato: è vero che tale disposizione assicura sempre la non punibilità di ipotesi caratterizzate da relativa imprevedibilità e inevitabilità, assicurando la sostanziale aderenza con il principio costituzionale di necessaria colpevolezza; tuttavia, quella norma contraddirebbe il primo comma dell'art. 27 Cost. nella misura in cui sia formulata in negativo, attribuendo all'imputato un onere che la disposizione costituzionale assegna invece all'accusa. Perciò, se si riconoscesse la valenza generale dell'art. 27 primo comma Cost., l'art. 45 c.p. potrebbe essere considerato superfluo, perché il giudizio di imprevedibilità ed inevitabilità sarebbe già anticipato *ex* art. 27 Cost. da un'essenziale indagine circa la rappresentabilità ed evitabilità dell'elemento costitutivo.

10. *Il superamento dei limiti introdotti dalla l. n. 49/2006 nell'art. 73 comma 1* bis *d.p.r. n. 309/1990: i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope.* – La recente riforma[168] della legislazione di contrasto al traffico degli stupefacenti ha introdotto nel d.p.r. 309/1990 diverse novità[169]; per quanto attiene al tema della presente trattazione, di particolare interesse ci pare la nuova formulazione dell'art. 73, comma 1 *bis*, lett. a) e b).
In entrambe le disposizioni la punibilità della detenzione, rispettivamente di sostanze stupefacenti e psicotrope e di medicinali contenenti le medesime

[168] La riforma è contenuta nel d.l. 30 dicembre 2005, convertito con modificazione nella l. 21 febbraio 2006, n. 49, pubblicata sulla G.U. n. 48 del 27 febbraio 2006.
[169] Tra i primi commenti della riforma si segnala, per completezza di analisi, RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 234 ss..

sostanze, è in qualche modo influenzata dal superamento di valori quantitativi predeterminati.

Le due ipotesi vanno analizzate separatamente, stante la diversa natura giuridica del riferimento alla soglia.

Nella seconda fattispecie, che appare di più agevole ricostruzione, il legislatore punisce la detenzione dei predetti medicinali "che eccedono il quantitativo prescritto".

Al riguardo, stando alla formulazione della disposizione, ci si trova di fronte ad un limite, quello della prescrizione medica, che costituisce certamente elemento costitutivo del fatto[170], o quantomeno della fattispecie; il possesso inferiore a tale soglia è giudicato lecito, perché conforme a quanto un medico ha reputato necessario per la tutela della salute del soggetto agente; la detenzione superiore, invece, non appare giustificata dalla finalità terapeutica, e dunque viene repressa.

Non ha qui luogo alcuna presunzione, se non quella generica ed impropria di offensività della condotta tipica: il legislatore ritiene pericoloso per la salute pubblica un possesso che sembra ingiustificato; ma resta salva, *ex* art. 49 cpv. c.p., la generale facoltà di dimostrare, o quantomeno di ingenerare il dubbio, che la detenzione sia stata in concreto inoffensiva.

11. *(segue): le sostanze stupefacenti o psicotrope.* – Più articolata, invece, la ricostruzione della natura giuridica dei limiti indicati dalla lettera a) del comma 1 *bis* dell'art. 73 d.p.r. n. 309/1990.

Come noto, la detenzione (ma anche l'importazione, l'esportazione, l'acquisto e la ricezione a qualsiasi titolo) di sostanze droganti non è di per sé punita, ma solo

[170] In questo senso RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari*, cit., p. 1177; in giurisprudenza Trib. Napoli, 29 maggio 2006, Coladangelo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4182, con nota di GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio*".

ove essa sia finalizzata ad uno spaccio, ossia "ad un uso non esclusivamente personale".

Tale scopo configura in un certo senso il dolo specifico della fattispecie[171], sebbene la disposizione non utilizzi espressamente termini riferibili all'elemento soggettivo ("al fine di…" o "allo scopo di"), ma faccia riferimento alla "destinazione" delle sostanze: tale lemma, apparentemente denotante un dato oggettivo, indica in realtà anche l'estrinsecazione materiale di una finalità soggettiva; in altre parole, la detenzione è punita se le sostanze appaiano oggettivamente manifestare la volontà del possessore di cederle a terzi; dunque, il termine utilizzato è idoneo ad arricchire il dolo specifico, richiedendo, oltre al fine dell'agente, anche che esso abbia condotto ad una predisposizione alla cessione esteriormente percepibile.

Tale era sostanzialmente anche il quadro previgente alla riforma, laddove l'art. 75 degradava a mero illecito amministrativo la detenzione finalizzata all'uso personale[172]; tuttavia le nuove disposizioni introducono appunto un'interessante novità, ossia l'indicazione di taluni parametri da cui dedurre la sussistenza dell'elemento costitutivo[173] della destinazione delle sostanze stupefacenti: essa sarebbe individuabile "per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute […], ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al loro peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione".

Al proposito, il nodo riguarda come anticipato soprattutto la natura e la funzione dei limiti tabellari: per gli altri elementi, così genericamente individuati, non

[171] La dottrina appare restìa ad utilizzare esplicitamente la nozione di "dolo specifico", sebbene pacificamente convenga che la destinazione all'uso personale rappresenti una "finalità soggettiva", che si inserisca nella struttura del reato come elemento costitutivo dello stesso: il che, però, potrebbe essere appunto sintetizzato con la formula "dolo specifico". In questi termini, in giurisprudenza, vedi Cass., sez. IV, 24 febbraio 2001, Fontana.

[172] I rapporti con l'art. 75 T.U. appaiono ora rovesciati: prima tale disposizione portava un'eccezione alla rilevanza penale della detenzione, introducendo un illecito amministrativo speciale rispetto al delitto di cui all'art. 73 T.U.; ora, invece, è quest'ultimo a tipizzare tutti gli elementi dell'illecito penale, e l'art. 75 T.U. ad avere portata residuale per i casi non ricompresi da quella norma.

[173] E' pacifica, in dottrina e giurisprudenza, la natura costitutiva dell'elemento in parola; per tutti, in dottrina, vedi RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 238; in giurisprudenza, invece, vedi Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, Pagliaro, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 21, p. 63, con nota di GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili da polizia giudiziaria e in sede cautelare*.

dovrebbe sorgere dubbio, in quanto non possono che costituire criteri di interpretazione del fatto storico, inevitabilmente elastici quanto la loro vaga determinazione.

Quid iuris, invece, quando le soglie di peso netto sono state oltrepassate? E che conseguenze ha invece il mancato superamento?

Al riguardo, attesa la scarsa univocità della disposizione[174], diverse sono le ipotesi astrattamente configurabili.

Secondo parte della dottrina i limiti costituiscono elementi costitutivi della fattispecie[175], integrativi dell'offesa al bene tutelato dalla norma[176]: in particolare, il valicamento della soglia rappresenterebbe una "condizione obiettiva di punibilità intrinseca", capace di attribuire rilevanza penale all'illecito, altrimenti residualmente punibile per via amministrativa[177]; coerentemente ne discende l'assenza dell'elemento oggettivo, ogniqualvolta non siano stati superati i limiti; e il perfezionamento della fattispecie, quando invece le soglie siano state oltrepassate.

A prescindere dai possibili contrasti con il principio di legalità *ex* art. 25 Cost., sottoposto a tensione dall'individuazione extralegale di un elemento della

---

[174] MANES, *Commento all'art. 4*-bis *d.l. 30 dicembre 2005 n. 272*, in *Legisl. pen.*, 2007, p. 336. Tuttavia, come si ribadirà in seguito, ciò è già di per sé argomento valido per propendere per la soluzione accolta in questa trattazione.

[175] E non del fatto: per la distinzione tra le due nozioni vedi M. GALLO, *Appunti. La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 141 e 154. La soluzione in parola è talora propugnata per altre soglie di punibilità; confronta, ad esempio, i reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., ove parte della dottrina tende ad interpretare quelle soglie come elementi costitutivi del fatto, o al più condizioni obiettive di punibilità; in argomento, per tutti, vedi MERENDA, *Premesse all'analisi delle soglie di punibilità nella struttura delle false comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia* (a cura di P. Siracusano), Torino, 2007, pp. 71 ss., con un'aggiornata panoramica delle varie posizioni espresse in dottrina e gli opportuni riferimenti bibliografici.

[176] Tale era certamente l'intendimento della disposizione proposta nell'originario progetto governativo, presentato alla *IV Conferenza nazionale sui problemi connessi alla diffusione delle sostanze stupefacenti e psicotrope* (Palermo, 5-7 dicembre 2005); il d.d.l. n. 2953, infatti, all'art. 73 comma 1 *bis*, lett. a), puniva la detenzione di "sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope che risultano in quantità superiore a quella indicata nella tabella I allegata al presente testo unico ovvero che per modalità di presentazione […] appaiono destinate a terzi o comunque ad un uso non esclusivamente personale": perciò il superamento della soglia costituiva esplicitamente condizione sufficiente per la punibilità, ma non necessario, ben potendo supplire il riferimento agli altri criteri quando i limiti non fossero stati oltrepassati.

[177] Così MANNA, *La nuova disciplina*, cit., p. 832; nello stesso senso anche ZAINA, *Riflessioni critiche*, cit..

fattispecie[178], tale opinione non pare comunque condivisibile, atteso che l'inserimento del riferimento tabellare nell'elemento oggettivo non resiste ad una visione globale della disposizione.

Il riferimento alle quantità, infatti, è posto dal legislatore sullo stesso piano rispetto agli altri dati successivamente citati; se così è, allora tutti questi elementi dovrebbero condividere la medesima natura giuridica, non essendo pensabile che da un'unitaria considerazione possano discendere difformi qualificazioni normative[179].

Tuttavia, non si vede come il peso lordo, il confezionamento e, soprattutto, le "altre circostanze dell'azione" possano costituire di per sé requisiti essenziali del fatto oggettivo, in quanto assolutamente generici: essi, come già accennato, assumono una valenza solo in relazione al dolo specifico della fattispecie, di cui rappresentano "sintomi", indicatori: in altre parole, indizi. Pertanto, argomentando *a contrario*, neppure può sostenersi la natura costitutiva della soglia tabellare, che necessariamente deve essere letta come criterio per l'individuazione della finalità di cessione.

Inoltre, poiché i diversi indicatori potrebbero nel caso concreto indirizzare verso differenti esiti del giudizio[180], attribuire natura di elemento essenziale ai soli limiti ministeriali significherebbe spezzare l'unitarietà dell'accertamento, e porre al vertice della gerarchia il dato tabellare; tuttavia, la lettera della disposizione non pare autorizzare tale conclusione, e spinge invece a ritenere la necessità di un

[178] MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 335; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 252. Tale profilo di incostituzionalità è ravvisato anche dallo stesso MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 839, il quale però non ne trae spunto per un lettura "costituzionalmente orientata" della disposizione, poiché ne ritiene parimenti illegittime anche le altre possibili interpretazioni. Più in generale, sul principio di legalità e il rinvio ad una fonte normativa sublegislastiva, vedi TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; in giurisprudenza, Corte Cost., 17 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 270 ss.; Corte Cost., 11 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 989 ss., con nota di VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*.

