



Studi in onore di
Roberto E. Kostoris



Giappichelli

PRESENTAZIONE

L'idea di un volume dedicato al Professor Roberto Kostoris nasce da un profondo sentimento di gratitudine e di ammirazione che tutti noi, allievi padovani di generazioni diverse, nutriamo per un Maestro della procedura penale italiana ed europea.

Gratitudine per i preziosi insegnamenti che il Professore costantemente ci trasmette: la cura e l'attenzione per il rigore scientifico, per la chiarezza espositiva, per la logica, per l'approccio critico, per la solidità dell'argomentazione, per la fluidità del discorso, per le scelte lessicali di volta in volta idonee ad esprimere nitidamente concetti, idee, proposte. Riflettere e approfondire. Approfondire e riflettere. Sono le due parole, i due imperativi categorici che meglio descrivono la cifra stilistica di un Maestro che, come tutti i veri Maestri, esige il rigore da sé stesso prima di pretenderlo dagli allievi. Scrivere con il Professore è indubbiamente faticoso. Pochissime le frasi che sfuggono alla sua penna. Ma è una fatica che appaga e ripaga. Come di solito appaga e ripaga la vista di un bel panorama, dalla vetta di un'alta montagna, dopo una dura salita. Se noi allievi, oggi, possiamo sommessamente ma orgogliosamente definirci "giuristi", lo dobbiamo soprattutto a Roberto Kostoris.

Ammirazione, poi, per uno studioso che, dopo aver pubblicato lavori eccellenti sul terreno della procedura penale italiana (basti citare, con riferimento al codice abrogato, la monografia del 1986 sulla rappresentanza dell'imputato, dove per la prima volta vengono individuate e studiate le diverse figure di rappresentanza, e, all'alba del codice vigente, il volume del 1993 sui consulenti tecnici, ricco di riflessioni e di spunti comparatistici sulla prova scientifica e sul contraddittorio tecnico davvero inediti per l'epoca; impossibile, infine, non ricordare qui la voce "Giudizio", pubblicata nel 1997 per l'Enciclopedia Giuridica Treccani: raro gioiello di logica, di sintesi, di efficacia espositiva), ha saputo pionieristicamente raccogliere con intelligenza e coraggio le sfide della mo-

dernità. Di qui gli studi in tema di Procedura penale europea, e, in questo solco, la brillante intuizione di un Manuale (il primo, nel suo genere, pubblicato in Europa, giunto ormai alla V edizione, tradotto anche in inglese e spagnolo), che costituisce oggi una guida sicura per chiunque intenda accostarsi, con un approccio rigoroso ed organico, ad una materia labirintica e sfuggente: una procedura senza codice, sospesa tra Carte (norme) e Corti (sentenze), dove troppo spesso i (molti) dubbi interpretativi ed applicativi sovrastano le (poche) certezze. Senza dimenticare i più recenti scritti di Roberto Kostoris in tema di prove digitali e di intelligenza artificiale, i quali, ancora una volta, rivelano la grande curiosità intellettuale di uno studioso che guarda costantemente al futuro.

Relatore in Convegni nazionali e internazionali, organizzatore di incontri di studio, promotore di iniziative editoriali di spicco (è stato tra i fondatori, per l'editore Giappichelli, nel lontano 1999, di una tra le più prestigiose collane di studi di procedura penale del nostro Paese ed è *editor in chief* della collana internazionale *Comparative, European and International Criminal Justice*, edita da Springer-Giappichelli), Roberto Kostoris è stato segretario e vicepresidente dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale ed è attualmente membro del Comitato di Direzione della Rivista di diritto processuale e di importanti riviste italiane e straniere. Docente di diritto processuale penale a Trieste, Sassari, Padova, Udine, Innsbruck (Università di cui è Professore onorario), è stato Presidente del Consiglio di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Padova e, per molti anni, Coordinatore del Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza della stessa Università. Ha svolto cicli di lezioni in diverse Università europee ed extraeuropee (*Humboldt* di Berlino, *Complutense* di Madrid, *Queen Mary* di Londra, *Iagellonica* di Cracovia, Università del Vest di Timisoara, *Beijing Normal* di Pechino). Per i suoi studi in materia di procedura penale europea, l'Università del Vest di Timisoara gli ha conferito nel 2016 la *laurea honoris causa* in Giurisprudenza.

La struttura del presente volume, suddiviso in due parti (la prima parte dedicata alla procedura penale interna, la seconda alla procedura penale europea), vuole per l'appunto rappresentare il percorso scientifico di Roberto Kostoris, equamente suddiviso fra lo studio della dogmatica nazionale e l'analisi delle nuove figure giuridiche che emergono dal diritto sovranazionale. L'idea è stata quella di raccogliere saggi di autori che, per ragioni di amicizia e di affinità intellettuale, gli sono particolarmente vicini. A tutti va il nostro sentito ringraziamento.

