

## LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA MESSA ALLA PROVA (\*)

di Oliviero Mazza

SOMMARIO: 1. Storia di un principio in crisi. – 2. Le cause della crisi: l'efficienza processuale. – 3. La distopia del principio. – 4. La prevenzione nel processo e il processo di prevenzione. – 5. La vittimizzazione secondaria del processo e la rimozione cognitiva del diritto sostanziale.

### 1. Storia di un principio in crisi.

La presunzione d'innocenza è sempre stata considerata una garanzia dell'accusato, addirittura la più rilevante garanzia processuale. Ciò è indubbiamente vero, ma non esaurisce la portata del principio.

La presunzione d'innocenza è, infatti, consustanziale all'idea stessa del processo penale e ne delinea limpidamente l'unica legittima finalità che è quella cognitiva. Il processo serve per conoscere, per verificare l'ipotesi d'accusa, e siffatta verifica non può dirsi compiuta fino a quando non sopravviene una sentenza di condanna definitiva che consacra in modo irrevocabile la validità della tesi accusatoria. Questo è certamente il significato più profondo dell'affermazione costituzionale per cui nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva.

Se non fosse sancita la presunzione d'innocenza, non solo l'imputato sarebbe privato della più importante garanzia, ma il processo penale perderebbe la sua stessa ragion d'essere, per assumere diversi connotati che lo trasformerebbero in strumento schiettamente repressivo.

La presunzione di non colpevolezza è legata a doppio filo al modello garantista della giurisdizione penale, «costituisce la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino»<sup>1</sup>, essendo il postulato fondamentale della scienza processuale e il presupposto di tutte le altre garanzie<sup>2</sup>, ma è anche «un corollario logico

---

(\*) Testo della relazione svolta al Convegno "Nei limiti della Costituzione: il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo" (Roma, 28-29 settembre 2018), i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, p. 15.

<sup>2</sup> F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale* (1873), in *Opuscoli*, V, Lucca, 1874, ora in ID., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Bologna, 2004, p. 425. V. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 560.

del fine razionalmente assegnato al processo»<sup>3</sup>, l'essenza stessa del processo penale, nel senso che il verificare l'ipotesi di colpevolezza assume un preciso valore proprio perché nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva, come recita, appunto, l'art. 27 comma 2 Cost.

È perciò riduttivo pensare alla presunzione d'innocenza solo in chiave garantista o nel suo rapporto con le altre garanzie processuali, perché ogni sua limitazione o riduzione porta con sé una limitazione e una riduzione non solo del tasso di garantismo di un sistema processuale, ma anche, se non soprattutto, della capacità cognitiva del processo penale.

Sotto il profilo teorico, il principio costituzionale può dirsi ormai consolidato. Al di là delle ricorrenti questioni definitorie, il portato precettivo della garanzia è chiaro, da intendersi quale regola di trattamento e di giudizio<sup>4</sup>, così come l'esigenza cognitiva sottesa si delinea in modo netto: il tema della verifica processuale è la colpevolezza che deve essere accertata rigorosamente; in mancanza di tale risultato, l'imputato va assolto.

Poste queste premesse, le prospettive di indagine potrebbero essere molteplici. La presunzione di innocenza, funge da catalizzatore di tutte le altre più rilevanti garanzie del processo, come il diritto di difesa, il contraddittorio, l'imparzialità del giudice, ma la stessa presunzione sembra attenuarsi nel suo valore cogente lungo lo sviluppo processuale, portando con sé una graduazione delle altre garanzie di contesto implicate dal principio. Il tema evoca quello della portata precettivo-cronologica che si vuole riconoscere alla presunzione costituzionale e trae linfa dalla non perfetta coincidenza fra il tenore letterale della Convenzione europea, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Costituzione repubblicana, testi che, come noto, nei diversi linguaggi distinguono presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza. A ciò si potrebbe aggiungere la più rigorosa e testuale interpretazione del dettato costituzionale da intendersi nel senso del divieto di presumere la colpevolezza che, volendo, è qualcosa di ancora diverso rispetto alla presunzione positiva di non colpevolezza. Le questioni terminologiche non sembrano, però, implicare dei seri distinguo semantici, in quanto, dal punto di vista strettamente logico, presunzione di innocenza e di non colpevolezza sono sinonimi a tutti gli effetti.

È invece ben diversa la dimensione cronologica attribuita al principio nelle diverse formulazioni: se la Costituzione estende la garanzia fino alla condanna definitiva, i testi internazionali hanno come riferimento il più sfumato accertamento

---

<sup>3</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 15, il quale precisa che, «se tal fine pratico consiste nella scoperta della verità rispetto all'imputazione del reato, gli è naturale che vi si contrapponga l'ipotesi che l'imputato sia innocente. E ove la colpevolezza non si dimostri, l'imputato deve prosciogliersi; ma, non potendosi esigere la dimostrazione della sua innocenza, egli deve rientrare nondimeno in società senza macchia veruna, appunto perché fin dall'inizio del procedimento la sua innocenza è presunta».

<sup>4</sup> O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 234 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 561; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 15; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 10.

legale della colpevolezza che sembrerebbe coincidere con la decisione di condanna emessa già in primo grado.