[179] Argomento esegetico di valenza generale rinvenibile in TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto"*, cit., p. 75.

[180] Ad esempio, potrebbero superarsi le soglie, ma gli altri criteri potrebbero tutti deporre verso un uso meramente personale.

vaglio compiuto alla luce di tutti i criteri forniti dalla norma[181]: perché se è vero che la destinazione illecita potrà essere desunta *in particolare* dal superamento dei limiti massimi stabiliti dal decreto, ciò significa che da tale elemento si potrà trarre una illazione solo rafforzata, ma non *esclusiva*, tale ciò da vanificare l'operatività degli altri criteri[182]. Anche perché delle due l'una: o tutti i parametri concorrono (quasi) alla pari nel manifestare la finalità penalmente rilevante del possesso, ed allora non ha senso attribuire solo ad uno di essi natura costitutiva; oppure unicamente a questo si attribuisce tale natura, ma allora il resto della disposizione sarebbe *inutiliter datum*, in quanto superata la soglia vi sarebbe sempre il reato, e viceversa[183].

Infine, il disposto normativo finalizza il riscontro dei citati elementi acché la detenzione della sostanza *appaia* destinata alla cessione: con ciò, si è notato, il legislatore implicitamente richiede un vaglio in concreto da parte del giudice, precludendo qualsivoglia automatismo[184]; inciso che, non a caso, non è presente alla lettera b) del medesimo comma[185], dove la soglia come detto assume certamente valenza costitutiva[186].

Argomenti analoghi possono avanzarsi poi contro l'ipotesi di ritenere tali limiti espressione di una vera e propria presunzione: secondo questa impostazione, la disposizione avrebbe posto una presunzione di destinazione allo spaccio ogniqualvolta fossero state superate le soglie previste dal decreto ministeriale[187].

Al riguardo, peraltro, non vi sarebbero indicazioni normative circa la natura della presunzione: pertanto, a ritenerla assoluta, non sarebbe data alcuna rilevanza all'eventuale prova contraria circa la destinazione personale della sostanza:

---

[181] MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 337; in giurisprudenza Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit.; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 17899; Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4183; Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, cit., p. 3030.

[182] Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit., p. 63.

[183] Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit., p. 63.

[184] GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 66; ID., *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4188.

[185] ID., *op. loc. cit.*; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 238.

[186] Vedi *supra* al paragrafo che precede.

[187] In questo senso GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., pp. 4187 ss..

soluzione che, richiamando quanto già affermato in precedenza[188], non sarebbe particolarmente dissimile da quella che vede tale elemento come costitutivo dell'illecito, differenziandosene solo relativamente all'elemento soggettivo richiesto. A ritenerla invece relativa, assumerebbe rilievo la dimostrazione circa la liceità (penale) della detenzione, con onere ovviamente ricadente sull'imputato[189].

Intanto, per chi ritenga incostituzionale qualsiasi attribuzione dell'onere della prova all'imputato, questa lettura del disposto porterebbe all'illegittimità della norma[190].

Inoltre, ribadendo le argomentazioni poc'anzi esposte, va sottolineato come la disposizione in oggetto non distingua tra i vari parametri indicati; pertanto, se le soglie avessero valore di presunzione, lo stesso sarebbe da dirsi relativamente agli altri elementi di valutazione; il che, però, appare insostenibile, poiché si tratta di indicatori che non danno luogo ad un'alternativa secca – "sussistente/insussistente", da cui far derivare nette conseguenze probatorie –, ma che forniscono solamente una chiave di lettura della realtà a seconda della loro "gradazione di verificazione", non predeterminata in astratto.

Dunque, se questi elementi non possono sorreggere alcun presunzione, tale funzione non può neanche essere attribuita ai limiti tabellari.

---

[188] Vedi *supra* cap. 1 § 6.

[189] GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4188; nello stesso senso anche ID., *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 64; l'Autore tuttavia ritiene che non vi sia una reale inversione dell'onere della prova, in quanto l'imputato avrebbe un semplice "onere di allegazione", un generico interesse a neutralizzare la valenza probatoria dei fatti addotti dal pubblico ministero, in conformità alla normale dinamica processuale; e sempre il giudicando potrebbe giovarsi del dubbio ai fini dell'assoluzione; se cosi fosse, però, riteniamo improprio parlare di presunzione perché, come già ampiamente argomentato, tale figura vincola il giudice, senza possibilità di un suo diverso apprezzamento, sino a che non sia dimostrato con certezza il contrario. Ed ancora, l'Autore reputa che "il giudice […] è tenuto a pronunciare la sua sentenza dovendo necessariamente valorizzare, senza limiti preconcetti, tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, ricavabili dalla fattispecie concreta": di nuovo, però, non potrebbe allora parlarsi di presunzione, perché con tale istituto l'accertamento del fatto noto è sufficiente per la prova dell'ignoto, senza necessità di integrare la valutazione con altri indicatori. In ogni modo, è lo stesso Autore ad ammettere che, al di là della terminologia utilizzata, le sue considerazioni non conducano a soluzioni sostanzialmente diverse rispetto a quelle di chi ritiene il superamento della soglia un mero elemento indiziario. In giurisprudenza, Trib. Roma, 19 marzo 2008, n. 5924, pare considerare presunzione relativa il superamento della soglia.

[190] Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, cit.; Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, cit., p. 3030; Trib. Trieste, sez. riesame, 28 dicembre 2006, cit., p. 1174.

Anche in questo caso, dunque, a diversa conclusione potrebbe quindi giungersi solo previa dimostrazione che le due classi di elementi non siano funzionalmente omogenee, ma poste in regime di alternatività e subordinazione; il che potrebbe sostenersi sulla base dell'"ovvero" che lega i due periodi, tale per cui, ove la realizzazione dell'illecito o la prova dello stesso non sia accertata per il tramite del superamento della soglia, supplirebbero gli altri dati rivelatori indicati dal legislatore.

Questo, peraltro, pareva l'intendimento dei sostenitori della riforma; in sede di discussione parlamentare un autorevole esponente della maggioranza ha infatti sostenuto che la norma ponesse "due diversi parametri, tra loro alternativi, ai quali deve essere fatto riferimento per determinare se la detenzione di stupefacenti debba essere considerata o meno ad uso personale. Il primo parametro è dato dalla quantità di principi attivi contenuta nella sostanza posseduta: se questa supera il limite massimo indicato nel decreto ministeriale, la detenzione deve essere considerata ad uso non esclusivamente personale. Il secondo parametro è stato formulato sulla base di una serie di circostanze di fatto […]. In questi casi, il giudice dovrà valutare nel caso concreto se tali parametri possano far desumere un uso non esclusivamente personale […]. In sostanza, una volta che sia stato accertato il superamento di tale limite, la questione relativa alla qualificazione dell'utilizzatore come non esclusivamente personale è risolta in senso positivo. Il giudice, infatti, non dovrà procedere ad alcun altro accertamento relativo alla qualificazione della detenzione, in quanto questa, indipendentemente dalla sussistenza degli altri elementi del reato, dovrà essere considerata non personale. Qualora, invece, tale soglia non sia stata superata, il giudice potrà verificare nel caso concreto se sussistano quei parametri relativi alla modalità della condotta, dai quali, come si è visto, si può comunque desumere in concreto che la detenzione è destinata ad un uso non esclusivamente personale"[191].

[191] Così l'On. Pecorella nella seduta della Camera del 1° febbraio 2006. Nella stessa direzione andavano altri interventi parlamentari: nella seduta della Camera del 3 febbraio 2006, n. 744, l'On. Mantovano,

Pertanto, nei propositi della maggioranza politica e del governo l'elemento tabellare costituiva addirittura presunzione assoluta, peraltro valida solo *contra reum*: se infatti le soglie fossero state oltrepassate, sarebbe stato da desumersi – senza possibilità di prova contraria – la finalità di cessione a terzi[192]; nel caso inverso, lo scopo illecito si sarebbe comunque potuto desumersi dagli altri indicatori.

Tuttavia, nulla impone di condividere tale soluzione, pur astrattamente configurabile: i lavori preparatori non sono certo lo specchio dell'intenzione del legislatore[193], ma solo uno degli elementi utili a ricostruirla[194]; senza potersi dunque prescindere, tra l'altro, da una visione sistematica dell'ordinamento, che dal suo complesso manifesta *in primis* quale sia la volontà del legislatore e dunque la finalità della legge[195]; e comunque, la *voluntas legis* non è canone interpretativo prioritario, ma può solo essere d'ausilio quando il criterio letterale e quello logico non si rivelino risolutivi; o al più concorrere con essi[196].

Ed in tale ottica, si ribadisce che appare cattivo canone ermeneutico quello di attribuire diversa natura giuridica a elementi posti nella medesima disposizione, a meno che ciò non discenda incontrovertibilmente dalla lettera della legge; ed ancora, si è più volte avvertito che l'istituzione di una presunzione legale, per via

---

rappresentante del Governo, affermava che "se la quantità di principio attivo supera il limite indicato nelle tabelle che saranno varate dal Ministero della Salute, vi è oggettivamente un ingresso nell'area di illiceità penale".

[192] *Contra*, almeno nel rifiutare l'assolutezza della presunzione, il Ministro per i Rapporti con il Parlamento On. Giovanardi che, sempre nella seduta del 3 febbraio 2006, affermava che "da una certa soglia in poi c'è la presunzione di spaccio (naturalmente, salvo prova contraria)".

[193] BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 167, cui si rinvia integralmente per la critica al dogma della "volontà legislativa", e per la ricostruzione del suo esatto significato. Vedi anche LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 196.

[194] Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4183. Peraltro, si è già ricordato *supra*, *sub* nota 176, che il disegno di legge originario prevedeva la valenza assoluta del limite tabellare; ebbene, la riscrittura in sede parlamentare della disposizione, con l'attenuazione della rigidità insita nella precedente formulazione, costituisce anch'essa argomento utile alla ricostruzione della *voluntas legis*, e può consentire di affermare che il legislatore storico abbia mirato a neutralizzare qualsiasi automatismo: così GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 66; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 238.

[195] In questo senso MAJELLO, *L'interpretazione dei testi normativi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di Bessone), cit., p. 40. In giurisprudenza Cass., 7 giugno 1948: "i lavori preparatori non hanno, di regola, valore decisivo per l'interpretazione della legge: la quale va interpretata nel suo senso oggettivo in connessione col sistema del diritto".