Nel licenziare l'opera, desideriamo infine ringraziare la casa editrice Giappichelli che ne ha reso possibile la realizzazione.

Padova, 15 giugno 2022

*Pier Paolo Paulesu
Marcello Daniele
Silvia Signorato
Massimo Bolognari
Alvise Boldrin*

ROBERTO E. KOSTORIS:
UN STRAFPROZESSRECHTSLEHRER
ALLA LEOPOLD-FRANZENS-UNIVERSITÄT
DI INNSBRUCK

Con questo contributo l'Istituto di Diritto italiano della *Leopold-Franzens-Universität* di Innsbruck intende onorare la pluridecennale attività accademica di Roberto E. Kostoris, Ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli studi di Padova nonché *Honorarprofessor* dell'Università di Innsbruck. Raffinato studioso e autore di importanti opere, egli ha operato per due decenni quale docente di Diritto processuale penale nell'ambito del Corso di laurea integrato in giurisprudenza offerto nell'ateneo enipontano.

Fin dagli anni Settanta, la necessità di offrire ai giuristi e alle giuriste sudtirolesi una formazione bilingue pose le basi per una collaborazione tra la *Leopold-Franzens-Universität* e un ateneo italiano. Con l'Università di Padova si instaurò presto una eccellente e stabile cooperazione, ufficializzata il 30 giugno 1978 con la conclusione del Trattato di amicizia tra le due Università e ribadita il 20 ottobre 1982 per mezzo dell'Accordo tra la Repubblica d'Austria e la Repubblica Italiana sulla collaborazione interuniversitaria tra i due atenei. Dopo aver offerto, fin dal 1972, corsi universitari in giurisprudenza italiana nell'ambito di uno *Studium irregulare*, nel 1986 venne così istituito l'attuale Corso di laurea in diritto italiano (formalmente "Corso di laurea integrato in giurisprudenza" ovvero "*Integriertes Diplomstudium der Rechtswissenschaften*"). La collaborazione accademica si è fatta ancora più intensa negli ultimi anni, a seguito dell'avvio, nel 2012, del comune Dottorato di ricerca in Giurisprudenza.

Da oltre quarant'anni, le università di Padova e di Innsbruck collaborano in uno spirito europeo nell'ambito di tale gemellaggio accademico, sin dall'inizio sorretto con impegno e passione da numerosi pro-

fessori patavini, tra cui Alberto Trabucchi, Aldo Attardi, Giuseppe Suppiej, Vittorino Pietrobon, Aldo Checchini, Giuseppe Zuccalà, Alessandro Alberto Calvi, Alfredo Molari, Roland Riz, Francesco Gullo, Leopoldo Mazzarolli e Giorgio Cian.

Fu nell'anno accademico 2002/2003 che Roberto E. Kostoris, subentrando all'incarico per decenni ricoperto da Alfredo Molari, giunse ad Innsbruck a tenere lezioni di Diritto processuale penale italiano, contribuendo – con la propria attività di didattica e ricerca, impregnata di spirito europeo – a consolidare ulteriormente i rapporti tra i due atenei. Quale Direttore della Scuola di dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova e Coordinatore patavino del Dottorato congiunto, il professor Kostoris ha costituito per anni un importante riferimento per le relative agende accademiche.

Accanto a tale suo apprezzato impegno, Roberto E. Kostoris va ricordato per il suo contributo alla vita accademica enipontana. Raffinato studioso, autore di innumerevoli opere su centrali e complessi temi del diritto processuale penale, nonché brillante docente, egli in maniera esemplare è riuscito a trasmettere agli studenti l'importanza del sapere sistematico della materia, nonché la propria passione per il diritto processuale penale. In luce della sua opera, nel 2010 l'Università di Innsbruck gli ha conferito il titolo di *Honorary professor* (professore onorario) dell'Ateneo enipontano.

L'Istituto di Diritto italiano della *Leopold-Franzens-Universität* esprime al professor Roberto E. Kostoris, nostro *Honorary professor*, un profondo ringraziamento per la sua eccellente attività accademica e la dedizione alla comune missione, così come manifestata in tanti anni di attività nell'ambito del Corso integrato in giurisprudenza dell'Università di Innsbruck, di cui ha rappresentato uno dei più stabili e fedeli pilastri.

per l'Istituto di Diritto italiano della
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck
Margareth Helfer, Verena Murschetz, Francesco A. Schurr

per l'*Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie*
della *Leopold-Franzens-Universität* Innsbruck
Verena Murschetz

PARTE PRIMA
SCENARI INTERNI E RIFORME

I

LA DUPLICE RADICE DELLA PRESUNZIONE D'INNOCENZA

di Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. Dedicà. – 2. Premessa. – 3. La radice probabilistica della presunzione di innocenza. – 4. La concezione normativa. – 5. *Segue*: fondamento della concezione normativa. – 6. La “dottrina Allen” e il secondo significato del principio. – 7. Rilievi conclusivi.

