

Davide Mocavini

**Il *Tractatus de Praesumptionibus*.  
Prime riflessioni sulla presunzione in Andrea Alciato\***

*The Tractatus de Praesumptionibus.  
First Reflections on Presumption in Andrea Alciato*

SOMMARIO: 1. 1. Introduzione - 2. Alle origini del *Tractatus* di Alciato - 3. Tra finzione e presunzione: scorcio sul pensiero alciato - 4. La presunzione *iuris et de iure* - 5. La presunzione *iuris tantum* - 5.1. Le regole della *praesumptio iuris tantum* - 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: This article analyzes Andrea Alciato's *Tractatus de Praesumptionibus*, a foundational text in the legal theory of presumptions. Through a historical and doctrinal lens, it explores the distinction between legal fiction and presumption, Alciato's classification of *praesumptio iuris et de iure* and *iuris tantum*, and their procedural limits. The work is set in the broader historical and intellectual context of early 16th-century legal thought, highlighting its role in the development of presumption theory in European law.

KEYWORDS: Andrea Alciato, legal presumption, legal fiction, fictio legis, praesumptio, Felino Sandei

---

\* Il saggio è stato sottoposto a valutazione da parte della redazione della rivista.

## 1. *Introduzione*

La verità naturale, quale sequenza di fatti imputabili all'agire dell'uomo, si nasconde, a volte, dietro un velo sottile che non è sempre agevole sollevare in un processo, attraverso le cosiddette prove dirette. Pur rappresentando una solida base di partenza, queste possono rivelarsi invero incomplete, offrendo soltanto una visione parziale e non il quadro definitivo. In altre parole, come ombre proiettate su un muro o impronte sulla sabbia, le prove dirette possono suggerire, ma non necessariamente chiarire. Ecco, dunque, che in questo spazio chiaroscuro, pieno di lacune e sospeso tra il certo e il verosimile, il diritto si affida allo strumento della *praesumptio* per tracciare sentieri di probabilità e guidare la ragione oltre l'incertezza e la nebbia del dubbio.

Il presente lavoro intende restituire centralità a una dei testi che più ha contribuito, nella storia del diritto, alla sistematizzazione e allo sviluppo degli studi sulla presunzione giuridica: il *Tractatus de Praesumptionibus* di Andrea Alciato. La fortuna di questo *Tractatus* è testimoniata non solo dal grande interesse che il tema della presunzione riscosse immediatamente dopo la sua pubblicazione, come mostrano gli scritti successivi sulla materia di grandi giuristi, quali ad esempio il *De Praesumptionibus coniecturis signis et indicis* di Giacomo Menochio<sup>1</sup>, ma soprattutto dalla circolazione delle idee ivi espresse, certamente favorita dalla fama dell'autore.

Le recenti ricerche condotte da Antonia Fiori in campo canonistico<sup>2</sup> e da David De Concilio sul *Perpendiculum*<sup>3</sup>, opera anonima degli anni Settanta del XII sec. prodotta in ambiente anglonormanno, evidenziano peraltro che, a prescindere dai possibili precedenti romano-bizantini, la strutturazione della presunzione nelle categorie oggi conosciute è certamente medievale. Anzi, si può affermare con sicurezza che l'argomento suscitò l'interesse tanto dei legisti quanto dei canonisti, i quali si trovarono, come non di rado capitava in quegli anni, ad affrontare questioni comuni su fronti paralleli. Se furono gli esperti di diritto

---

<sup>1</sup> G. Menochio, *De Praesumptionibus coniecturis signis et indicis*, Lyon 1575.

<sup>2</sup> A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 1, *Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien 2009, pp. 75-106; Ead., *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale: Storia e disciplina della purgatio canonica*, Frankfurt am Main 2013.

<sup>3</sup> D. De Concilio, *The Perpendiculum. Presumptions and Legal Arguments in the 12th Century*, Leiden-Boston 2024.

civile ad affinare la distinzione tra *praesumptio iuris* e *praesumptio hominis*<sup>4</sup>, è tuttavia dal *Perpendiculum*, che emerge la prima classificazione della *praesumptio*, nonché l'attestazione più risalente di cui si abbia notizia di presunzione di legge che non ammette prova contraria<sup>5</sup>. De Concilio scrive a proposito di quest'opera che:

la sua originaria classificazione delle presunzioni in *loci* divenne un punto fondamentale nella materia, influenzando non solo il lavoro di contemporanei come Pilio da Medicina e Sicardo da Cremona, ma anche – più di quarant'anni dopo – l'*ordo iudiciarius* di Tancredi, che a sua volta divenne il punto di riferimento sull'argomento<sup>6</sup>.