[196] Contro l'atomizzazione delle varie fasi del processo interpretativo, ed a sostegno di una considerazione unitaria del percorso esegetico, BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 174 ss..

della sua natura fortemente derogatoria rispetto ai principi generali del *favor rei* e del libero convincimento giudiziale, va sancita in modo espresso ed inequivocabile, dovendosi altrimenti preferire un'interpretazione costituzionalmente[197] – o almeno "sistematicamente" – orientata.

Nessuna delle due condizioni, però, viene soddisfatta dall'art. 73, comma 1 *bis* d.p.r. 309/1990; pertanto, va accolta la conclusione esegeticamente più consona, ed affermare la comune natura degli elementi presenti nella citata disposizione.

In questa prospettiva, il riferimento ai limiti tabellari vale dunque quanto gli indicatori successivi, ossia a suggerire al giudice[198] gli elementi di cui dovrà tenere conto per la ricostruzione del fatto ed in particolare per accertare la finalità della detenzione[199]; è una sorta di intromissione del legislatore nel giudizio di merito, una predeterminazione – seppur generica – degli indizi da prendere in considerazione[200]; ma il "consiglio", per quanto inconsueto[201], non appare né irrilevante, né irragionevole.

Non irrilevante, perché se non vincolerà il giudice a ritenere sussistente o provata la destinazione illecita a seconda del superamento o meno della soglia, comunque gli imporrà un onere di motivazione particolarmente rigoroso, sindacabile dall'organo giudiziario di seconda e "terza" istanza, laddove egli si voglia

---

[197] Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4183.

[198] Ma anche agli altri operatori, al fine di valutare l'illiceità o comunque il grado di illiceità della condotta ed orientare le determinazioni da assumere per quanto di competenza: ad esempio, per influenzare la decisione degli agenti di pubblica sicurezza circa l'opportunità di procedere per l'illecito amministrativo o quello penale, se effettuare o meno un arresto; oppure, per indirizzare il pubblico ministero nella scelta circa il promovimento dell'azione penale; in questo senso MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 335; così anche GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 65; in giurisprudenza vedi Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, cit..

[199] Propendono per tale lettura MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 335; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 240; ID., *Droga: il superamento dei limiti tabellari*, cit., p. 1176.

[200] Il che, peraltro, avviene "tipizzando" gli indicatori già usualmente utilizzati dalla giurisprudenza prevalente: così sottolinea MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 335; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 238; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit.; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, cit..

[201] Così lo definisce Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit., p. 63. In dottrina SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 261, distingue dalle presunzioni ed isola "i casi in cui il legislatore non pone direttamente la presunzione, ma piuttosto fissa determinati indizi da cui la presunzione *può* scaturire"; analogamente G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 205, *sub* nota 86, parla per tali casi di "specifica autorizzazione fatta al giudice di usare presunzioni di fatto".

discostare dalle indicazioni legislative[202]; e l'onere sarà tanto più stringente, quanto più lo scarto rispetto alla valutazione legislativa si appaleserà consistente.
E neanche appare irragionevole l'opzione normativa, poiché le implicazioni tecnico-scientifiche del fenomeno ben possono indurre il legislatore a fornire dei riferimenti indicativi al giudice[203], e a sottrarre nei limiti del possibile la decisione all'alea della disparità di trattamento[204]; in quest'ottica si possono spiegare il ricorso alla tabella, nonché le modalità di redazione della stessa.
Invero, la decisione del magistrato – in relazione alla finalità personale o meno del possesso – non può non essere influenzata dalla quantità detenuta; ma la mera conoscenza di tale circostanza non può essere sufficiente: il giudice di norma potrebbe non avere alcuna contezza tecnica circa il "significato" rivelatore di un certo quantitativo, e potrebbe essere sovente costretto ad affidarsi, al fine di stabilire quale destinazione vada attribuita alla sostanza stupefacente detenuta dall'imputato, ad esperti, o alla propria scienza privata extragiuridica, o peggio ancora alla propria sensibilità sociale e culturale.
Pragmaticamente, dunque, il legislatore ha scelto di fornire una volta per tutte i riferimenti tecnici utili ad orientare la decisione; tale *ratio* risulta appunto evidente anche dalle modalità di redazione: la tabella indica, per ogni sostanza proibita, il principio attivo che mediamente compone una singola dose; tale quantitativo è poi moltiplicato per un fattore – variabile di sostanza in sostanza – il quale riassume le valutazioni empiriche, mediche, ma anche politiche del

[202] In dottrina RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari*, cit., pp. 1177 ss., e ID., *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 252 ss., cui si rinvia anche in merito ai profili di dubbia costituzionalità che l'Autore comunque ravvisa in tale lettura; vedi anche GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 67; più in generale G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 206, *sub* nota 86, ritiene che tali figure abbiano lo scopo di consentire una utilizzazione "più ampia" delle regole di esperienza. In giurisprudenza, Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, cit.; Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, cit., p. 3030.
[203] Proprio il profilo tecnico dell'individuazione delle soglie spiega il ricorso del legislatore alla predeterminazione ad opera di un decreto (inter)ministeriale; opzione che, tuttavia, lascia residuare dubbi di costituzionalità: non per violazione della riserva di legge di cui all'art. 25, comma secondo Cost., in quanto il superamento dei limiti non costituisce elemento costitutivo del reato; ma per la possibile trasgressione di quella prevista dall'art. 13 Cost., comma secondo, laddove la restrizione della libertà personale derivi da un accertamento condizionato da un parametro extralegislativo; e per la violazione dell'art. 101, comma secondo Cost., poiché il giudice risulterebbe soggetto non solo alla legge; in questo senso RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., pp. 253 s..
[204] Apprezza tale finalità MANES, *Commento all'art. 4*-bis, cit., p. 335.

legislatore[205], in relazione a quante dosi si debba ritenere che un assuntore di un certo tipo di stupefacente usualmente possieda per sé, anche in dipendenza dell'effetto drogante della sostanza[206]; ciò consente al giudice di valutare il caso concreto con uno strumentario adeguato, perché gli viene segnalato non solo il quantitativo massimo, ma anche i criteri utilizzati per calcolarlo, così da potersi sindacare se tali parametri si attaglino alla fattispecie in giudizio: ad esempio, poiché il decreto ministeriale prevede un moltiplicatore di 5 per la cocaina, la detenzione di un quantitativo doppio rispetto al "consentito" significa possesso di 10 dosi; ebbene, partendo da questo dato di fatto, il giudice potrà valutare se *10 dosi* possano comunque corrispondere ad una detenzione personale, laddove sia emerso che il soggetto ne fosse stato trovato in possesso mentre era in procinto di partire per una vacanza di alcuni giorni in un'isola poco abitata; vaglio ben più arduo, se il legislatore non avesse indicato esplicitamente il numero di dosi cui corrisponde il quantitativo massimo: ove si fosse limitato ad indicare solo tale soglia limite, il giudicante non avrebbe avuto un parametro di riferimento utile ad interpretare il caso concreto alla luce delle sue specificità, ma avrebbe saputo solo di quanti milligrammi fosse stato superato il limite, informazione meramente descrittiva e di per sé priva di valore sintomatico.

Pertanto, ricapitolando quanto sin qui sostenuto al proposito, l'art. 73 comma 1 *bis* d.p.r. 309/1990 attribuisce all'accusa l'onere di provare la destinazione illecita della sostanza stupefacente[207], ma indica anche al giudice taluni elementi alla luce dei quali stabilire la finalità della detenzione, punendola solo laddove appaia destinata all'uso non personale, ossia a quello di spaccio. Ciò non introduce alcun elemento costitutivo, né alcuna presunzione: semplicemente, il legislatore enumera (alcuni[208]) degli indizi di cui il giudice dovrà tener conto

[205] Sottolinea la natura fortemente politica di tale valutazione RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 253.
[206] GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4193.
[207] GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4187.
[208] Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4184, sottolinea come il catalogo indicato dal legislatore non vada considerato esaustivo, ben potendo il giudice far ricorso anche ad altri profili oggettivi o soggettivi non "codificati", in parallelo con l'interpretazione raggiunta circa l'integrazione della circostanza

nell'orientare e nel motivare il suo provvedimento, sia che scelga di conformarvisi, sia che decida di prescinderne[209]; e non attribuisce alcun onere legale all'imputato, per il caso in cui i limiti tabellari siano superati: in presenza di indicatori sfavorevoli il giudice resta comunque libero – nei limiti della corretta logica giudiziale – di pronunciare il verdetto che riterrà opportuno, e il giudicando avrà dunque un mero interesse di fatto a sovvertire una ricostruzione dei fatti che si va componendo in senso a lui pregiudizievole.

E tale è l'interpretazione sinora seguita dalla giurisprudenza prevalente[210]: prima i giudici di merito[211], poi quelli di legittimità[212], hanno escluso che le soglie rappresentino un elemento costitutivo o una presunzione – assoluta o relativa che sia –, rivendicando invece il principio del libero convincimento e il rigetto di qualsivoglia onere a carico del reo[213], e ritenendosi dunque sciolti da qualsiasi vincolo giuridico nella fase della decisione.

Un ultimo aspetto del tema resta da affrontare: la disposizione punisce una detenzione che *appaia* destinata all'uso non personale; ebbene, potrebbe sorgere il dubbio che la locuzione *apparire* stia ad indicare la sufficienza di un accertamento cognitivamente parziale, incompleto; in altre parole, l'espressione potrebbe far dipendere la condanna da uno *standard* probatorio attenuato, tale per cui la mera apparenza dello spaccio sia condizione sufficiente per la punibilità, senza necessità di raggiungere la certezza del fine penalmente illecito.

Tale lettura pare giustificata alla luce di uno dei significati del verbo in questione, quello di "sembrare", di "dare l'impressione"; ma vi è un'altra accezione, quasi opposta, di "essere evidente", "essere manifesto"; il primo,

---

attenuante di cui al comma quinto dell'art. 73 d.p.r. 309/1990. Nello stesso senso GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4190.

[209] SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 261, secondo cui resta "al giudice il potere di stabilire, discrezionalmente caso per caso, se dagli indizi su indicati si possa presumere il proposito" dell'imputato.

[210] Ciò nonostante i pronostici pessimistici di MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti*, cit., p. 840, il quale paventava che tale interpretazione "appar[isse] quantomeno poco probabile alla luce dell'orientamento tendenzialmente generalpreventivo e socialdifensivo dominante in giurisprudenza".

[211] Trib. Milano, sez. dirett., 18 maggio 2006; Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4182; Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, cit., p. 3029; Trib. Trieste, sez. riesame, 28 dicembre 2006, cit.; Trib. Verona, 24 luglio 2006.

[212] Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, cit., pp. 62 ss.; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, cit..

[213] Trib. Napoli, 29 maggio 2006, cit., p. 4183.

dunque, ha un connotato debole, rappresentando la mera espressione di un giudizio superficiale; il secondo, assai più forte, è il segno di una valutazione che non si accontenta della sostanza di un fenomeno, ma ne richiede anche la manifestazione estrinseca, esteriormente percepibile.