1. *Dedicà.*

Questo scritto è dedicato a Roberto Kostoris. Con questo intendo dire che è stato pensato e redatto pensando a lui come al lettore-modello al quale rivolgersi. Il tema è stato scelto fra quelli che certamente lo interessano. Anche lo svolgimento argomentativo è stato influenzato dalla personalità del destinatario. I passaggi espliciti e, soprattutto, quelli impliciti tengono conto della sua capacità di ascolto e comprensione. Si tratta, insomma, di una sorta di dialogo a distanza, condotto in forma di monologo solo per comprensibili ragioni contingenti. Ma non dubito che, quando il messaggio arriverà a destinazione, il dialogo diventerà effettivo.

Conosco Roberto da più di trent'anni. Ci siamo frequentati, dai primi anni Novanta, in molteplici progetti di ricerca di interesse nazionale (allora noti con l'acronimo COFIN, progenitori degli attuali PRIN): ottime palestre di discussione, per noi all'epoca giovani ricercatori, sotto la guida di colleghi autorevoli. Abbiamo condiviso l'esperienza del dottorato di ricerca in Procedura penale, che – con base a Ferrara – consorziava altre sedi universitarie e rappresentava un'utile occasione di scambio fra colleghi di diverse provenienze accademiche, con la graduale aggiunta di giovani studiosi che nel frattempo si affacciavano alla disciplina processualistica.

L'esperienza nel direttivo dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale (2014-2018) ci ha visti uniti e solidali, anche quando non collimavano le posizioni dottrinali o le idee sulle iniziative da proporre.

Con altri colleghi, siamo stati e siamo tuttora impegnati nella collana di Procedura penale edita da Giappichelli, per la quale Roberto ha speso e sta spendendo le proprie migliori energie. Posso dire, insomma, che l'apprezzamento e la stima che provo per lui poggiano su solide basi, temprate dal tempo.

L'onestà intellettuale, la curiosità, il rigore metodologico e – qualità rara – l'attitudine all'ascolto, mettendo momentaneamente fra parentesi le proprie convinzioni, per cogliere – quando c'è – il nuovo che viene dall'interlocutore, fanno di Roberto un conversatore ideale. Ed è in questo spirito dialogico che mi sono disposto a scrivere il presente, breve saggio che volentieri gli dedico.

2. Premessa.

Da tempo, la presunzione d'innocenza è oggetto di ridefinizioni concettuali che ne ampliano la portata semantica tradizionalmente limitata all'ambito dell'accertamento penale strettamente inteso. Si può citare, a questo riguardo, la presa di posizione del *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite che in un documento del 2007 ha precisato i confini del principio in questione. Dopo averne ricordato il valore endo-processuale, quel documento riconosce alla presunzione d'innocenza un significato ulteriore, tale da investire tutte le pubbliche autorità che occasionalmente si occupino delle sorti di un imputato al di fuori del suo procedimento¹ e tale altresì da imporre limiti e adeguate cautele nell'esercizio della libertà di stampa².

L'insegnamento del *Human Rights Committee* è stato ben presto raccolto dalla Corte europea dei diritti umani che lo fa proprio a partire

¹ «It is a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial, e.g. from making public statements affirming the guilty of the accused» (General Comment sull'art. 14 del Patto internazionale per i diritti civili e politici approvato dal *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite approvato a Ginevra il 27 luglio 2007 e pubblicato il successivo 23 agosto (accessibile al seguente URL <https://digitallibrary.un.org/record/606075>).

² «The media should avoid news coverage undermining the presumption of innocence» (General Comment citato alla nota precedente).

dalla *Grand Chambre* 12 luglio 2013 nel caso *Allen v. UK*, espressamente citandolo in motivazione (al punto 67). Tale sentenza – come si dirà più diffusamente in seguito (*infra*, § 6) – enuncia un principio giurisprudenziale che inaugura una nuova dottrina volta a modificare il significato sin qui attribuito nella letteratura degli ultimi decenni alla presunzione d'innocenza.