Nell'*Ordo iudiciarius*, infatti, il noto canonista Tancredi da Bologna (1185 – 1236) non solo recepì l'impianto tassonomico del *Perpendiculum*, ma lo sviluppò ulteriormente creando uno schema destinato a riscuotere un notevole successo. Anzitutto, divise la presunzione sulla base della sua rilevanza nel processo e della sua influenza sulla decisione finale del giudizio nelle seguenti categorie: *praesumptio temeraria*, priva di alcun valore probatorio, perché fondata su connessioni azzardate o inverosimili; *praesumptio probabilis*, che costituiva, diversamente, una prova *semiplena* o determinava la *purgatio*, ossia la dimostrazione di innocenza mediante giuramento richiesto al convenuto/imputato qualora l'accusa non fosse stata verificata nel processo; *praesumptio violenta*, valida fino a prova contraria; infine, *praesumptio necessaria*, che non ammetteva *probatio contraria* e vincolava il giudice a pronunciare direttamente la sentenza (*inducit iudicem ad sententiandum*)<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, cit. Tale partizione sarebbe opera del civilista Piacentino, vissuto tra la prima e la seconda metà del XII secolo: A. Gouron, *Placentinus 'Herold' der Vermutungslehre?*, in *Festschrift zum 65. Geburtstag und zur Emeritierung von Professor Dr. Hans Kiefner: Herausgegeben von Freunden, Kollegen und Mitarbeitern*, Münster, ed. Ulrike Brüning and Thomas Hoeren, 1994. Anzi, a tal punto influenzò la successiva distinzione tra *praesumptio iudicis ex facto* e *praesumptio legis* del *Perpendiculum* che A. Gouron, *Aux racines de la théorie des présomptions*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, n. 1, 1990, pp. 99-109, ritenne addirittura che l'opera fosse da attribuirsi a un qualche allievo del Piacentino stesso.

<sup>5</sup> D. De Concilio, *The Perpendiculum. Presumptions and Legal Arguments in the 12th Century*, cit., p. 55 ss.

<sup>6</sup> Ivi, p. 55: «its original classification of presumptions into loci became a staple point in the matter, shaping not only the work of contemporaries such as Pilius de Medicina and Sicardus of Cremona, but also - more than forty years later - Tancred's ordo iudiciarius, which in turn became the point of reference on the subject».

<sup>7</sup> A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, cit., pp. 75-106.

Ma Tancredi compì anche un decisivo passo in avanti nello studio di questo strumento identificando per ciascuna delle quattro *species* riconosciute, la rispettiva tipologia civilistica di presunzione. Con l'unica eccezione della *praesumptio temeraria*, di cui non esisteva un corrispondente, l'autore ha provveduto abilmente ad affiancare, alle altre, tre categorie di presunzione delineate nel tempo dalla dottrina civilistica: la *praesumptio hominis* (= *praesumptio probabilis*), la *praesumptio iuris (tantum)* (= *praesumptio violenta*), la *praesumptio iuris et de iure* (= *praesumptio necessaria*)<sup>8</sup>. È interessante notare come questa tripartizione, destinata a essere accolta in seguito in tutti gli ordinamenti giuridici europei, sia scaturita dall'applicazione di criteri radicalmente diversi da quelli adottati da Tancredi e dagli altri canonisti: la fonte di produzione della presunzione e la sua resistenza alla prova contraria.

Il primo parametro consentiva di sancire una netta distinzione tra *praesumptiones hominis* e *praesumptiones iuris*. Le prime, dette anche presunzioni del giudice, si fondavano su un ragionamento logico o sull'esperienza e permettevano al giudice stesso di formulare le proprie conclusioni sulla base di indizi o circostanze di fatto presentate, comunque, dalle parti. Le seconde, al contrario, erano stabilite direttamente dalla legge e producevano determinati effetti giuridici indipendentemente dalla valutazione discrezionale di chi era incaricato di risolvere la controversia.