Innocente fino alla condanna irrevocabile che sopraggiunge normalmente all'esito del giudizio in cassazione? Oppure colpevole e punibile già dopo il primo accertamento di responsabilità?

Meglio sgombrare subito il terreno da un ricorrente equivoco: come è stato acutamente osservato, l'effettiva portata precettiva della regola di trattamento implicata dall'art. 27 comma 2 Cost. riguarda proprio i gradi di giudizio successivi alla condanna *non definitiva*. Affermare che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna *definitiva* assume un preciso significato dopo la condanna *non definitiva*, perché prima di essa nessuno avrebbe potuto considerarlo colpevole in mancanza di una pronuncia giurisdizionale in tal senso. Come sarebbe possibile «ritenere colpevole colui che nessun giudice ha ancora dichiarato tale?»<sup>5</sup>.

Se la questione della portata cronologica della presunzione, rapportata anche alle diverse declinazioni internazionali del principio, è stata al centro del dibattito politico e dottrinale in occasione di alcuni progetti di legge volti a rendere provvisoriamente esecutive le condanne di primo grado, dibattito sviluppatosi soprattutto nel corso dei primi anni 90 del secolo scorso, oppure quando l'obiettivo della provvisoria esecuzione è stato mascheratamente conseguito attraverso l'introduzione di automatismi cautelari innescati dalla gravità della pena irrogata<sup>6</sup>, rimane ancora attuale e insoluta la questione di fondo rappresentata dal rapporto conflittuale fra il bisogno immediato di pena che permea la società contemporanea e i tempi necessariamente dilatati dell'accertamento processuale.

Le parole pronunciate dal Presidente del Consiglio all'indomani della tragedia del ponte Morandi di Genova descrivono perfettamente la situazione: «al di là delle verifiche penali e di quello che farà la magistratura con la sua inchiesta, noi non possiamo aspettare i tempi della Giustizia. Avvieremo la procedura per la revoca della concessione a società Autostrade»<sup>7</sup>.

Il colpevole è già stato individuato, senza attendere gli intollerabili tempi del processo penale, e addirittura viene punito con l'irrogazione immediata della sanzione patrimoniale rappresentata dalla revoca della concessione pubblica.

Il tribunale del popolo che emette l'immediata condanna, esemplare e prontamente mediatica, senza le technicalità del processo o anche solo dell'incidente probatorio, è antitetico e inconciliabile con la presunzione d'innocenza, intesa tanto come regola di trattamento quanto quale superiore regola di cognizione.

È inutile, tuttavia, limitarsi alla denuncia, qualunque giurista di medie capacità intellettuali è in grado di cogliere l'ampiezza macroscopica del problema. Piuttosto dovremmo interrogarci su come si sia arrivati a questo punto, nella consapevolezza che

---

<sup>5</sup> P. FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 123-124.

<sup>6</sup> Al riguardo, si vedano le previsioni dell'art. 275 commi 1-bis e 2-ter c.p.p.

<sup>7</sup> *La Repubblica*, 15 agosto 2018.

se oggi venisse proposta la drastica riduzione della portata cronologica della presunzione costituzionale di innocenza o addirittura la completa abrogazione del principio, tale iniziativa incontrerebbe probabilmente un consenso vastissimo nell'opinione pubblica e anche nel corpo elettorale. Su questo non lontano scenario si proietta l'ombra sinistra della debolezza dei limiti imposti alla revisione costituzionale, facilmente superabili da maggioranze parlamentari plebiscitarie, portato democratico di una crescente approvazione di ogni proposta di *law enforcement*.

Non sorprenderebbe se un Ministro dell'attuale esecutivo facesse proprie le parole di Manzini, ammesso e non concesso che avesse la cultura giuridica per conoscere il Trattato di procedura penale nel quale, con estremo pragmatismo, venivano così riassunti i termini della questione: «poiché, dato il carattere d'organo statale del pubblico ministero e l'assenza d'ogni interesse personale nell'esercizio della sua funzione, è logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare ..., ne deriva che il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare la pretesa punitiva dello Stato»<sup>8</sup>. Si passa dall'imputazione direttamente alla punizione, saltando la cognizione e la condanna, in spregio della presunzione di innocenza che, invece, ha come principale valore proprio quello di garantire l'esigenza cognitiva: prima di punire bisogna condannare, prima di condannare bisogna conoscere e per conoscere bisogna processare.

Se, invece, si ritenesse, con Manzini, che il fine del processo fosse quello punitivo e se questo fine fosse raggiungibile già sulla base dell'addebito preliminare, ossia l'ipotesi di colpevolezza peraltro formulata da un organo statale ritenuto (a torto) imparziale, perché attendere tre o più gradi di giudizio?

Se prendesse piede questa idea, la presunzione di innocenza verrebbe vista come un ostacolo pressoché inutile fra la cognizione sommaria preliminare e la irrogazione della pena. All'indomani della caduta del ponte di Genova erano già stati individuati dal Governo i responsabili, dunque, perché attendere i presumibili lustri di processo prima di punirli? Il popolo vuole una reazione pronta e immediata e la presunzione d'innocenza può essere messa al bando senza troppe remore.