Alla decisione della Corte di Strasburgo ha poi fatto seguito la direttiva (UE) del Parlamento europeo (9 marzo 2016) espressamente dedicata, fra l'altro, al “rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza”. Concepita per armonizzare i sistemi di giustizia penale dei Paesi UE, la direttiva avverte che «la presunzione di innocenza sarebbe violata se dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche o decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza presentassero l'indagato o imputato come colpevole fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata»³. Per questo, gli Stati membri dell'Unione sono invitati ad «adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai *media*, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia stata legalmente provata»⁴. Occorre peraltro riconoscere che il Parlamento europeo delimita la portata della presunzione di innocenza (rispetto al più ampio perimetro concettuale segnato dalla citata presa di posizione del *Human Rights Committee* delle Nazioni unite), quando afferma che «la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai procedimenti civili o ai procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative»⁵.

Da ultimo, la direttiva UE ha ricevuto attuazione in Italia grazie alla d.lgs. n. 188 dell'8 novembre 2021, che ha introdotto regole volte a disciplinare per le autorità statali il modo di descrivere e presentare al pubblico l'imputato.

L'evoluzione normativa qui sommariamente descritta sollecita una riflessione sui confini concettuali di un principio – come la presunzione di innocenza – di difficile classificazione e di ardua esplicazione a parti-

³ Punto 16 del *Considerando*.

⁴ Punto 19 del *Considerando*.

⁵ Punto 11 del *Considerando*.

re dal suo significato più usuale nella letteratura penalistica. Come si può presumere innocente chi, colto in flagranza di reato, confessa la propria responsabilità? Non c'è forse contraddizione nel considerare innocente la persona condannata in primo e secondo grado, sulla base di prove evidentissime? Questi apparenti paradossi possono essere spiegati riandando alle origini del principio.

La retrospettiva storica ne svela la duplice radice: da un lato, esso trae origine dalla logica del probabile, fondata su assunti esperienziali; dall'altro, si afferma come assunto normativo, insensibile (ed estraneo) al ragionamento probabilistico⁶.

Conviene ripercorrere brevemente i due percorsi, prima di prendere posizione sulla recente evoluzione normativa del principio, nella quale – è bene dirlo subito – sembrano unirsi due significati dalla difficile coesistenza.

3. *La radice probabilistica della presunzione di innocenza.*

In un illuminante scritto risalente all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, il giurista tedesco Detlef Krauss criticava la tendenza dottrinale a confondere due diversi concetti della presunzione di innocenza: quello marcatamente normativo, formulato come principio politico-costituzionale per garantire la *fairness* dell'accertamento penale; e quello "psicologico", mirato invece sulla formazione del convincimento giudiziale⁷.

⁶L'ambigua natura delle presunzioni è ben messa in luce da P. SARACENO, in un breve quanto succoso passaggio della sua monografia su *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, p. 91. Conviene riportarlo testualmente: «In verità nell'etimologia della parola presunzione, nulla vi è che faccia ritenere come essenziale ad essa l'idea di probabilità, o che indichi una base su cui la presunzione debba fondarsi ad esclusione di altre. Al contrario le ragioni su cui si fondano le presunzioni possono essere diverse; e quelle già esaminate, lungi dall'apparire come degenerazioni del primitivo concetto, costituiscono la riprova storica dell'originaria ampiezza di esso. / Operando il distacco fra la verosimiglianza e la presunzione si riporta alla originaria purezza ed estensione il concetto di presunzione, in seno al quale possono rientrare così le presunzioni di verosimiglianza o *empiriche*, come quelle nascenti dall'opportunità sociale o *politiche*». (corsivi dell'Autore).

⁷D. KRAUSS, *Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren*, in H. MÜLLER-DIETZ (a cura di), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Heymann, Köln, 1971, p. 157. La polemica di Krauss era rivolta contro l'opinione espressa qualche anno prima da W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. BETTERMANN-H.C. NIPPER-

Risalendo indietro nel tempo, ci si rende conto che – quanto meno nell'ambito euro-continentale – la presunzione d'innocenza nasce proprio sul terreno della logica dei probabili e del convincimento giudiziale.

Un interessante studio la fa risalire al gius-razionalismo Settecentesco, esemplificabile nell'elaborazione di Christian Thomasius con la sua *Dissertatio de Praesumptione Bontatis* (1700)⁸. La *praesumptio boni* vi è tratteggiata come presunzione *iuris tantum* suscettibile di prova contraria, ma non al punto da comportare l'assoluzione dell'imputato in caso di dubbio: residuava la *poena extraordinaria* (*Verdachtstrafe*) e l'*absolutio ab instantia*, che, con l'emergere di nuovi indizi, non impediva la riapertura del processo a carico dell'asserito colpevole⁹.

Ci si muoveva nel campo dell'esperienza, del probabile, da cui le ordinanze criminali allora vigenti traevano i principi che dovevano orientare l'uso del temibile arsenale del quale disponeva l'inquisitore. Così sembrava logico distinguere secondo la posizione sociale ed economica delle persone: l'esperienza insegna che un mendicante è incline al furto più del benestante (che non fosse un cleptomane). E poi, nel calcolo del probabile, occorreva tener conto delle tipologie di reato: è più facile (più probabile) commettere un furto che un omicidio, essendo per il primo meno elevata la soglia inibitoria da superare.