Utilizzando dunque la prima accezione semantica, la disposizione in oggetto autorizzerebbe un indebolimento della soglia gnoseologica necessaria alla condanna; con la seconda connotazione, invece, la norma rafforzerebbe la valenza di uno degli elementi costitutivi dell'illecito (la destinazione non personale), richiedendo la sussistenza ma anche la verificabilità del dolo specifico.

Delle due opzioni, la seconda pare senz'altro preferibile; intanto, perché parrebbe stravagante la scelta legislativa di inserire un elemento strutturale di cui sia sufficiente la mera apparenza, tecnica del tutto insolita nel nostro ordinamento; inoltre, per chi ritenga la valenza costituzionale della presunzione di innocenza e del principio di offensività, perché l'accezione forte del termine "apparire" assicurerebbe la legittimità della disposizione, altrimenti posta in dubbio dal deterioramento della posizione dell'imputato e dal rischio di punire un fatto privo di reale disvalore[214]; ma soprattutto, perché il dettato normativo generale in tema di regola di giudizio consente la condanna solo in caso di colpevolezza acclarata oltre ogni ragionevole dubbio: soglia cognitiva sì derogabile, ma solo per via espressa ed inequivoca; il che non si verifica nel caso di specie, dove l'utilizzo del termine "apparire" permette anche un'interpretazione conforme agli art. 530 e 533 c.p.p., interpretazione che va perciò senz'altro preferita[215].

---

[214] RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga*, cit., p. 241.

[215] Né potrebbe obiettarsi che così facendo si attribuirebbe all'espressione un significato abrogante, ossia ripetitivo del principio generale e perciò superfluo: il senso normativo della locuzione "apparire", infatti, starebbe come accennato nell'intento di esteriorizzare il requisito del dolo specifico. In dottrina richiedono il raggiungimento della certezza circa la destinazione illecita GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina*, cit., p. 4188; ID., *Elementi immediatamente utilizzabili*, cit., p. 66; RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari*, cit., p. 1177; in giurisprudenza Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, cit., p. 3029. *Contra*, in generale, SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 262, secondo cui la statuizione di "indizi codificati" sarebbe superflua, se non ne conseguisse la possibilità di condannare quando la responsabilità "appaia – anche se non certa – più probabile dell'ipotesi opposta".

12. *Le fattispecie di contrabbando.* – Le disposizioni in materia doganale hanno tradizionalmente presentato profili attinenti al tema delle presunzioni[216]. L'odierna disciplina, frutto della riforma attuata con il d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, non si discosta significativamente dalla previgente, e dunque contiene ancora norme di interesse ai fini della presente trattazione.

Al riguardo, è opportuno analizzare partitamente talune disposizioni.

Viene in primo luogo in rilievo l'art. 25 secondo comma[217], il quale dispone che – in zona di vigilanza doganale terrestre – il detentore di merci estere soggette a diritti di confine "deve dimostrarne la legittima provenienza", altrimenti "è ritenuto responsabile di contrabbando". Tale fattispecie pare effettivamente prevedere una sorta di "presunzione" di illiceità del possesso[218], tale per cui solo la dimostrazione tramite prove attendibili consenta l'esenzione da pena per un fatto (la mera detenzione di merci) sostanzialmente inoffensivo.

Tanto obbedisce certamente ad una *ratio* ragionevole, ossia quella di porre a carico del detentore l'onere di provare ciò che per lui è di agevole dimostrazione, ossia l'avvenuto assolvimento degli obblighi doganali; ciò non toglie, però, che ci si trovi di fronte ad una fattispecie che rovescia l'onere normalmente gravante sull'accusa[219], con potenziale lesione della presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato, per chi la intenda come vera e propria regola di giudizio.

---

[216] E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 664, afferma che le odierne disposizioni sono "ancorate, come le precedenti norme del 1940, allo stagnante terreno delle presunzioni". Secondo I. SATTA, *Sul concetto giuridico del contrabbando formale*, in *Scuola pos.*, 1923, II, pp. 274 ss., dovrebbe distinguersi tra contrabbando reale e contrabbando formale, ossia tra evasione tributaria effettiva ed evasione presunta; nello stesso senso DI LORENZO, *Il contrabbando e gli altri reati doganali*, Padova, 1956, p. 127. *Contra* VINCIGUERRA, *I delitti doganali. Parte generale*, Milano, 1963, p. 216, secondo cui "non esistono fattispecie di contrabbando costruite in termini presuntivi, ossia presunzioni in senso tecnico".

[217] "Il detentore delle merci indicate nel comma precedente deve dimostrarne la legittima provenienza. Qualora rifiuti o non sia in grado di fornire tale dimostrazione, o quando le prove addotte siano inattendibili, è ritenuto responsabile di contrabbando, salvo che risulti che egli si trova in possesso della merce in conseguenza di altro reato da lui commesso", da coordinarsi con l'art. 282, comma primo, lett. f) che punisce a titolo di contrabbando con le pene previste da detto articolo chi "detiene merci estere, quando ricorrano le circostanze prevedute nel secondo comma dell'art. 25 per il delitto di contrabbando".

[218] Sottolinea che la presunzione riguardi soltanto l'illegittimità della provenienza della merce VINCIGUERRA, *I delitti doganali*, cit., p. 270.

[219] Ritiene trattarsi dell'unica presunzione contenuta nel testo unico ALFANO, *I delitti di contrabbando doganale*, in *Riv. pen.*, 1984, pp. 364 s..

Non si tratterebbe di fenomeno realmente presuntivo, invece, quello contenuto all'art. 282, comma primo, lett. c.), che prevede la punizione a titolo di contrabbando di chi sia "sorpreso con merci estere nascoste sulla persona o nei bagagli o nei colli o nelle suppellettili o fra merci di altro genere od in qualunque mezzo di trasporto, per sottrarle alla visita doganale"[220].

Tale ipotesi, infatti, costituirebbe piuttosto un'anticipazione della tutela penale, e della punizione a titolo di reato consumato di un fatto percepibile come ancora allo stadio di tentativo. Al massimo, potrebbe ravvisarsi una presunzione di idoneità della condotta rispetto alla realizzazione del fine avuto di mira, ossia quello di sottrarre le merci alla visita doganale: tuttavia, ciò si identifica con la *ratio* della disposizione, e non costituisce vera e propria presunzione[221]; senza dimenticare, poi, che lo schema disegnato dall'art. 56 c.p. è clausola generale, passibile di essere eccettuata per fattispecie particolari[222]; e che comunque la stessa nozione *legale* di contrabbando non rimanda necessariamente ed esclusivamente alla compiuta elusione del controllo doganale, ma può anche estendersi a ben individuate condotte naturalistiche prodromiche rispetto al raggiungimento dell'obiettivo.

Perciò, non si potrà dire che si presuma la sussistenza del tentativo (ma semmai, ad un livello pre-normativo, dell'idoneità e della sua univocità), né che si parifichi il contrabbando tentato a quello consumato[223]: più semplicemente, che la fattispecie sostanziale del contrabbando previsto dall'art. 282 comprende

---

[220] Le seguenti conclusioni possono proporsi in relazione alle analoghe fattispecie di cui agli artt. 283 secondo comma, 284 secondo comma, 285 secondo comma, dettati in relazione al contrabbando nel movimento nei laghi di confine, in quello marittimo ed in quello aereo. Per le considerazioni relative all'analoga fattispecie prevista nel T.U. del 1923, si veda *supra* cap. I, § 6.

[221] VINCIGUERRA, *I delitti doganali*, cit., p. 266.

[222] E' peraltro lo stesso art. 342 del T.U. in maniera doganale a statuire che la normativa penale ivi contenuta deroghi all'art. 56 c.p..

[223] Parificazione prevista invece dall'art. 293, rubricato "equiparazione del delitto tentato a quello consumato", ai sensi del quale "per il tentativo di contrabbando si applica la stessa pena stabilita per il reato consumato". La valenza solo *quoad poenam* dell'assimilazione è sostenuta in dottrina, tra gli altri, da VINCIGUERRA, *I delitti doganali*, cit., p. 264; MAZZA, *Profili del tentativo di contrabbando doganale*, Napoli, 1979, pp. 107 ss.; ALFANO, *I delitti di contrabbando*, cit., p. 368; E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, cit., c. 667; *contra* DI LORENZO, *Il contrabbando*, cit., p. 302, secondo cui "il contrabbando tentato o consumato costituisce sempre il medesimo titolo di reato".

anche le condotte di occultamento di merci che si vuole sottrarre al controllo doganale[224].

Tuttavia, ad una diversa conclusione potrebbe giungersi valorizzando l'inciso "è sorpreso": l'occultamento delle merci non sarebbe, di per sé solo, elemento costitutivo dell'illecito, ma ne è richiesta anche la scoperta in flagranza: non essendo così sufficiente per l'integrazione del delitto, ad esempio, una successiva deposizione testimoniale sul punto. Se così è, cade la possibilità di ravvisare nell'intera proposizione un elemento del fatto di reato, perché altrimenti per la sussistenza del dolo dovrebbe esigersi la volontà, o quantomeno la rappresentazione, da parte del soggetto agente che l'occultamento verrà scoperto; conseguenza assurda e inaccettabile, che dovrebbe perciò spingere a ipotizzare la natura solo probatoria, *rectius* presuntiva, della circostanza in oggetto. In altre parole, dal possesso celato dovrà presumersi la finalità evasiva[225] che, unitamente ad un contegno oggettivamente pericoloso rispetto alla futura lesione (consumata) del bene, realizza (una delle forme de) il delitto di contrabbando.