Occorre essere pienamente consapevoli che rinnegare la presunzione di non colpevolezza non significa solo privare l'imputato di tutte le garanzie processuali che su di essa sono edificate, ma anche negare la stessa funzione cognitiva del processo, cambiare il significato della giurisdizione penale. Questa sarebbe una scelta di sistema e costituzionale che prescinderebbe dall'interesse individuale dell'imputato.

Come si è arrivati fin a questo punto, sull'orlo del baratro? Come è stato possibile azzerare secoli di riflessioni sul garantismo penale?

La risposta è tutto sommato semplice: dall'entrata in vigore del codice del 1989, la presunzione di non colpevolezza è caduta in un progressivo oblio dottrinale<sup>9</sup>,

---

<sup>8</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da G. Conso – G. D. Pisapia, I, a cura di G. D. Pisapia, Torino, 1967, p. 224.

<sup>9</sup> Con alcune lodevoli eccezioni, come lo studio di P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., *passim*.

considerata poco più che una questione retorica, di sapore vetero illuminista, che non sollecitava più l'interesse speculativo rivolto alle rutilanti novità del giusto processo. Nel frattempo, però, il peso del principio si è progressivamente ridotto tanto nelle dinamiche applicative quanto nelle scelte legislative fino a che, oggi, la crisi, forse irreversibile<sup>10</sup>, della presunzione d'innocenza è superata solo da quella, ancor più grave, della legalità alla quale da sempre il nostro Paese si mostra refrattario.

## 2. Le cause della crisi: l'efficienza processuale.

I limiti del giurista non consentono di approfondire le cause della crisi radicate nel substrato culturale della nostra società contemporanea, sempre più scossa da pulsioni giustizialiste alimentate da esasperazioni mediatiche, né di abbozzare possibili rimedi, ammesso che siano ancora praticabili.

Sul terreno più strettamente giuridico, nell'indagare le ragioni del declino della presunzione di non colpevolezza si possono isolare quattro fattori, in realtà tra loro interagenti, che hanno determinato la crisi dell'idea stessa dell'imputato presunto innocente. Il primo è la valorizzazione delle istanze di efficienza processuale che sono state ritenute costituzionalmente bilanciabili con la presunzione di innocenza e con tutte le altre garanzie fondamentali. A ciò si aggiunge la crescente tendenza anticognitiva del processo e di alcuni modelli processuali differenziati/negoziali edificati proprio sull'accettazione di una consistente erosione della sfera di cognizione. Altro fattore rilevante è dato dal ricorso sempre più ampio a meccanismi special-preventivi nel processo e anche fuori dal processo, come testimonia l'inarrestabile ascesa delle misure di prevenzione. Infine, l'ultimo elemento di disgregazione del principio è rappresentato dallo spostamento dell'asse processuale dalla tutela dell'imputato a quella della cosiddetta vittima.

Il problema di fondo risiede, tuttavia, nella intemperatività endemica della risposta giudiziaria: accertare la colpevolezza dell'imputato – il fine cognitivo del processo – rappresenta una questione complessa che richiede tempi dilatati, soprattutto nello sviluppo ordinario che può essere su tre o più gradi di giudizio, in caso di annullamenti con rinvio. La materia penale resta troppo rilevante e complessa per essere liquidata con un accertamento sommario di stampo amministrativo ed è proprio la presunzione d'innocenza a imporre la rigorosa regola di giudizio oggi legislativamente formalizzata nel canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

La lotta del processo contro il tempo non si è però arrestata di fronte all'esigenza cognitiva che discende dalla stringente regola decisoria e ha trovato nuova linfa nel concorrente principio di efficienza processuale che ricorda, *mutatis mutandis*, quello di non dispersione della prova impiegato nel 1992 per scardinare la riforma processuale del 1989.

---

<sup>10</sup> Del resto, la crisi del principio ha radici ben più profonde, come ricorda O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, cit., p. 203 ss.

L'efficienza è un concetto vago, per non dire evanescente, d'incerta ascendenza costituzionale, solitamente riferito all'altrettanto vago principio della ragionevole durata del processo. Ciò nondimeno, ogni riflessione sul tema processuale sembra oggi non poter prescindere dagli *idola fori*<sup>11</sup> dell'efficienza.

I fautori della primazia dell'efficienza sulle garanzie dovrebbero però spiegare cosa intendono esattamente per efficienza processuale. L'efficienza, altre volte definita efficacia, è strutturalmente un concetto di relazione che non può esaurirsi in sé stesso o nella sua astratta affermazione, ma si specifica rispetto al fine che si vuole raggiungere. Quando si parla di efficienza o di efficacia occorre sempre chiarire rispetto a cosa. Se si usa l'efficienza come predicato del processo, bisogna quindi indicare lo scopo che si vuole raggiungere attraverso il processo efficiente.

Nell'imperante retorica dell'efficienza processuale il fine rimane per lo più sottointeso, non viene quasi mai esplicitato né dalle asserzioni giurisprudenziali né dalle tesi dottrinali. Ma se si scava, nemmeno poi tanto, il fine emerge nettamente ed è l'istanza punitiva. Secondo i campioni dell'efficienza, il processo deve avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva. Inutile nascondersi che oggi una larga parte della magistratura ha fatto propria l'idea manziniana del processo penale come strumento per punire i colpevoli e, di conseguenza, tutto ciò che allontana o rende più difficile la punizione viene considerato d'intralcio all'efficienza repressiva.