Una simile postura mentale è rintracciabile anche in autori italiani dei secoli passati.

Scriveva, ad esempio, Gaetano Filangieri: «L'uomo ha tre ostacoli, che l'allontanano dal delitto: l'orrore, che naturalmente c'ispira un'azione contraria alla giustizia, la pubblica disapprovazione, e 'l timor della pena. Non vi vuol molto a vedere, che la resistenza di questi ostacoli dee crescere in ragione dell'atrocità del reato. Un delitto più atroce ispira maggior orrore;

DEY-U. SCHEUNER, *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin-New York, 1959, p. 988, secondo la quale la presunzione di innocenza sarebbe una "grandezza variabile", destinata a mutare e affievolirsi nel corso del processo, quando le prove a carico prevalgono su quelle a discarico. Successivamente, la posizione di Sax è stata criticata come ambigua e foriera di confusione anche da anche C.F. STUCKENBERG, che ha dedicato studi approfonditi alla presunzione di innocenza: si vedano, in particolare, *Die normative Aussage der Unschuldvermutung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1999, p. 422 ss. e l'informatissima monografia *Untersuchungen zur Unschuldvermutung*, Berlin, 1997, in particolare p. 438 ss.

⁸Sulle radici giusrazionalistiche del principio si veda J. HRUSCHKA, *Unschuldvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 285 ss.

⁹J. HRUSCHKA, *Unschuldvermutung*, cit., p. 290.

rende l'uomo più abominevole a' suoi simili; l'espone a una pena maggiore. Noi abbiamo dunque una maggiore resistenza da superare, per commettere un delitto più grave». Per trarne poi la conclusione che «Tra due accuse dunque l'una più atroce, l'altra di un delitto meno atroce, la legge dovrebbe piuttosto ricercare maggiori pruove nella prima, che nella seconda»¹⁰.

Una saggia regola prudenziale raccomandabile, peraltro, anche nell'epoca contemporanea, quanto meno sul piano del diritto probatorio.

Nella stessa scia si pone, a ben vedere, Giovanni Carmignani quando, qualche decennio dopo, così si esprimeva:

«La presunzione d'innocenza che la legge guarentisce ... ad ogni cittadino di onesta vita, non è allegabile:

1. Dal mendicante valido.
2. Dal vagabondo.
3. Dal sottoposto alla vigilanza della polizia.
4. Dal condannato a infamia temporaria non ancora riabilitato.

Queste qualità in un accusato operano l'effetto che, se egli non ha purgato ogni sospetto colla propria innocenza, debba essere rilasciato dalla sentenza all'arbitrio della polizia.

Questa presunzione d'innocenza nell'uomo di onesta vita cresce in proporzione della gravità del delitto che gli viene obiettato, ed opera l'effetto che il giudice o per arrestarlo, o per condannarlo sopra semplici probabilità, debba usare una circospezione maggiore»¹¹.

Anche qui il principio segue le vie del probabile. La presunzione di innocenza è concepita come una variabile, dipendente dalla tipologia del reato, dalla condizione sociale dell'asserito autore, oltre che dalle situazioni di minore o maggiore gravità del quadro indiziario che caratterizzano lo svolgimento procedurale: chi è colto in flagranza di reato ha un'ombra di colpevolezza da purgare; l'imputato già condannato in primo grado e in appello è più presunto colpevole che presunto innocente.

Così inteso, il principio vale principalmente come regola prudenziale per il giudice che decide: una regola razionalmente giustificata dalla logica del "più probabile che non". Una regola coerente con il senso comune e con la mentalità del *quavis de populo*, incline a formarsi opinioni di colpevolezza o innocenza in base alle evidenze del momento.

¹⁰ G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, vol. III, *Legislazione criminale*, Venezia, 1784, p. 124.

¹¹ G. CAMIGNANI, *Scritti inediti*, vol. V, Lucca, 1852, p. 325.

4. La concezione normativa.

La concezione probabilistica del principio (di matrice gius-razionalistica) cede gradatamente il posto a una concezione normativa. La presunzione d'innocenza diventa una grandezza costante (non più una variabile) che protegge alla stessa maniera tutti gli imputati, quali che siano le loro condizioni sociali o esistenziali e quali che siano i reati loro attribuiti.

Nella letteratura italiana, il primo a sostenere questa posizione è stato Francesco Carrara. In uno scritto della sua età matura, quando sta per congedarsi dall'insegnamento accademico, delinea la nuova matrice concettuale della presunzione d'innocenza. Un principio che serve a tutelare le forme processuali, intese principalmente come garanzie per tutti i cittadini onesti¹².