Anche tale ricostruzione, però, mostra delle incongruenze; in particolare, non vi sarebbe una condotta del soggetto agente penalmente rilevante, ma solo un

[224] Tale considerazione si ricollega al dibattito circa la natura unitaria o pluralista del delitto di contrabbando; propendendo per la prima soluzione la nozione in oggetto ricomprenderebbe diverse condotte delittuose, variamente descritte, le quali tutte comportano la lesione o la messa in pericolo di un'unica oggettività giuridica, ossia l'interesse dello Stato alla percezione dell'imposta di confine: in questo senso MAZZA, *Profili del tentativo*, cit., p. 66; E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, cit., c. 662. In giurisprudenza Cass., sez. un., 19 gennaio 1952, n. 1, in *Riv. trib.*, 1954, p. 203. Tale lettura può aprire le porte all'individuazione di presunzioni legali, ogniqualvolta il fatto tipico non contempli direttamente l'offesa all'interesse "unitario", ed essa venga dunque presunta sulla base della condotta tenuta. Per la visione pluralista si veda invece ALFANO, *I delitti di contrabbando*, cit., p. 358, il quale ritiene la natura autonoma delle varie fattispecie, suscettibili di concorso materiale; lo stesso A., pertanto, rifiuta la natura presuntiva dei meccanismi contenuti nel T.U., rifacendosi alla distinzione tra i casi in cui il legislatore tutela l'"interesse tutelato dal comando" da quelli in cui si presidia "l'interesse all'osservanza del comando"; tuttavia, tale ultima categoria a nostro parere non può di per sé giustificare l'imposizione di un precetto penale, se l'osservanza del comando non costituisca anche il tramite attraverso cui tutelare il bene finale costituito dall'interesse dello Stato alla riscossione del tributo: il che, nuovamente, conduce semplicemente a distinguere tra reati di danno e reati di pericolo, come poi il medesimo A. giunge a concludere (p. 364). Così, sostanzialmente, anche VINCIGUERRA, *I delitti doganali*, cit., pp. 196 ss., il quale individua tre gruppi di delitti doganali, i quali offendono immediatamente un diverso oggetto specifico (controllo della circolazione delle merci, regolare svolgimento delle operazioni doganali, rispetto degli impegni assunti dal privato verso la dogana in relazione alla destinazione delle merci), ma che appaiono tutti funzionali rispetto allo scopo finale di tutelare la percezione del tributo. In quest'ottica, dunque, il bene protetto da ogni fattispecie incriminatrice sarebbe autonomo e diverso, senza necessità di individuare l'offesa sulla base di schemi presuntivi (p. 269).

[225] E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, cit., c. 664.

contegno indiziante di un fatto ignoto illecito, i cui contorni peraltro non vengono esplicitati: la fattispecie risulterebbe così irrimediabilmente viziata di eccessiva indeterminatezza. Senza contare poi che poco sostenibile appare la presunzione di scopo di contrabbando, atteso che la medesima disposizione richiede espressamente il fine di sottrarre le merci alla visita doganale. Meglio, dunque, considerare l'occultamento e la finalità veri e propri elementi della fattispecie di pericolo, e limitare la valenza processuale al solo inciso "è sorpreso", da intendersi come attribuzione di rilevanza penale ai soli contegni flagranti[226].

Si rivela interessante anche la fattispecie di cui all'art. 283, comma primo, lett. b)[227], laddove si punisce a titolo di contrabbando il capitano che, senza il permesso della dogana, trasporta merci estere in un tratto senza dogane e "rasenta le sponde nazionali opposte a quelle estere o getta l'ancora o sta alla cappa ovvero comunque si mette in comunicazione con il territorio doganale dello Stato, in modo che sia agevole lo sbarco o l'imbarco delle merci stesse, salvo casi di forza maggiore".

La fattispecie presenta analogie con quella appena analizzata di cui alla lett. c) dell'art. 282: anche all'art. 283, infatti, viene descritto un comportamento che appare preparatorio rispetto alla realizzata evasione del tributo; tuttavia, mentre la precedente norma prevedeva una condotta effettivamente riconoscibile quale fraudolenta, anche grazie alla portata selettiva del dolo specifico, nel successivo il contegno del capitano potrebbe apparire del tutto neutro, poiché viene punito un comportamento naturalisticamente ben più equivoco rispetto all'occultamento della merce, e oltretutto senza che venga richiamata alcuna nota psicologica ulteriore, ma soltanto un dato oggettivo ed esteriore ("in modo che sia agevole...").

Si potrebbe dunque essere tentati di ravvisare in ciò la posizione di una presunzione legale, che parifichi la prova di un certo tipo di navigazione alla

[226] Stessa conclusione va raggiunta in relazione alle contravvenzioni di cui agli artt. 707 e 708 c.p., in relazione all'inciso "è colto".

[227] Del tutto analoga, per il movimento marittimo, la lett. a) del comma primo dell'art. 284.

dimostrazione del contrabbando[228]. Prima di giungere a tale conclusione, però, può richiamarsi quanto sostenuto in precedenza: è il legislatore a fornire i confini del reato di contrabbando, e in relazione al caso di specie ha ritenuto di punire a tale titolo la condotta del capitano; si tratta di un reato di mera condotta a pericolo presunto: per meglio regolamentare l'esazione dei diritti di confine, e individuare più facilmente le condotte illecite, l'art. 283 fa divieto alle navi che trasportano merci estere di eseguire determinate manovre, di per sé inoffensive ma passibili di costituire un anello della catena che conduce all'evasione[229]; perciò, fatto divieto di compierle, il capitano che trasgredisse manifesterebbe oggettivamente un contegno pericoloso rispetto all'interesse della riscossione del tributo: fatta salva, in senso esplicito, la non punibilità nel caso in cui la manovra sia dovuta a forza maggiore, e dunque non possa ritenersi sintomatica di una illecita finalità; e fatti salvi – per clausola generale *ex* art. 49 cpv. c.p. – i casi in cui la condotta si riveli nel concreto inoffensiva[230].

[228] Così Cass., 2 marzo 1951, in *Arch. pen.*, 1951, II, p. 397, che ritiene sussistente una presunzione *iuris et de iure*.

[229] DUS, *Teoria generale dell'illecito fiscale*, Milano, 1957, pp. 75 s.. In generale anche VINCIGUERRA, *I delitti doganali*, cit., p. 199, ritiene che "il legislatore incrimina situazioni, che instaurano una possibilità di diminuzione tributaria, assumendo, secondo regole tratte dall'esperienza della polizia fiscale, che determinate situazioni siano quelle attraverso cui si perviene all'evasione del tributo. Molti contrabbandi sono dunque reati sintomatici e, rispetto all'aggressione al tributo, reati di pericolo". In giurisprudenza, invece Cass., sez. III, 25 marzo 1982, Razzoli, afferma che il legislatore abbia previsto delle ipotesi di contrabbando a condotta vincolata, per le quali è descritta in maniera specifica l'attività omissiva e commissiva, assistite talvolta da presunzione *iuris tantum* di evasione del tributo.

[230] Tale conclusione non sarebbe sostenibile ove si ritenesse, come ALFANO, *I delitti di contrabbando*, cit., p. 360, che questa fattispecie tutelerebbe soltanto l'interesse all'osservanza del comando: in tal caso, invero, la trasgressione dell'obbligo di fedeltà sarebbe direttamente offensivo; solo proiettando la lesione verso un bene finale, rispetto al quale la condotta vietata si ponga in posizione strumentale, è invece possibile valorizzare il profilo della carenza di offesa.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Conclusioni. – 2. Acquisizioni sulla fissazione formale del fatto.

.

1. *Conclusioni.* – La trattazione, partendo dall'istituto delle presunzioni, si è trovata nella necessità di affrontare problematiche di respiro assai più ampio; l'individuazione dell'esatta natura giuridica del fenomeno analizzato, infatti, ha dipeso strettamente dai limiti assegnati al diritto sostanziale e a quello processuale.

In particolare, il diritto probatorio è apparso sito in terreno di confine, provocando – a chi ne abbia tentato lo studio – difficoltà nel distinguere dove finisse l'essenza sostanziale , e dove iniziasse la tecnica di accertamento.

L'indistinguibile, così, è divenuto spesso indistinto: ciò che era nato probatorio, come le presunzioni, aveva nel tempo perso il proprio precipuo ruolo, per essere parificato ad un fenomeno sostanziale; responsabilità oggettiva era divenuto sinonimo di presunzione *iuris et de iure* di colpevolezza; la *ratio* della fattispecie era scambiata per una presunzione; l'inverso di un elemento impeditivo veniva etichettato come relativamente presunto; e gli esempi potrebbero continuare ancora a lungo.

Alla base del fraintendimento sta in primo luogo l'indubbia correlazione e interdipendenza tra fattispecie e accertamento.

Al riguardo, si è evidenziato come dal segno di manifestazione di un elemento all'interno di una fattispecie, dipenda anche in via generale la regola di giudizio utile a tradurre in atto l'efficacia di tale dato giuridicamente rilevante, e che per taluni elementi sia stabilita una disciplina probatoria *ad hoc*; ma ciò non impedisce di mantenere isolati i due profili, quello sostanziale e quello probatorio.

Può dunque ad esempio genericamente affermarsi – pur con l'avvertenza di una rilevante distinzione circa lo *standard* probatorio – che gli elementi negativi siano presunti insussistenti: ciò non significa però che elemento negativo e presunzione siano sinonimi: ma solo che all'uno, sul piano sostanziale, corrisponde l'altro, su quello probatorio; che l'elemento negativo è *oggetto* della presunzione, e non presunzione esso stesso; la mediazione è offerta dalle regole sulla fissazione formale del fatto, che stabiliscono in generale o in particolare *cosa*, *come*, *quando* e *quanto* vada provato, e *chi* dunque, sulla base dei propri interessi, abbia l'onere di provarlo.

In secondo luogo, il discorso è stato ulteriormente complicato dalla ritrosia degli studiosi ad accettare intromissioni legali nella materia probatoria; infatti, dall'assioma dei fini di ricerca della verità materiale assegnati al processo penale è derivato il rifiuto di considerare *prova* ciò che non ha portata empiricamente dimostrativa, e di ritenere *provato* ciò che non scaturisce da un accertamento di tipo sperimentale.

Ma tale assioma non ha alcuna evidenza ed anzi è recisamente confutato, prima ancora che da discussi fenomeni di presunzione, dagli indubitabili condizionamenti legali al raggiungimento della piena verità nel corso della causa; constatazione che ha condotto al conio dell'eufemistica formula di *verità legale* o *processuale*, ma che dovrebbe piuttosto convincere dell'estraneità al processo penale di tali rassicuranti postulati euristici, e portare a riconoscere che nel processo la verità è solo "fine tra i fini".

E visto che in campo giuridico il bilanciamento tra diversi interessi è (quasi) sempre demandato alla legge, non deve affatto stupire che anche la materia

probatoria sconti una disciplina legale potenzialmente assai invasiva, tale per cui il concetto naturalistico di prova si discosti sensibilmente da quello giuridico. Nell'ambito di questa nozione, dunque, può essere ricompreso qualsiasi fenomeno, naturale o legale, che abbia l'effetto di determinare positivamente – insieme, tra l'altro, alle limitazioni di prova e alle regole di valutazione – la fissazione formale del fatto nel corso del procedimento.

Assodato tale aspetto, nulla si oppone a inserire le presunzioni legali nel campo della prova, *sub* specie legale, e a renderle dunque operanti sul piano della regolamentazione del giudizio.

Ammessa dunque l'astratta separazione tra questo e la fattispecie sostanziale, restava da individuare nel concreto la riconduzione all'una o all'altra dei fenomeni che via via si presentano all'attenzione dell'interprete; e, come più volte ribadito, la conclusione in merito non è mera opzione terminologica, ma comporterà rilevanti conseguenze di ordine sistematico.