La finalità punitiva si pone, tuttavia, in aperto contrasto con la presunzione di non colpevolezza che attribuisce al processo una neutralità rispetto all'ipotesi d'accusa che è il portato logico del ben diverso fine cognitivo. Un ragionamento costituzionalmente ortodosso dovrebbe perciò condurre alla seguente conclusione: ammesso e non concesso che l'efficienza processuale penale sia un bene costituzionalmente protetto dal principio di durata ragionevole, e posto che comunque il processo può essere efficiente solo in relazione al conseguimento del suo fine precipuo, o meglio unico, che è il risultato cognitivo, il presunto valore concorrente non sarebbe altro che una specificazione, un rafforzamento della presunzione d'innocenza che con essa non entra né in contrasto né in bilanciamento. Il processo deve così ispirarsi a un criterio di efficienza cognitiva, deve essere condotto in modo tale che si accerti pienamente e nel minor tempo possibile la colpevolezza o meno dell'imputato. Proprio il principio di efficienza cognitiva vieta ogni scorciatoia che riduca l'orizzonte conoscitivo del giudice. Se a ciò si aggiunge la considerazione che la ragionevole durata non riguarda un processo purchessia, ma il giusto processo, come ha stabilito la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009<sup>12</sup>, la conclusione ulteriore non può che essere quella di misurare il tempo ragionevole del

---

<sup>11</sup> Gli idoli, in particolare gli *Idola Fori* e gli *Idola Theatri*, secondo F. BACONE, *Nuovo organo* (1620), trad. it., Milano, 2002, p. 93-97, I, 38-44, non sono strumenti di conoscenza, ma ostacoli alla conoscenza stessa.

<sup>12</sup> «Un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (Corte cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1729).

processo sulla completa attuazione di tutte le garanzie e sul raggiungimento di una piena cognizione della regiudicanda.

L'efficienza cognitiva del processo finisce così per essere un super-valore costituzionale.

### 3. La distopia del principio.

Un siffatto ragionamento, fondato su solide categorie dogmatico-costituzionali, sembra però anacronistico. In quello che viene enfaticamente e impropriamente definito il diritto della post modernità non c'è più spazio per principi e certezze, tutto rimane allo stato liquido, riplasmabile a volontà in funzione dei più disparati obiettivi politici.

Esempio paradigmatico del completo disfacimento del sistema, compreso quello delle garanzie costituzionali, è fornito dalla sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, istituto caratterizzato da una fortissima tensione repressiva sia pure ammantata da un procedimento speciale di favore per l'accusato.

La messa alla prova è una tipica forma di esecuzione della pena alternativa alla detenzione. La *probation* è un istituto di diritto penitenziario che il legislatore, moderno Prometeo, ha voluto innestare nel processo di cognizione, peraltro ben prima dell'accertamento di responsabilità, secondo una sequenza inconciliabile con la Costituzione. In essa si susseguono la richiesta dell'imputato, priva di qualsiasi valenza confessoria, il vaglio di mera ammissibilità da parte del giudice, che non è chiamato a pronunciarsi positivamente sulla responsabilità penale, non dovendo assumere una decisione di condanna, l'esecuzione della pena in forma alternativa e in assenza di condanna, l'esito positivo della prova e, infine, il proscioglimento dell'imputato, mai condannato, per estinzione del reato.

La tensione rispetto ai principi costituzionali, e in particolare alla presunzione d'innocenza, non potrebbe essere più evidente<sup>13</sup>.

Questa sequenza, che sovverte tutte le categorie dogmatiche penalistiche, sarebbe compatibile con la Costituzione solo se la presunzione di non colpevolezza fosse una garanzia disponibile e se l'imputato potesse rinunciarvi. Al contrario, l'art. 27 comma 2 Cost. detta una regola "di sistema" alla quale le parti non possono derogare: la colpevolezza va accertata con sentenza di condanna definitiva, ossia l'imprescindibile esigenza cognitiva che deve connotare la giurisdizione penale in tutte

---

<sup>13</sup> V., per tutti, P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in, *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele – P. P. Paulesu, Torino, 2015, p. 183.

Esclude recisamente la violazione del principio costituzionale G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano 2016, 253 ss., per il quale «i soggetti messi alla prova, ... per non incorrere in una violazione dell'art. 27 comma 2 Cost. ..., non possono in alcun caso essere reputati 'colpevoli'» (*ibidem*, 254). Se tale affermazione fosse vera, il *vulnus* sarebbe ancora più innegabile, posto che verrebbe irrogata ed eseguita una pena, sia pure sotto forma di *probation*, a carico di un innocente.

le sue forme. Se nessuno può essere ritenuto colpevole fino alla condanna definitiva, nessuno potrà essere, a maggior ragione, punito, né in funzione del consenso prestato né con pene alternative alla detenzione (*nulla poena sine iudicio*).