La distinzione che Carrara traccia fra diritto e processo penale è arcinota, ma conviene riprenderla con le sue parole, che ci aiutano a meglio chiarire il nostro problema: «La scienza penale nella sua prima parte – dice l'Autore – dove contempla la generalità del delitto e della pena prende le mosse dal presupposto di avere a sé dinanzi un colpevole; ossia l'autore di un fatto esteriore che ha violato od aggredito il diritto dei consociati: e protegge l'autore materiale di questo fatto misurandone al giusto la responsabilità»¹³. E poi prosegue: «Nella sua seconda parte, dove contempla il rito procedurale, essa prende le mosse da un presupposto contrario; presuppone cioè l'innocenza di quel cittadino contro il quale dirige i sospetti e le armi sue la giustizia»¹⁴. E più sotto chiarisce che il vero fine della presunzione d'innocenza è la difesa delle formalità processuali nelle quali è riposta la tutela dell'individuo rispetto ai possibili abusi dell'autorità.

La seconda parte della *Scienza penale* (quella riguardante il processo) protegge dunque l'imputato, assumendone fittiziamente l'innocenza; «tale – vale a dire, innocente – io lo proclamo finché voi non abbiate provato la sua colpevolezza: e questa colpevolezza voi dovete provarla con i modi e con le forme che io vi prescrivo, e che voi dovete rispetta-

¹²F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella Regia Università di Pisa), in *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia*, Lucca, 1874, p. 1 ss.

¹³F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale*, cit., p. 12.

¹⁴F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale*, cit., p. 13.

re, perché esse pure procedono da dogmi di assoluta ragione»¹⁵. È però evidente che qui si allude a una ragione “politica” non alla *ratio* probabilistica sulla quale si reggeva in precedenza il principio che stiamo esaminando.

La posizione di Carrara trova ben presto tenaci avversari, inizialmente fra i seguaci della Scuola positiva. Basti ricordare le parole spese da Raffaele Garofalo in un breve scritto risalente al 1892: «A coloro che ripetono la solita vuota ed assurda frase della presunzione d'innocenza fino alla sentenza definitiva, rispondo che molte volte il giudizio è anticipato e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione»¹⁶. La critica è condotta muovendo dall'antica concezione, marcatamente probabilistica, della presunzione d'innocenza. Lo rivela quel cenno al “tribunale della pubblica opinione” messo sullo stesso piano dell'organo giudiziario, come depositario del “senso comune”. E lo rivela un ulteriore passaggio di quel testo dove la presunzione d'innocenza è presentata come una “grandezza variabile”, sensibile alle evoluzioni della dinamica processuale: «Se la sentenza definitiva può considerarsi come “l'ultima parola, la manifestazione decisiva della coscienza sociale”, la istruzione precedente può già avere escluso qualsiasi incertezza intorno alla reità dello imputato, cosicché anche prima del giudizio, la convinzione può essersi formata nell'animo del magistrato inquirente»¹⁷.

Qualche decennio dopo, anche Vincenzo Manzini esprimerà una posizione analoga, dichiarandosi nettamente contro la tesi secondo la quale la presunzione d'innocenza sarebbe una grandezza costante che attraversa l'intero processo di cognizione fino alla sentenza definitiva: «Se, pertanto, errato è il criterio che le norme processuali penali siano essenzialmente dirette alla tutela dell'innocenza, più errata ancora è l'opinione che nel procedimento penale valga (anzi, “militi”, come si dice nel gergo forense) a favore dell'imputato una presunzione di innocenza, per la quale l'imputato stesso dovrebbe essere considerato innocente finché non sia intervenuta la sentenza irrevocabile di condanna»¹⁸.

¹⁵ F. CARRARA, *Il diritto e la procedura penale*, cit., p. 18.

¹⁶ R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva*, 1892, II, p. 199.

¹⁷ R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, cit., p. 200.

¹⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Utet, vol. I, 1931, p. 180.

Egli ribadisce, a sua volta, la concezione probabilistica del principio: «Se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?

Le presunzioni, inoltre, sono mezzi di prova indiretta per cui si deduce un dato convincimento, assoluto o relativo, dalla comune esperienza. Ora, si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegna che la massima parte degli imputati è innocente? E poi, di che innocenza si tratta? Si presume forse che l'imputato non abbia commesso il fatto materiale, ovvero che non sia imputabile moralmente? O l'una e l'altra cosa insieme? E allora, perché non si applica il principio in tutte le sue logiche conseguenze? Perché non si abolisce la custodia preventiva? Perché non si ammette l'imputato a costituirsi parte civile contro il querelante e il denunziante, ingiusti persecutori ingiusti d'un presunto innocente?»¹⁹.