Al riguardo, si è data preminente importanza alle formulazioni lessicali prescelte dal legislatore: non potrà ravvisarsi un fenomeno essenzialmente probatorio o processuale, laddove la disposizione si limiti a dettare il contenuto di una fattispecie, pur assegnando "segni" positivi e negativi, questi sì rilevanti *anche* sotto l'aspetto processuale.

Allo stesso modo, in presenza di riferimenti all'ambito *lato sensu* probatorio, questi non potranno essere pretermessi, ma dovranno valorizzarsi le implicazioni conseguenti alla scelta di lasciare intatta la fattispecie sostanziale, e di agire sul solo piano processuale.

Si è però riconosciuto che la discrezionalità del legislatore non possa tramutarsi in arbitrio: i vincoli – gerarchicamente rilevanti – dettati dalla Costituzione, infatti, impongono il rispetto di talune direttive fondamentali, le quali non possono essere trasgredite con il solo gioco di una variante lessicale.

I lineamenti dell'illecito penale, nonché le garanzie previste per la sua applicazione, fanno riferimento ad un rapporto *reale*, e non solo giuridico, tra Stato e individuo; che il fatto sia proprio, sia tipico, sia offensivo, sia colpevole,

e che la sua qualificazione giuridica fosse tale anche al momento della realizzazione, sono tutti requisiti di validità inderogabili per il legislatore ordinario, sia che operi sulla fattispecie sostanziale, sia che agisca sul processo di fissazione formale del fatto.

2. *Acquisizioni sulla fissazione formale del fatto*. – Peraltro, si è potuta riscontrare l'assoluta marginalità in campo penale dell'istituto delle presunzioni legali. Tuttavia, lo studio della materia ha consentito di offrire interessanti spunti per una teoria più organica in tema di fissazione formale del fatto, che sintetizzi le indiscutibili interrelazioni correnti tra formulazione della fattispecie sostanziale, onere della prova, prova (naturale e legale), limitazioni e preclusioni legali, regole per la valutazione, regola di giudizio e standard probatori; argomento che invece è stato troppo spesso sottovalutato e dunque trascurato dalla dottrina, nell'impropria convinzione che poche e tralatizie formulette bastassero alla disciplina di un settore delicatissimo per l'applicazione del diritto penale.

Al riguardo, si è evidenziato come per la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta sia necessaria la ricostruzione dell'accadimento storico, e la verifica della sovrapponibilità di questo con la previsione legale.

Tali due momenti sono inevitabilmente correlati: del fatto effettivo non interessa ogni possibile sfumatura, ma solo le note rilevanti per l'applicazione di una disposizione: solo in relazione a queste, dunque, si concentrerà il lavoro di fissazione; allo stesso tempo, la valutazione giuridica di quanto emerso dipenderà dai risultati dell'accertamento.

Isolando le singole fasi, la fattispecie sostanziale fornisce lo schema di *cosa* debba essere provato, ossia degli elementi necessari al perfezionamento della stessa (i positivi), e di quelli a tale fine irrilevanti, che però, se provati, ne impediscono l'applicazione (i negativi). Il segno dell'elemento ha natura sostanziale (con tutte le conseguenze di ordine sistematico che ne derivano), ma si riflette specularmente sull'onere della dimostrazione.

Tuttavia, la selezione degli elementi da provarsi o meno può operarsi anche sul piano processuale, lasciando intatta la fattispecie sostanziale: è ciò che avviene con la previsione di presunzioni legali improprie, assolute o relative, che consentono di prescindere dalla prova di un dato costitutivo.

La legge prevede poi anche il *come* della ricostruzione: essa lascia spazio all'attività di ricerca storiografica, pur incanalandola talora in binari tipici, stabilendo – a pena di inammissibilità o inutilizzabilità dei risultati scaturiti – forme tassative per la raccolta della prova[1], nonché regole per la sua valutazione[2]; ma impone talora anche delle limitazioni[3] e degli equivalenti processuali che contribuiscono a fissare il fatto da ricostruire. Tra gli equivalenti, figurano le presunzioni legali proprie, assolute o relative, ma anche altre figure che beneficiano del valore probatorio attribuito loro dal legislatore prescindendo dal libero convincimento del giudice[4].

Il tutto, peraltro, è soggetto anche a limiti e decadenze temporali, attese le norme che disciplinano *quando* una determinata richiesta o attività probatoria debba essere effettuata[5]: cesure che assumono una rilevante importanza nella ricostruzione del fatto, perché pongono le esigenze di "ragionevole durata del procedimento" e di certezza e stabilità del diritto al di sopra degli stessi fini di ricerca della verità materiale.

Ed ancora, il legislatore stabilisce la soglia di rilevanza di un elemento, ossia il *quanto* debba risultare provato un dato affinché esso possa produrre gli effetti suoi propri; è il campo della regola di giudizio in senso stretto, regolato in via generale dalle disposizioni di cui agli artt. 529 ss. c.p.p.. Come si è visto, alla

[1] Si pensi, ad esempio, alle cautele previste per l'attività di intercettazione di comunicazioni telefoniche dagli artt. 266 c.p.p. ss., o per il sequestro probatorio dagli artt. 253 c.p.p. ss..

[2] Ad esempio, la testimonianza del coimputato nel medesimo reato o di imputato in procedimento connesso può essere valutata, *ex* art. 192 comma 3, solo unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

[3] L'art. 188 c.p.p. nega validità alla prova acquisita ledendo la libertà di autodeterminazione dell'esaminato o la sua capacità di ricordare o valutare i fatti.

[4] Può farsi l'esempio dell'art. 3, comma 4 c.p.p., il quale dispone che "la sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel procedimento penale".

[5] Il codice contiene disposizioni che fissano termini più o meno perentori per l'ingresso nel processo di materiale probatorio: ad esempio, l'art. 468 comma 1 c.p.p. chiede che le liste testimoniali vengano depositate almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento.

stregua di tale disciplina gli elementi positivi rilevano solo se certi, mentre i negativi anche in caso di dubbio. A tale direttiva generale possono derogare in ipotesi particolari apposite norme, le quali potrebbero ritenere sufficiente il dubbio per la rilevanza di un elemento positivo, o richiedere una piena prova per un elemento negativo[6]: il che, peraltro, si verificherebbe anche nei casi di presunzione legale relativa impropria.

Dal coacervo di tale complesso di disposizioni, dalle interazioni discendenti dal regolamento legale, la parte processuale ricava quale tipo di attività gli sia *utile* per la soddisfazione del proprio interesse, nonché quali danni rischia di subire in caso di inerzia: con espressione imprecisa ma sintetica, emerge la ripartizione dell'onere della prova.

[6] E' il caso, come visto, dell'art. 596 quarto comma c.p. in relazione all'elemento negativo della verità dell'addebito diffamatorio.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987
- AA. VV., *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca - Pizzorusso), Bologna-Roma, 1991
- AA.VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana* (a cura di Calamandrei-Levi), I, Firenze, 1950
- AA. VV., *Commento al codice di procedura penale* (a cura di Mortara e altri), vol. III, Torino, 1915
- AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965
- AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di Scarpelli), Milano, 1976
- AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994
- AA.VV., *Introduzione al sistema penale* (a cura di Insolera – Mazzacuva – Patarini – Zanotti), vol. I, Torino, 2001
- AA. VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di Bessone), Torino, 2007
- AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata* (a cura di Corso–Insolera–Stortoni), Torino, 1995
- AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale* (a cura di Siracusano), I, Milano, 1994
- AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia* (a cura di P. Siracusano), Torino, 2007

- AA.VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982
- AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977
- AA. VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968
- AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006
- ALFANO, *I delitti di contrabbando doganale*, in *Riv. pen.*, 1984, pp. 353 ss.
- ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, pp. 9 ss.
- ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932
- ALESSANDRI, *Il I comma dell'art. 27*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, pp. 1 ss.
- ALTAVILLA, *Ciò che è sopravvissuto dell'*exceptio veritatis, in *Scuola Positiva*, 1932, pp. 370 ss.
- GIUS. AMATO, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio*", in *Cass. pen.*, 2006, pp. 4185 ss.
- GIUS. AMATO, *Elementi immediatamente utilizzabili da polizia giudiziaria e in sede cautelare*, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 21, p. 64 ss.
- AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 841 ss.
- ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965
- ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 766 ss.
- ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. rom.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 765 ss.
- ANDRIOLI, *Riflessioni sull'insufficienza di prove nel processo penale*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*
- M. ANGIONI, *La volontarietà dei fatti di reato*, Torino, 1927

- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1997
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2008
- ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928
- ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 30 ss.
- AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932
- AUGENTI, *Ancora brevi note sull'onere della prova nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1948, pp. 588 ss.
- AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 821 ss.
- AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1168 ss.
- BASCHIERI, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949
- BATTAGLINI - CRIFÒ, voce *Imputabilità*, in *Nss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, pp. 451 ss.
- BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, ora in ID., *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, pp. 84 ss.
- BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 424 ss.
- BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Torino, 1965
- BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936
- BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949

- BETTIOL, *Diritto penale*, Parte generale, Palermo, 1950
- BETTIOL, *La regola "*in dubio pro reo*" nel diritto e nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 241 ss.
- BETTIOL, *Presunzioni ed onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, pp. 241 ss.
- BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi econ. giur della Università di Cagliari*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, pp. 343 ss.
- BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio,* ora in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di Scarpelli)
- BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936
- BORGHESE, voce *Presunzioni (dir. pen. e dir. proc. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, cit., pp. 772 ss.
- BRICOLA, Dolus in re ipsa, Milano, 1960
- BRICOLA, *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 comma I c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 486 ss.
- BRICOLA, *Reati di sospetto, diritto al silenzio e Costituzione*, in *Giust. e Cost.*, 1973, pp. 108 ss.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato,* in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss.
- BRUNELLI, *Delle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Ferrara, 1899
- CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, pp. 1 ss.
- CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937
- CAMPITELLI, voce *Presunzione (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 260 ss.

- CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienze, verità*, ora in *Opere*, vol. V, 1959, pp. 1 ss.
- CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962
- CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000
- A. CARBONI, *La notorietà del delitto nelle riforme ecclesiastiche medievali*, in *Studi sassaresi*, 1959, pp. 49 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959
- CARNELUTTI, *Efficacia giuridica del giudizio d'onore*, in *Questioni sul processo penale*, 1951, pp. 231 ss.
- CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale*, Milano, 1992 (ristampa della I ed., 1915)
- CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, vol. I
- CARNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 639 ss.
- CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, pp. 101 ss.
- CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Studi di dir. proc.*, 1925, pp. 212 ss.
- CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, Lucca, 1863
- CATENACCI, *"Beni" e "funzioni" oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pp. 1219 ss.
- CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, pp.1415 ss.
- CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946

- CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1906
- COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007
- COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970
- CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Roma - Palermo, 1920
- COPPI, *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. Cost.*, 1968, pp. 1708 ss.
- CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006
- CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963
- CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*
- CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 274 ss.
- CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1147 ss.
- CRISTOFOLINI, *Corso di diritto processuale civile*, Pavia, 1934-1935
- DE DOMINICIS, Brev. Pauli Sententiarum, *IV, 12, par. 5 e l'origine romano-cristiana del principio* «in dubiis pro reo» , in *Arch. pen.*, 1962, I, pp. 411 ss.
- DELITALA, *Il divieto della "reformatio in peius" nel processo penale*, Milano, 1927
- DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930
- DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962

- DEMURO, *Prolegomeni storici allo studio del dolo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2006, pp. 1410 ss.
- DI LORENZO, *Il contrabbando e gli altri reati doganali,* Padova, 1956
- DI VICO, *La delega di funzioni e i suoi differenti effetti nel settore privato ed in quello pubblico,* in *Cass. pen.,* pp. 2657 ss.
- E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, in *Giust. pen.*, 1986, II, cc. 653 ss.
- DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, tomo V, libro III, tit. VI, sez. IV, *Delle presunzioni*
- DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985
- DONATUTI, *Le* praesumptiones iuris *come mezzo di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, III, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, pp. 488 ss.
- DUBOLINO, *Tra miti e realtà. L'effettività della sussistenza del dolo e il suo accertamento,* in *Critica penale,* 2000, pp. 110 ss.
- DUS, *Teoria generale dell'illecito fiscale,* Milano, 1957
- ELLERO, *Della critica criminale*, Bologna, 1875
- EPIDENDIO, *Le cause di non punibilità in senso lato come oggetto di prova nel c.p.p. 1930 e nel c.p.p. 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 639 ss.
- Epitteto, *Dissertationes ab Arriano digestae*
- EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1987, pp. 1060 ss.
- FABBRINI, voce *Presunzioni,* in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 279 ss.
- FAZZALARI, *I processi nell'ordinamento italiano,* Padova, 1973
- FELICI, *Il caso dell'art. 707 c.p.: il reato di sospetto non è costituzionalmente illegittimo,* in *Nuovo dir.*, 2005, pp. 738 ss.

- FERRAIOLI, voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano - Varese, 1986, pp. 304 ss.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari, 1996
- FERRARA, *Relatività del notorio*, in *Foro it.*, 1940, I, pp. 965 ss.
- FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale penale*, Milano, 1927
- FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884
- FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano*, in *Riv. it, sc. giur.*, 1892, XIV, ora in *Opere*, III, Milano, 1929, pp. 417 ss.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl, Giessen, 1808
- FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, pp. 49 ss.
- FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, pp. 546 ss.
- FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, pt. V, cc. 27 ss.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007
- FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, pp. 1385 ss.
- E. FINZI, *Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, pp. 156 ss.
- FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 2004
- FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985
- FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano –

Varese, 1987, pp. 770 ss.

- FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961
- FLORIAN, *Presunzioni della vita comune e prova contraria*, in *Scuola pos.*, 1936, II, pp. 9 ss.
- FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 820 ss.
- FOSCHINI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1946, I, pp. 186 ss.
- FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi in onore di E. Eula*, vol. II, Milano, 1957, pp. 3 ss.
- FRAMARINO DE' MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, vol. I, Torino, 1895
- J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1949
- FRANZ, *Brevi osservazioni in merito alla costituzionalità del reato di cui all'art. 708 c.p., ed alla applicazione concreta della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 2216 ss.
- FROSALI, *Diritto processuale penale*, in *Sistema penale italiano*. *Parte Seconda*, vol. IV, Torino, 1958
- FROSALI, *La giustizia penale*, in AA.VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, (a cura di Calamandrei-Levi)
- GAITO, *Onere della prova e processo penale*, in *Giust. pen.*, 1975, III, cc. 513 ss.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato, L'elemento psicologico*, Torino, 2001
- M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951
- M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 1 ss.

- M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, vol. VII, Milano – Varese, 1960, pp. 624 ss.
- M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano - Varese, 1964, pp. 750 ss.
- M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Nss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1974, pp. 885 ss.
- GAROFALO, *La custodia preventiva*, in *Scuola pos.*, 1892, II, pp. 199 ss.
- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2006
- V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1168 ss.
- GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960
- GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 72 ss.
- GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali di storia del diritto*, 1957, pp. 403 ss.
- GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, 1988
- GIANNITTI, *La valutazione della prova penale*, Torino, 2005
- GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1884-1888, vol. I
- GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961
- GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 518 ss.
- GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999

- GROSSO, voce *Dolo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.
- GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2523 ss.
- GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949
- GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939
- GUARNERI, *Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1953, II, cc. 323 ss.
- IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 3151 ss.
- ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979
- INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d' uso*, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 1378 ss.
- INSOLERA, *Un deludente epilogo*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3362 ss.
- KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, vol. XV, Roma, 1997, pp. 1 ss.
- LAURO, *Note in tema di prova indiziaria e presunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 1408 ss.
- C. LEONE, *Contributo allo studio delle massime d'esperienza e dei fatti notori*, in *Annali dell'Università di Bari*, 1954, pp. 1 ss.
- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961
- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961
- LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950
- LO IUDICE – ROSSI, *Ciò che residua dei reati di sospetto*, in *Giust. pen.*, 1998, I, cc. 26 ss.
- LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967
- LOZZI, Favor rei *e processo penale*, Milano, 1968
- LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899

- MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.*, 1939, pp. 140 ss.
- MAGGIORE, *La «*exceptio veritatis*»*, in *Crit. pen.*, 1946, pp. 258 ss.
- MAJELLO, *L'interpretazione dei testi normativi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di Bessone)
- MALINVERNI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, Torino, 1969
- MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972
- MANES, *Commento all'art. 4-*bis *d.l. 30 dicembre 2005 n. 272*, in *Legisl. pen.*, 2007, pp. 326 ss.
- MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3025 ss.
- MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2006, pp. 823 ss.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007
- MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 452 ss.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1941
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino, 1947
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, Torino, 1948
- MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, Torino, 1942
- MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1943
- MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV, Torino, 1942
- MANZINI, voce *Imputabilità e responsabilità*, in *Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1902-1906, pp. 301 ss.
- MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, pt. III, pp. 653 ss.

- MARINI, voce *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, pp. 243 ss.
- MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004
- MARUCCI, *Presunzione d'innocenza dell'imputato e presunzione di inesistenza del delitto*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, pp. 117 ss.
- MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964
- MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 109 ss.
- MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 944 ss.
- MAZZA, *Profili del tentativo di contrabbando doganale*, Napoli, 1979
- MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in *Introduzione al sistema penale* (a cura di Insolera – Mazzacuva – Patarini – Zanotti), pp. 79 ss.
- MAZZAMUTO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di Bessone)
- MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in *Crit. pen.*, 1969, pp. 209 ss.
- MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 649 ss.
- MELCHIONDA, *Vari aspetti di incostituzionalità dell'art. 708 c.p.*, in *Scuola posit.*, 1968, pp. 149 ss.
- MERENDA, *Premesse all'analisi delle soglie di punibilità nella struttura delle false comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia* (a cura di P. Siracusano), pp. 71 ss.
- G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902
- S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'on*ore, Roma, 1953

- MICHELETTI, *Una sentenza di "incostituzionalità" sopravvenuta per"inadeguatezza" della tutela in materia di reati di sospetto,* in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3373 ss.
- G. A. MICHELI, *Sulla nozione di fatto notorio,* in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, pp. 286 ss.
- G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966 (rist.)
- P. MICHELI, *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*, in *Dir. pen. econ.*, 1994, pp. 51 ss.
- MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo,* in *Cass. pen.*, 1998, pp. 979 ss.
- MORO, *Osservazioni sulla natura giuridica della «*exceptio veritatis*»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, pp. 3 ss.
- NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, 2008
- NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007
- NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965
- NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 122 ss.
- NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'articolo 27, secondo comma della Costituzione,* ne *Il Tommaso Natale*, 1978, pp. 846 ss.
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982
- NUVOLONE, *Presunzioni legali e prova del contrabbando,* in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, pp. 85 ss.
- ONDEI, *Considerazioni sulla prova in materia penale,* in *Annali*, 1940, pp. 286 ss.
- PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006
- PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo,* in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1981, pp. 497 ss.
- PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e*

l'irrilevanza del'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio *assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 429 ss.

- PAGLIARO, *Massime astratte e problemi giuridici concreti*, in *Cass. pen.*, 1983, pp. 70 ss.
- PAGLIARO, *Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 2493 ss.
- PALAVERA, *Disastro e pericolo di disastro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 813 ss.
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 368 ss.
- PANNAIN, *La prova liberatoria nei delitti contro l'onore*, in *Riv. pen.*, 1935, pp. 251 ss.
- PANNAIN, *La natura giuridica dell'*«exceptio veritatis» *in un recente studio di Aldo Moro*, in *Arch. pen.*, 1955, I, pp. 17 ss.
- PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 670 ss.
- PECORARO, *Profili particolari in tema di oggetto e accertamento del dolo nei reati omissivi propri*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2594 ss.
- PECORARO, *Sull'insussistenza di una presunzione relativa di imputabilità del maggiorenne*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2431 ss.
- PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955
- PECORELLA, *Atti del Convegno di studi giuridici a cura della Camera penale di Trieste. 22-25 aprile 1967*, sul tema *L'assoluzione per insufficienza di prove*, Padova, 1968, pp. 399 ss.
- PEDRAZZI, *L'*«exceptio veritatis». *Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, pp. 428 ss.
- PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.
- PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*,

Torino, 1883

- PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di* civil law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 593 ss.
- PISANELLI – SCIALOIA – MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1861, vol. III
- PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935
- PITTARO, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, in *Fam. e dir.*, 2007, pp. 983 ss.
- PORTIGLIATTI BARBOS – MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964
- PROSDOCIMI, Dolus eventualis, Milano, 1993
- PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, pp. 235 ss.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005
- QUAGLIERINI, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1255 ss.
- QUINTILIANO, *Institutiones*
- RAGGI, *Della legge penale e della sua applicazione*, Milano, 1927
- RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001
- RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Roma – Firenze, 1890
- REGGI, voce *Presunzione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 255 ss.
- *Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, 1929

- RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991
- RIPOSATI, *Studi sui* Topica *di Cicerone*, Milano, 1947
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005
- RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 234 ss.
- RUGA RIVA, *Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio*, in *Corr. mer.*, 2007, pp. 1176 ss.
- RUGGIERI, voce *Prova in diritto processuale penale comparato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, pp. 395 ss.
- GIUS. SABATINI, voce *Prova* (*Dir. proc. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, pp. 300 ss.
- GUGL. SABATINI, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, vol. II, Catanzaro, 1911
- GUGL. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale italiano*, Catania, 1948
- SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 399 ss.
- SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 1906
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962
- SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940
- SARACENO, *Il dubbio sui fatti impeditivi ed estintivi nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, pp. 195 ss.
- I. SATTA, *Sul concetto giuridico del contrabbando formale*, in *Scuola pos.*, 1923, II, pp. 274 ss.