La Corte costituzionale, tuttavia, ha avallato la scelta legislativa, segnando probabilmente la fine della presunzione di non colpevolezza intesa, come abbiamo fatto finora, quale somma regola di cognizione. Siamo dinanzi a una pragmatica sentenza di scopo, salvare un istituto deflativo che funziona, che risulta efficiente in chiave punitiva e che, al tempo stesso, trova consenzienti tutte le componenti del sistema giudiziario, anche a discapito dei principi, anche sacrificando la ragion stessa del processo e la più importante delle garanzie dell'accusato.

L'argomentazione del giudice delle leggi prende le mosse da una premessa che, da sola, manda in frantumi il sistema: ci si deve confrontare con un nuovo istituto ed è proprio il *brave new world* legislativo (il diritto della post-modernità o, meglio, il post-diritto) a «non consentire un riferimento nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali»<sup>14</sup>. Come dire che non è più la legge a dover essere scrutinata in riferimento alla Costituzione, ma è la Carta fondamentale a doversi piegare alle nuove frontiere legislative con una ammissione di impotenza di fronte al nuovo mondo distopico.

Facendo proprie le considerazioni già svolte dalla Cassazione a sezioni unite<sup>15</sup>, la Corte costituzionale ammette il sovvertimento del sistema: «da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto». Si aggiunge solo che «non manca, in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio, nel caso di esito negativo della prova), una considerazione della responsabilità dell'imputato»<sup>16</sup>, come se la valutazione di inapplicabilità dell'art. 129 c.p.p. potesse in qualche modo surrogare il rigoroso accertamento di merito della colpevolezza. Dire che non si applica l'art. 129 c.p.p. non vuol dire condannare qualcuno. La non meglio

---

<sup>14</sup> Corte cost., sent. 27 aprile 2018 n. 91, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3190.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016 - dep. 01/09/2016, Sorcinelli, Rv. 26723801, secondo cui la messa alla prova rappresenta, «da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto ... Da qui il carattere innovativo della messa alla prova che segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio ... In considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi». V. anche Cass., Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016 - dep. 29/07/2016, Rigacci, Rv. 26723701.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. 27 aprile 2018 n. 91, cit., p. 3190, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

definita, e non definibile, “considerazione di responsabilità” dell’imputato è ben lungi dall’affermazione di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio imposta proprio dalla presunzione d’innocenza. Peraltro, la tesi che vorrebbe l’ordinanza ammissiva integrare una cripto condanna si scontra inevitabilmente con la considerazione che, così opinando, lo stesso giudice, nella medesima sequenza procedimentale, finirebbe per condannare dapprima e poi prosciogliere l’imputato, determinando una torsione ancora più inaccettabile dei principi. A fronte dell’azione penale si consentirebbe una doppia pronuncia dello stesso giudice di segno diametralmente opposto. Tale sequenza procedimentale sarebbe ancora meno giustificabile sotto il profilo della compatibilità costituzionale.

La Corte invoca anche un suggestivo, ma erroneo, parallelo con il già discutibile patteggiamento<sup>17</sup>, dimenticando che in quel rito speciale la pena viene irrogata e segue a una sentenza assimilabile a quella di condanna, mentre nella messa alla prova l’imputato non viene mai condannato, dovendo essere addirittura prosciolto all’esito dell’esecuzione penale in forma alternativa alla detenzione. Nella messa alla prova non esiste alcuna statuizione formale di responsabilità che possa reggere la pena.

Sul piano descrittivo il giudice delle leggi coglie tutte la novità di una pena eseguita prima e in assenza della sentenza di condanna, ma conclude, di fatto senza argomentare, per il rispetto dell’art. 27 comma 2 Cost. Occorre, dunque, leggere fra le righe della motivazione: nel nuovo mondo della post modernità la presunzione di non colpevolezza è disponibile, così come la funzione cognitiva del processo, e all’imputato che fugge verso la *probation* bisogna costruire ponti d’oro, senza interrogarsi troppo sul rispetto dei principi della Costituzione.

Siamo di fronte a una creatura immaginifica: da un lato, un rito speciale in cui l’imputato rinuncia al processo e ottiene, in cambio, una pseudo pena *extra* carceraria che lo redime e gli consente di lucrare addirittura, quale premio finale di buona condotta, il proscioglimento; dall’altro, un istituto che persegue scopi special-preventivi in forma talmente anticipata da infrangere la sequenza cognizione-condanna-esecuzione della pena per garantire il più rapido raggiungimento della risocializzazione del soggetto. Ciò significa non solo rendere disponibile la presunzione di non colpevolezza, ma anche riscrivere la stessa funzione del processo penale, non più cognitiva, ma direttamente punitiva. Il processo si fa strumento repressivo, sia pure dal volto umano, e la rinuncia alla cognizione, attraverso la via non troppo stretta della *probation*, conduce a un impensabile proscioglimento.