Il secondo criterio ripartiva invece le presunzioni in virtù della loro opponibilità: da un lato, quelle che influenzavano la decisione solo in assenza di una prova contraria fornita dalla parte interessata - categoria che ricomprendeva sia le *praesumptiones hominis* sia le *praesumptiones iuris tantum* - e, dall'altro, quelle che escludevano qualsiasi possibilità di smentita, imponendo al giudice una decisione automatica, ossia la *praesumptio iuris et de iure*<sup>9</sup>.

## 2. *Alle origini del Tractatus di Alciato*

Come noto, il rinnovamento negli studi giuridici agli albori del XVI sec., sospinto dall'affermarsi di un nuovo indirizzo culturale, l'Umanesimo, che ebbe origine nelle lettere e nelle arti, ma in breve si irradiò anche nel diritto, produsse effetti rilevanti nell'approccio al *Corpus iuris civilis*. Avvalendosi dei più attuali

<sup>8</sup> Ivi, pp. 75-106. In ms Vaticano BAV Pal. Lat. 624, 38v si fa riferimento anche a una *praesumptio naturae* vicino alla *praesumptio necessaria*.

<sup>9</sup> A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, cit., e cfr. M. Rossi Doria, "Ubi proceditur ex praesumptionibus minuitur poena". *Qualità della prova e quantità della pena secondo la dottrina Innocentii*, in *Italian Review of Legal History*, 2021, pp. 1-29.

strumenti filologici sviluppati per recuperare la purezza delle fonti classiche greche e latine, una nuova generazione di giuristi promosse, alle soglie del Cinquecento, un metodo di studio basato sul confronto diretto con le opere di diritto dell'antichità e su una loro rilettura depurata dalle interpretazioni medievali, giudicate eccessivamente scolastiche e distanti dal contesto autentico. Un processo che si compì attraverso il riconoscimento di una maggiore attenzione alla dimensione storica della norma, la quale, a ben vedere, non potendo essere trattata alla stregua di un principio immutabile, andava piuttosto compresa alla luce del retroterra sociale<sup>10</sup>.

In questo quadro si inserisce l'attività di Andrea Alciato, nato a Milano nel fatidico anno 1492 e fondatore della Scuola Culta. Fu tra i primi maestri della *scientia iuris* ad accogliere con entusiasmo le innovazioni umanistiche: dopo aver appreso le tecniche esegetiche alle lezioni di Aulo Giano Parrasio (1470 – 1521), le mise a frutto in un'operazione di ricostruzione del *ius civile* secondo una prospettiva storica<sup>11</sup>. Il suo originale approccio suscitò un vivo interesse in Francia, dove il diritto romano, meno radicato che in Italia, era percepito dalle autorità come un prodotto del vicino Impero, quindi come una potenziale minaccia all'autonomia del regno. Anzi, proprio la volontà della monarchia francese di affrancarsi da qualsiasi ingerenza imperiale produsse un clima di favore verso quanti avessero rivolto critiche al sistema del diritto comune e, per logica conseguenza, alla pretesa universalità del diritto romano. Non è quindi un caso il fatto che gran parte della produzione scientifica di Alciato sia relativa agli anni in cui ottenne cattedre nelle università d'Oltralpe e che qui egli abbia sviluppato compiutamente il nuovo metodo di studio del *ius civile*, destinato a fare scuola: il *mos gallicus iura docendi et discendi*<sup>12</sup>. È ormai ampiamente riconosciuto, tuttavia, che il giurista lombardo non abbia mai adottato il *mos gallicus* nella lunga esperienza da docente. Al contrario, si avvalese sempre del modello *bartolista*,

<sup>10</sup> D. Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1956, p. 206 ss.; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. Il basso medioevo*, vol. II, Roma 1995, p. 453 ss.; N. Sarti, *Il Medioevo dei diritti*, in P. Alvazzi del Frate, M. Cavina, R. Ferrante, N. Sarti, S. Solimano, G. Speciale, E. Tavilla (curr.), *I tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2018, p. 53 ss.; I. Birocchi, *Mos Italicus e Mos Gallicus*, in *Enciclopedia italiana. Appendice ottava. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. Diritto*, vol. VIII, Roma 2012, pp. 94-101.