- SCAVO LOMBARDO, voce *Presunzione (dir. can.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 316 ss.
- SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959
- SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, I, Milano, 1994, pp. 349 ss.
- SCUTO, voce *Presunzione muciana*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 762 ss.
- SENECA, *Epistulae*
- SENSINI, *Gli strumenti linguistici*, Milano, 1997
- STEIN, *Das private Wissen der Richters*, Leipzig, 1893
- STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 1 ss.
- STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, pp. 553 ss.
- STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, in *Commento al codice di procedura penale* (a cura di Mortara e altri)
- STREE, *In dubio pro reo*, Tübingen, 1962
- TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 74 ss.
- TASSI, *Il dolo*, Padova, 1992
- TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della* fictio iuris, Padova, 1979
- TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006
- TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006 (rist.)
- UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, pp. 296 ss.
- VALIANTE, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milano, 1975
- VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1953
- VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, pp. 1 ss.

- VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 617 ss.
- VENDITTI, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, pp. 155 ss.
- VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, pp. 177 ss.
- VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 579 ss.
- VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 989 ss.
- VINCIGUERRA, *I delitti doganali. Parte generale*, Milano, 1963
- VINCIGUERRA, *Diritto penale*, vol. I, Padova, 1999
- ZAINA, *Riflessioni critiche sulle ultimissime modifiche introdotte dal disegno di legge n. 6927, in relazione agli artt. 73, 75, 75-bis ed 89 del DPR 309/90*, in *www.altalex.com*
- ZANOTTI, *Le disposizioni di cui all'art. 12* quinquies *del d.l. n. 306 del 1992 in materia di trasferimento fraudolento di valori*, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata* (a cura di Corso–Insolera– Stortoni), pp. 877 ss.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZALI

CORTE COSTITUZIONALE

- Corte Cost., 12 maggio 1959, n. 33
- Corte Cost., 16 giugno 1964, n. 42, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1534
- Corte Cost., 17 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 270 ss.
- Corte Cost., 2 luglio 1968, n. 110, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1704 ss.
- Corte Cost., 5 marzo 1969, n. 27, in *Foro it.*, 1969, I, c. 545
- Corte Cost., 2 dicembre 1970, n. 175
- Corte Cost., 29 gennaio 1971, n. 14, in *Giust. pen.*, 1971, I, c. 221
- Corte Cost., 22 giugno 1972, n. 124
- Corte Cost., 22 ottobre 1975, n. 236
- Corte Cost., 14 luglio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2340
- Corte Cost., 30 giugno 1983, n. 209, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 429 ss., con nota di PADOVANI
- Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62
- Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di FIANDACA
- Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1378, con nota di INGROIA
- Corte Cost., 18 luglio 1989, n. 437
- Corte Cost., 11 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 989 ss., con nota di VICICONTE

- Corte Cost., 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2215, con nota di FRANZ
- Corte Cost., 24 marzo 1993, in *Giur. Cost.*, 1993
- Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360
- Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 370, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3351 ss., con note di INSOLERA e MICHELETTI
- Corte Cost., 23 giugno 2005, n. 265, in *Nuovo dir.*, 2005, pp. 734 ss., con nota di FELICI
- Corte Cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Fam. e dir.*, 2007, pp. 979 ss., con nota di PITTARO

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., 8 maggio 1935, in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 92
- Cass., 22 novembre 1939, Bertolio, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, pp. 84 ss., con nota di NUVOLONE
- Cass., 10 febbraio 1941
- Cass., 7 giugno 1948
- Cass., 2 marzo 1951, in *Arch. pen.*, 1951, II, p. 397
- Cass., 26 marzo 1951, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 1173
- Cass., 5 marzo 1955, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 324
- Cass., 11 novembre 1958, in *Giust pen.*, 1959, II, c. 331
- Cass., 13 aprile 1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1099
- Cass., 26 gennaio 1962, in *Cass. pen. Mass. annot.* , 1962, p. 576
- Cass., 27 aprile 1962, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1962, p. 602
- Cass., 8 luglio 1963, *Cass. pen. Mass. annot.*, 1964, p. 242
- Cass., 28 ottobre 1964, in *Cass. pen. Mass. annot.*, p. 242
- Cass., 20 gennaio 1965, Schiavi, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1965, p. 492
- Cass., 8 febbraio 1965, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1965, p. 930

- Cass., 17 gennaio 1966, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1966, p. 1063
- Cass., 11 luglio 1968, Parisi, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1969, p. 1071
- Cass., 19 aprile 1969, Pandolfi, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1970, p. 1180
- Cass., 1 dicembre 1971, Maugeri, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1972, p. 657
- Cass., 17 marzo 1972, Pozzo, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1974, p. 494
- Cass., sez. I, 25 marzo 1976, Bozano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1408, con nota di LAURO
- Cass., sez. I, 7 febbraio 1977, Salimbene
- Cass., sez. I, 26 aprile 1979, Pelosi, in *Foro it.*, 1980, pt. II, c. 32
- Cass., sez. I, 30 settembre 1981, n. 10132, in *Cass. pen.*, 1983, p. 70, con nota di PAGLIARO
- Cass., sez. I, 22 ottobre 1984, Alessandro, in *Riv. pen.*, 1985, p. 1143
- Cass., sez. I, 28 febbraio 1985, Finotti, in *Cass. pen.*, 1987, p. 86
- Cass., sez. I, 11 luglio 1985, Gentile
- Cass., sez. I, 18 giugno 1986, Lambertini, in *Cass. pen.*, 1987, p. 686
- Cass., sez. I, 14 ottobre 1987, Accardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 177675
- Cass., sez. I, 15 luglio 1988, Sartori, in *Riv. pen.*, 1990, p. 186
- Cass., sez. I, 30 gennaio 1991, Bizzantino, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2795
- Cass., sez. I, 5 dicembre 1991, Borghesi, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 527
- Cass., sez. I, 6 luglio 1992, Russo
- Cass., sez. I, 3 dicembre 1992, Educato, in *C.E.D. Cass.*, n. 192691
- Cass., sez. I, 11 gennaio 1993, Fechino, in *C.E.D. Cass.*, n. 193021
- Cass., sez. I, 6 aprile 1993, Olivieri, in *Riv. pen.*, 1994, p. 162
- Cass., sez. I, 20 ottobre 1994, Oliveri
- Cass., sez. II, 28 ottobre 1970, Affaticato, in *Cass. pen.*, 1972, p. 526
- Cass., sez. II, 25 novembre 1974, Orbitano, in *Cass. pen.*, 1975, p. 1084
- Cass., sez. II, 7 febbraio 1986, Sufer, in *C.E.D.*, n. 172585
- Cass., sez. II, 19 settembre 1988, Agresta
- Cass., sez. II, 8 febbraio 1991, Ventura

- Cass., sez. II, 21 dicembre 1993, Modesto
- Cass., sez. II, 1 settembre 1994, Arienti
- Cass., sez. III, 25 marzo 1982, Razzoli
- Cass., sez. III, 23 dicembre 1994, Amorelli, in *Riv. pen.*, 1996, p. 398
- Cass., sez. III, 7 febbraio 1996, Altea, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2652, con nota di DI VICO
- Cass., sez. III, 9 aprile 1997, Ciciani, in *C.E.D. Cass.*, n. 208804
- Cass., sez. IV, 5 dicembre 1980, Biagini, in *Riv. pen.*, 1981, p. 588
- Cass., sez. IV, 23 gennaio 1981, Verginella, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 484
- Cass., sez. IV, 27 gennaio 1989, Leonardi, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1027
- Cass., sez. IV, 28 ottobre 1992, Ceron, in *C.E.D. Cass.*, n. 193533
- Cass., sez. IV, 15 ottobre 1997, Pretto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2941
- Cass., sez. IV, 2 marzo 2000, Troiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 217476
- Cass., sez. IV, 24 febbraio 2001, Fontana
- Cass., sez. IV, 13 febbraio 2007, Notaro, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2428 ss., con nota di PECORARO
- Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, Pagliaro, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 21, p. 63, con nota di GIUS. AMATO
- Cass., sez. V, 28 aprile 1978, Negroni, in *Cass. pen.*, 1979, p. 646
- Cass., sez. V, 11 gennaio 1984, Convertini, in *Riv. pen.*, 1984, p. 965
- Cass., sez. V, 22 aprile 1998, Bagnasco, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, pp. 120 ss.
- Cass., sez. V, 24 maggio 2006, B.L., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 421 ss., con nota di BENUSSI
- Cass., sez. VI, 11 gennaio 1991, Teresi, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 983
- Cass., sez. VI, 7 febbraio 1995, Cerciello
- Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 17899
- Cass., sez. un., 19 gennaio 1952, n. 1, in *Riv. trib.*, 1954, p. 203

- Cass., sez. un., 3 giugno 1950, Mancuso, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 115
- Cass., sez. un., 18 novembre 1958, Luca
- Cass., sez. un., 26 febbraio 1972, Marchese, in *Foro. it.*, 1972, II, p. 368
- Cass., sez. un., 14 giugno 1980, Felloni, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1981, pp. 172 e 496, con nota di PADOVANI
- Cass., sez. un., 4 febbraio 1992, Ballan, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2662
- Cass., sez. un., 15 dicembre 1992, Cutruzzolà, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1095
- Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke
- Cass., sez. un. civ., 13 novembre 1996, n. 9961

GIUDICI DI MERITO

- App. Milano, 22 aprile 1986, Novelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987 pp. 1060 ss., con nota di EUSEBI
- Ass. Bologna, 18 dicembre 1985, Petrelli, in *Crit. pen.*, 1986, p. 90
- Trib. Lecce, 30 novembre 1993, Calabro, in *Foro it.*, 1995, II, p. 653
- Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, pp. 1477 ss.
- Trib. Milano, sez. dirett., 18 maggio 2006
- Trib. Napoli, 29 maggio 2006, Coladangelo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4182, con nota di GIUS. AMATO
- Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2523, con nota di GROSSO
- Trib. Roma, 19 marzo 2008, n. 5924
- Trib. Rovereto, 5 dicembre 2006, Pernigo, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3025 ss., con nota di MANES

- Trib. Trieste, sez. riesame, 28 dicembre 2006, R.M., in *Corr. mer.*, 2007, p. 1174, con nota di RUGA RIVA
- Trib. Venezia, 24 ottobre 2003, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 804 ss., con nota di PALAVERA
- Trib. Verona, 24 luglio 2006