Nel nuovo modello processuale tutto può accadere e nulla è vietato: la presunzione di non colpevolezza è nella disponibilità dell’imputato, la funzione cognitiva del processo diviene solo eventuale, si può decidere di punire senza

---

<sup>17</sup> Altro procedimento speciale non cognitivo, come ha lucidamente denunciato P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, p. 26-29, secondo il quale il patteggiamento «è un rito tendenzialmente anticognitivo ... [che] non riposa sull’accertamento della colpevolezza, ma sulla conforme volontà espressa dalle parti; dunque, non su un ‘sapere’, ma su un ‘potere’, anche se esercitato dall’imputato stesso ... chiunque muova dall’ottica ‘cognitiva’, indubbiamente privilegiata dalla nostra Costituzione, guarderà al patteggiamento con una diffidenza proporzionale alla gravità dei reati per cui risulta operativo».

condannare, anche solo in primo grado, e all'imputato che si rifugia nella pena alternativa deve essere garantito il *commodus discessus*.

Un modello di giurisdizione così alterato come ha potuto superare indenne lo scrutinio di legittimità costituzionale? Leggendo la motivazione della sentenza n. 91 del 2018 non si può trovare una risposta giuridica razionale. La Corte ha eluso il tema della patente incostituzionalità della messa alla prova, adducendo argomenti a dir poco inconferenti, come la necessità di abbandonare desuete categorie dogmatiche o il precedente autoreferenziale delle sezioni unite della Cassazione. Tutti pseudo argomenti che non affrontano il vero nodo gordiano della disponibilità o meno della presunzione d'innocenza e, sullo sfondo, della finalità cognitiva del processo penale.

La Corte costituzionale ha emesso una sentenza di spiccata *realpolitik* in cui il rispetto della Carta fondamentale è stato sacrificato alla ragion di Stato della funzionalità della macchina giudiziaria. Una macchina ormai incapace di seguire un percorso lineare, alla quale bisogna perciò concedere la possibilità di infrangere alcune regole basilari e di procedere perfino contromano.

La messa alla prova funziona, raggiunge prodigiosamente e contestualmente una triplice finalità, deflativa, punitiva e premiale, che mette d'accordo tutte le componenti del sistema giustizia, avvocati e magistrati, imputati e persone offese in cerca di risarcimenti. Funziona e non scontenta nessuno, così, pur nella sua patente teratogenesi, si è guadagnata il diritto di cittadinanza nel processo penale della post modernità, con tanto di autorevole avallo della Corte costituzionale e dei corifei dottrinali<sup>18</sup>.

#### **4. La prevenzione nel processo e il processo di prevenzione.**

Il fine special preventivo permea ormai tutto il processo penale e lega a doppio filo la messa alla prova con altre gravi erosioni della presunzione costituzionale, come quelle che si registrano nel ricorso alle misure coercitive per finalità di difesa sociale. L'unica differenza, a ben vedere, la segna l'interesse dell'imputato: contento di uscire dal processo con l'esecuzione penale esterna e di vedersi assicurato un proscioglimento premiale, molto meno di essere incarcerato in attesa di giudizio. Ma in entrambi i casi ci si trova di fronte a una pena senza giudizio, al soddisfacimento nel processo di esigenze special preventive, alla violazione della presunzione d'innocenza.

Siamo ormai assuefatti alle prassi giudiziarie che individuano proprio nella custodia cautelare la prima e più pronta risposta sanzionatoria al crimine, forti dell'ambiguità che da sempre caratterizza la previsione normativa di un'esigenza cautelare di carattere special preventivo, come quella sancita dall'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p. L'opinione pubblica giustifica il ricorso alle cautele in chiave punitiva con

---

<sup>18</sup> Cfr., per tutti, V. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017, p. 136 ss.; ID., *Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3194 ss.

l'intollerabile lunghezza dell'accertamento penale. Ma è lo stesso legislatore a inoculare il germe della prevenzione nel corpo ormai stanco e malato del processo penale: l'art. 282-*quater* comma 1 c.p.p., senza peraltro sollevare particolare indignazione dottrinale, ha previsto che, quando l'imputato si è sottoposto a trattamenti di prevenzione della violenza, di ciò il giudice debba tener conto per la revoca delle misure cautelari. Ancora una volta, come nella messa alla prova, una previsione apparentemente favorevole all'accusato che dispone volontariamente della presunzione d'innocenza, sottoponendosi *in vinculis* a programmi di prevenzione della violenza che hanno tutte le caratteristiche del trattamento penitenziario.

Quando si concede che il processo perda di vista la finalità cognitiva per abbracciare istanze punitive, sia pure in *bonam partem*, non ci si può poi lamentare del fatto che tali esigenze riemergano anche in chiave esclusivamente repressiva, come per il distorto e diffuso impiego della custodia cautelare in carcere.

Se il processo cede sempre più spesso a finalità preventive che gli dovrebbero rimanere estranee in ragione della presunzione d'innocenza, le misure di prevenzione, soprattutto quelle patrimoniali, si sono progressivamente trasformate in risposte giurisdizionali schiettamente punitive, rivolte anche a nuove tipologie di destinatari, come gli evasori fiscali. Il minimo comune denominatore di queste trasformazioni è il medesimo: l'abbandono della cognizione e l'oblio della presunzione di non colpevolezza.

Il fenomeno dell'osmosi fra processo penale e sistema di prevenzione merita qualche ulteriore riflessione. È ormai incontestabile la compiuta trasformazione delle misure di prevenzione da misure *praeter delictum*, ossia legate a comportamenti che non solo collegati all'area del reato, o *ante delictum*, ossia misure atte a prevenire la commissione del reato, a misure *post delictum*, ossia misure applicate a soggetti nei cui confronti emergono indizi della commissione di certi reati considerati sintomatici della pericolosità qualificata. La misura di prevenzione oggi surroga e, a volte, accompagna una misura di carattere penale.