Anche in Manzini, come si vede, sono presenti appelli al buon senso e sottolineature che tendono a evidenziare gli assurdi logici nei quali cadrebbero i sostenitori della "presunzione d'innocenza fino alla sentenza definitiva".

La verità è che la concezione logico-probabilistica e quella normativa (già preconizzata da Carrara) sono alternative e inconciliabili. Criticare la seconda muovendo dai postulati della prima è esercizio che può suggestionare l'ingenuo, ma che non intacca per nulla la solidità e la fondatezza giuridico-politica²⁰ della concezione normativa.

5. Segue: *fondamento della concezione normativa*.

«L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»: la formula scolpita nell'art. 27 comma 2 Cost. è efficace sintesi della scelta normativa. Forse per questa ragione, la dottrina processualistica italiana non ha dovuto faticare molto per affrancarsi da quella visione gius-razionalistica e psicologistica che ancora affiorava negli autori della prima metà del secolo scorso. Appariva naturale assumere la concezione normativa come la sola ammessa, anzi, imposta dal citato art. 27.

¹⁹ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 181.

²⁰ "Politica" nel senso precisato da P. Saraceno, nel passo citato *supra*, nota 6.

La monografia di Giulio Illuminati (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979) si apre con un paragrafo dal titolo "La presunzione d'innocenza oggi" e prosegue con un capitolo sul "Significato attuale della presunzione di innocenza". Ai significati precedenti è dedicata una rapida illustrazione storica (7 pagine), dove ci si limita a sottolineare la distanza della scelta effettuata dal costituente nel 1948, rispetto alle concezioni "probabilistiche" e ideologicamente orientate di Vincenzo Manzini e, prima ancora, degli esponenti della Scuola positiva. Non ci si cura di mettere in evidenza la vecchia radice gius-razionalistica del principio. A tale radice fa un rapido cenno P.P. Paulesu nella sua monografia sulla *Presunzione di non colpevolezza dell'imputato* (Torino, 2008), in un paragrafo iniziale (p. 60) dedicato alla fallacia dell'impostazione "probabilistica" e al carattere *assiomatico* della presunzione: un cenno fugace, giusto per ripudiare una lettura del principio di presunzione diversa da quella normativa. Nessuno dei due autori avverte l'esigenza di approfondire il fondamento del principio, tanto è chiara ed inequivoca la scelta fatta con l'approvazione dell'art. 27 comma 2 Cost.

Diversamente sono andate le cose nell'ordinamento tedesco. Il *Grundgesetz* non contiene un esplicito riconoscimento del valore e del significato da attribuire alla presunzione di innocenza. La dottrina si è dovuta pertanto impegnare nel ricostruirlo, facendo leva principalmente sul testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, sull'art. 6 comma 2 che enuncia il principio con una formula assai più generica di quella usata dal costituente italiano: "*Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*". Nessun cenno, come si vede, alla definitività della sentenza di condanna, quale condizione per il venire meno della presunta innocenza.

L'esame della dottrina tedesca sul punto è di particolare interesse, perché svela il fondamento della concezione normativa in termini che la dottrina italiana non si è sentita in dovere di fare, proprio per la efficace formulazione testuale dell'art. 27 comma 2.

Una tesi che gode di un certo credito in area germanica è quella messa a punto da Stuckenberg nella già citata monografia del 1997²¹.

²¹ Vedi *supra*, nota 7. La tesi di Stuckenberg è largamente utilizzata da Frank Meyer nel commento al libro verde sulla presunzione di innocenza (COM(2006) 174), redatto per conto del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, (*Zum Grünbuch über die Unschuldsvermutung, Eine Untersuchung zu Reichweite und norma-*

Muovendo da una prospettiva marcatamente funzionalista, la presunzione di innocenza è da questo Autore descritta come l'ostacolo che impedisce di applicare la pena e che può essere superato non tanto da una prova contraria, bensì dall'accertamento ritualizzato secondo le forme del processo penale. Si valorizza l'elemento negativo della "presunzione"²² (vale a dire, la necessità di provare la colpevolezza), sostituendo la semplice "apparenza di colpevolezza" con l'insieme delle modalità procedurali necessarie per arrivare alla dichiarazione definitiva di responsabilità penale e all'irrogazione della pena. La costruzione concettuale ha il pregio di recuperare il senso originario del termine "presunzione" (*Vermutung*), che compare nel nome complesso "*Unschuldsvermutung*", evitando però di cadere nella concezione probabilistico-psicologica, che riteneva sufficiente una semplice prova d'accusa o addirittura una situazione di apparente colpevolezza per neutralizzare la presunzione di partenza e spianare la strada alla possibile condanna.