Il processo di prevenzione è divenuto un succedaneo deformalizzato del processo penale con il quale, a questo punto, condivide la medesima funzione servente alla risposta punitiva statutale. Le misure di prevenzione dettate dalla pericolosità qualificata intervengono, in chiave punitiva, laddove il rigore dei principi del diritto e del processo penale non consentirebbe di intervenire.

La piena conferma di questa affermazione la troviamo nell'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, per i quali è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto<sup>19</sup>. Se si deve accertare l'attuale partecipazione del proposto al sodalizio

---

<sup>19</sup> In tal senso si è espressa Cass., Sez. U, n. 111 del 30/11/2017 - dep. 04/01/2018, Gattuso, Rv. 27151101, precisando, in motivazione, che solo nel caso in cui sussistano elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto al sodalizio mafioso, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità.

criminoso, quale sarebbe la differenza con il *thema probandum* di un processo per associazione di tipo mafioso?

Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione *post delictum*, ossia quelle riferibili ai casi di pericolosità qualificata, non è altro che la responsabilità per la commissione di un reato. Ciò che cambia rispetto al processo penale è solo il *quantum* di prova necessario per giungere alla “condanna” e all’irrogazione della “pena”, *sub specie* della nuova categoria della pena patrimoniale costituita dall’ablazione dell’intero patrimonio di cui direttamente o indirettamente disponga l’indiziato.

La misura di prevenzione, in una ideale scala cognitiva, si colloca all’ultimo gradino: si inizia con la pena e con le misure di sicurezza per le quali è richiesta la prova del reato e della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio; si anticipa l’intervento statale, sia pure in via provvisoria, con le misure cautelari che richiedono i gravi indizi di colpevolezza; e laddove sussistano meri indizi di colpevolezza, tali da non giustificare l’adozione di una misura cautelare, si accede alle misure di prevenzione e alle conseguenti pene patrimoniali.

La graduazione della cognizione non esclude, peraltro, che nel più sia contenuto anche il meno: il soggetto si trova perciò contestualmente esposto alla condanna penale “classica”, magari anticipata dalle misure coercitive, e all’applicazione delle misure di prevenzione, in funzione di *quid pluris* in chiave repressiva che finisce per sovrapporsi perfettamente alle misure di sicurezza.

Per comprendere questa gravissima stratificazione punitiva basterebbe chiedersi cosa debba intendersi, ai sensi dell’art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, per indizio. Non certo l’indizio logicamente contrapposto alla prova sotto il profilo della struttura dell’inferenza, quanto una prova minore, nella stessa ottica dei gravi indizi cautelari. E laddove sia disponibile la prova maggiore, quella richiesta per la condanna, è evidente che sia possibile invocare anche la prova minore, l’indizio di prevenzione, per aggiungervi un’ulteriore conseguenza sanzionatoria diretta al patrimonio più che alla persona. Le misure di prevenzione presentano così una estrema duttilità nell’ottica del *law enforcement*: possono surrogare la condanna penale, quando manchi la prova di colpevolezza, o possono accompagnarsi ad essa sulla base di un mero indizio, inteso quale prova minore.

## **5. La vittimizzazione secondaria del processo e la rimozione cognitiva del diritto sostanziale.**

Le sfide della post modernità al cognitivismo classico implicato dalla presunzione d’innocenza sono anche altre. Un *vulnus* particolarmente grave è stato inferto dalla comparsa sulla scena processuale di un nuovo soggetto ancora in cerca d’autore normativo, la vittima del reato che si fa latore dinanzi al giudice di una sua privata pretesa punitiva o, addirittura, di una pretesa di prevenzione della pericolosità sociale dell’indagato o dell’imputato. Sebbene ruolo e figura siano tuttora sfumati nella

sistemica codicistica, anche dopo l'attuazione legislativa della direttiva europea in materia<sup>20</sup>, nella prassi la vittima – detta anche parte offesa, con una impropria, ma significativa, crasi della nomenclatura ufficiale che prevedrebbe solo la parte civile e la persona offesa<sup>21</sup> – ha assunto un ruolo centrale sulla scena processuale. La vittima pretende la punizione penale dell'imputato e, possibilmente, anche la neutralizzazione della pericolosità sociale del soggetto in attesa di giudizio. L'aporia insita nella sua stessa figura appare però evidente: la vittima viene accreditata nel processo penale di uno *status*, quello di persona che ha subito il reato, che deve ancora essere dimostrato. Così come l'imputato è presunto innocente, la vittima deve essere presunta non vittima o, quantomeno, non vittima dell'imputato fino alla sentenza di condanna definitiva. Si tratta di una conclusione logica, ai limiti della banalità, che sembra però sfuggire al legislatore, tanto nazionale quanto europeo, ma, soprattutto, ai giudici che desiderano tutelare già nel processo e con il processo questo *status* smentito in radice dalla presunzione d'innocenza. La Costituzione tutela l'imputato e questa scelta univoca dovrebbe determinare il corollario indefettibile di lasciare quantomeno in sospenso ogni attività tesa ad accreditare la qualifica di vittima. Il principio implica che solo dopo la condanna definitiva, ossia nella fase esecutiva, sarà possibile dare soddisfazione processuale alle pretese di chi assume di aver subito il reato. Del resto, non è un caso se nella disciplina costituzionale del processo non venga considerata la posizione della vittima.

Semplificazioni cognitive contrarie alla presunzione d'innocenza si registrano sia sul piano della costruzione giurisprudenziale delle fattispecie di reato sia su quello probatorio, temi di così ampio respiro che qui possono solo essere accennati.

I reati di sospetto, culminati nella legislazione d'emergenza dei primi anni 90 con l'introduzione dell'improvvido art. 12-*quinquies* comma 1 d.l. n. 306 del 1992, sono ormai un retaggio del passato tutto sommato circoscritto e quasi innocuo.

La vera questione riguarda, invece, il pervasivo intervento giurisprudenziale volto a riplasmare la struttura dei reati in modo tale da renderne più agevole la dimostrazione o addirittura presumerne la sussistenza.

Si pensi, ad esempio, al tema della causalità quando, in mancanza di leggi scientifiche non probabilistiche, ci si accontenta dei risultati di indagini epidemiologiche. Sul rigoroso accertamento della responsabilità prevale l'esigenza, anti cognitiva e special preventiva, di tutelare la società rispetto a condotte che potrebbero esporre a pericolo l'incolumità degli individui. Risultano così modificate intere categorie di reati contro la persona per i quali la prova del nesso di causalità, che dovrebbe legare la condotta all'evento, è sostituita dalla dimostrazione statistico probabilistica del rapporto fra l'azione e il pericolo del verificarsi dell'evento o addirittura il mero incremento del rischio.

---

<sup>20</sup> Fra i primi commenti, v. L. TAVASSI, *Lo statuto italiano della "vittima" del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, p. 108 ss.

<sup>21</sup> Fatta eccezione per il *lapsus calami* contenuto nell'art. 472 comma 3-*bis* c.p.p.

Altro terreno d'indebite presunzioni giurisprudenziali è rappresentato dal dolo, ormai praticamente estromesso dai temi di prova. Ma anche nei pochi casi in cui rientra nel fuoco dell'attività istruttoria e della decisione risulta irrimediabilmente amputato della sua indispensabile componente volitiva. Il dolo come sola rappresentazione del fatto è, a sua volta, oggetto di semplificazioni probatorie che vanno da contestabili presunzioni, ammantate da discutibili massime d'esperienza del tipo "non poteva non sapere", fino alla sostituzione dell'effettiva rappresentazione del fatto con la mera rappresentabilità, ritenendo sufficiente che l'agente potesse o dovesse prevedere il fatto tipico e così surrettiziamente surrogando al dolo un addebito per colpa, magari in casi in cui legislativamente non è stabilita la punizione per colpa.

Per non tacere dei reati improbabili, nel senso che sono costruiti su fattispecie non dimostrabili e, quindi, senza possibile prova<sup>22</sup>, ovvero di tutte quelle fattispecie di ablazione patrimoniale che chiedono al pubblico ministero di introdurre il mero sospetto della accumulazione illecita e spostano sulla difesa l'onere della prova della provenienza giustificata dei beni. Un discorso a parte meriterebbe il processo agli enti in cui la perimetrazione legislativa dei fatti costitutivi e di quelli impeditivi all'interno di norme a fattispecie doppia, come l'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, produce l'effetto di un'eccessiva semplificazione dell'onere probatorio dell'accusa di dubbia compatibilità con la presunzione d'innocenza, garanzia che, forse, non si vuole riconoscere alle società formalmente accusate di un illecito amministrativo solo dipendente da reato.

Attacchi concentrici e oblio dei principi stanno mettendo a dura prova la presunzione di non colpevolezza che sembra avviata verso una progressiva e inarrestabile degradazione. In questo nuovo ordinamento, in cui nessuno può presumersi non colpevole fino al compiersi di un accertamento definitivo, l'istanza punitiva richiede una risposta pronta e immediata che non può attendere i tempi necessariamente lunghi della piena cognizione. In un'epoca in cui si vive connessi nella democrazia online e nella cittadinanza digitale, dove la velocità dell'azione e delle reazioni sono diventati il connotato essenziale della vita quotidiana, tutto va a discapito della conoscenza. Il paradosso dell'era digitale di internet è proprio l'aver ridotto le conoscenze: le ha ampliate quantitativamente, ma le ha ridotte qualitativamente e la medesima sorte sta toccando al processo penale. Più processi, più efficienza repressiva, ma meno conoscenza. In questo momento storico, al tempo del populismo, non c'è più spazio per il garantismo e il cognitivismo. Il ceto politico e l'opinione pubblica si trovano perfettamente in sintonia sul fatto che sia intollerabile l'attesa di tre gradi di giudizio per stabilire se vi sia e chi sia il responsabile del crollo del ponte di Genova.

---

<sup>22</sup> Tema già indagato, ad esempio, da V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*. *Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, *passim*.