La presunzione di non colpevolezza diventa così il principio posto a protezione del processo. L'osservanza delle regole processuali legittima la pena: *Legitimation durch Verfahren*, come diceva Niklas Luhman, ripetutamente citato infatti da Stuckenberg. Una posizione affine a quella espressa di Francesco Carrara nello scritto citato poco fa. La differenza fra i due autori sta in questo: per Carrara, nella presunzione di innocenza si compendiano tutte le garanzie difensive. Per Stuckenberg, invece, dalla presunzione di innocenza si può trarre solo un duplice corollario a sfondo garantistico: da un lato, il divieto di anticipare il trattamento sanzionatorio, che, in effetti, entrerebbe in contraddizione con l'idea che soltanto un processo definitivamente concluso può legittimare la punizione; dall'altro, la regola di giudizio *in dubio pro reo*, nella quale vive il lato negativo dello schema presuntivo (nel senso proposto nel citato saggio di Wroblewski). Particolare importanza assume il divieto di anticipare l'esecuzione della pena, che Stuckenberg inquadra in un più generale divieto di aggirare le formalità processuali per infliggere trat-

tivem Bedeutungsgehalt der Unschuldsvermutung im Spannungsfeld grenzüberschreitender Strafverfolgung in der Europäischen Union, accessibile al seguente link http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/stellungnahme_gruenbuch_unschuldsvermutung.pdf.

²² Cfr. C.F. STUCKENBERG, *Untersuchungen*, cit., p. 576, che muove dalla definizione formalistica del meccanismo presuntivo fornita da J. WROBLEWSKI, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, in CH. PERELMAN-P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 43 ss.

tamenti sanzionatori²³. Che il processo penale debba assicurare le classiche garanzie difensive che siamo abituati a veder sintetizzati nell'espressione *fair trial* (diritto al silenzio; parità delle parti; contraddittorio; pubblicità; ragionevole durata) dipende da ulteriori principi, radicati in altri principi costituzionali, non dalla presunzione di innocenza che, in quanto tale, può essere invocata solo per proteggere le *forme processuali* che governano l'accertamento penale, quali che esse siano (vale a dire, a prescindere dai tratti più o meno garantistici del regime probatorio).

Vale la pena ribadirlo: questa impostazione concentra l'attenzione sull'insieme delle norme processuali (principalmente riguardanti le prove) nelle quali si riavvisa l'oggetto di protezione del principio in questione.

Ciò comporta una conseguenza di rimarchevole importanza. La presunzione di innocenza vale solo per la finalità indicata e si rivolge esclusivamente alle autorità statali. Perde in estensione (soggettiva), ma guadagna in intensità. La presunzione di innocenza di matrice razionalistica si sposava con il senso comune e si imponeva a tutte le persone di ragione. Quella di matrice normativa vale solo nel processo; si allontana dal buon senso, anzi, in qualche caso lo contraddice apertamente. È presunto innocente anche l'imputato arrestato in flagranza, reo confesso, condannato in primo e in secondo grado, fino al momento in cui la Corte di cassazione rigetterà il suo ricorso²⁴.

²³ L'Autore vede nel canone che "vieta il disconoscimento del processo penale" (*Desavouierungsverbot des Strafverfahrens*) la più tipica espressione della *Unschuldvermutung*: cfr. C.F. STUCKENBERG, *Untersuchungen*, cit., pp. 530 ss. Lo stesso canone è riscontrabile nelle dottrine sviluppatesi in altri ordinamenti, come attesta l'ampia indagine comparata che include una dettagliata illustrazione di opinioni espresse da autori anche italiani (Bellavista, Dominioni, Illuminati). Pur senza evocare il tema del "processo penale disconosciuto", la dottrina italiana contemporanea è a sua volta concorde nel trarre dalla presunzione d'innocenza principalmente una regola di trattamento che impedisce di infliggere pene senza percorrere la via del processo penale. Di qui il carattere problematico delle misure cautelari personali che – essendo adottate a seguito di un procedimento incidentale – non possono valere come pene; di qui altresì il problema delle misure di prevenzione *ante delictum*, adottate sulla base di regole meno garantiste di quelle previste per l'accertamento di responsabilità penale; di qui, infine, l'ulteriore problema di sanzioni formalmente amministrative (ma da considerare penali alla luce dell'art. 7 CEDU), irrogate al termine di accertamenti condotti da soggetti diversi dal giudice penale (es. autorità indipendenti).

²⁴ Carrara si sentiva in dovere di giustificare razionalmente la concezione normativa della presunzione di innocenza, rilevando che anche l'imputato che risulterà colpevole va considerato innocente rispetto al surplus di responsabilità penale (e di pena) al quale si espone nel processo: esiste, infatti, l'innocente "relativo", «ed è colui che mentre