<sup>11</sup> Sull'importanza della storia in Alciato e nei giuristi umanisti si veda G. Rossi, *L'encomium historiae (1517) di Andrea Alciato: lo studio della storia antica e la nascita dell'umanesimo giuridico*, in L. Secchi Tarugi (cur.), *Antico e moderno: sincretismi, incontri e scontri culturali nel Rinascimento*, Firenze 2020, vol. 174, pp. 265–284.

<sup>12</sup> A. Belloni, E. Cortese, *Alciato (Alciati), Andrea*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, vol. II., Bologna, 2013, pp. 29-32; R. Abbondanza, *Alciato (alciati), Andrea*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. II, Roma 1960, *ad vocem*.

principalmente per due motivi. In primo luogo, perché era consapevole della necessità di fornire agli allievi strumenti concreti per la pratica giuridica quotidiana: il suo obiettivo non era quello di plasmare filologi, ma, piuttosto, competenti giuristi, capaci di applicare efficacemente il diritto. In secondo luogo, perché il contesto accademico francese dell'epoca era caratterizzato da un livello culturale ancora arretrato negli studi umanistici, e in particolare nella conoscenza delle lingue classiche. Persino tra gli stessi *doctores legum*, la padronanza del latino era spesso incerta, mentre il greco pressoché ignorato. Di conseguenza, la maggior parte degli studenti non disponeva delle competenze basilari per affrontare un'analisi storico-filologica dei manoscritti giustiniani. Si può, tuttavia, immaginare che il giureconsulto lombardo abbia istruito in tale pratica, privatamente, alcuni selezionati allievi disposti a impegnarsi con lui al di fuori dell'orario delle lezioni<sup>13</sup>.

La storiografia più recente ha teso a enfatizzare la contrapposizione tra *mos italicus* e *mos gallicus*, spesso arrivando a esasperarla. Come ha osservato Italo Birocchi, il diverso approccio allo studio dei testi di diritto adottato dalle due scuole è stato letto, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, non soltanto quale espressione di differenti tecniche di indagine giuridica, ma anche come manifestazione di un radicale e insanabile dualismo tra i protagonisti delle rispettive tradizioni, italiana e francese<sup>14</sup>. In questa prospettiva, Alciato, fondatore ed eminente rappresentante della scuola Culta, appariva quindi come l'antagonista ideale di Bartolo e del suo modo di concepire e praticare il *ius civile*. Tuttavia, un attento esame delle posizioni del giurista lombardo in tema di presunzione rivela quanto questa dicotomia sia più apparente che reale. Lungi dal segnare una frattura rispetto all'insegnamento dei commentatori bassomedievali italiani, le idee di Alciato in materia testimoniano, al contrario, una profonda continuità, evidenziata soprattutto dai frequenti richiami alle figure di Bartolo e Baldo.

Venendo dunque all'argomento di quest'articolo, si procederà a presentare alcuni caratteri di un'opera che, all'interno del *corpus* alciato, è stata oggetto sinora di un'attenzione relativa da parte della storiografia: il *Tractatus de praesumptionibus*. Per cominciare, un ostacolo è rappresentato dalla corretta ricostruzione della sua genesi. La prima edizione, nella forma di commento al titolo *de praesumptionibus* delle Decretali di Gregorio IX, risale al 1538 a Lione e fu curata

<sup>13</sup> Si vedano sul punto: A. Belloni, *L'insegnamento giuridico in Italia e in Francia nei primi decenni del Cinquecento e l'emigrazione di Andrea Alciato*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni. Strutture, Organizzazione, Funzionamento* (Atti di un Convegno, Milazzo 1993), Soveria Mannelli 1995, pp. 137-158; D. Bianchi, *Vita di Andrea Alciato*, in *Bollettino della società pavese di storia patria*, 1912, n. II, pp. 133-214.

<sup>14</sup> I. Birocchi, *Mos Italicus e Mos Gallicus*, cit., pp. 94-101.

dal giurista francese Nicola Arelatani (Nicola d'Arles o Jean Nicolas di Arles), autore a sua volta delle *additiones* di cui sarebbe stato corredato il testo nella successiva pubblicazione avvenuta all'indomani della morte di Alciato stesso, nel 1551. In effetti, è solo in quest'ultima versione che compare il titolo di *Tractatus*<sup>15</sup>.

Quanto invece agli anni di stesura, come evidenziato da Roberto Abbondanza, l'opera sarebbe stata completata tra il 1519 e il 1520, un periodo particolarmente fecondo da un punto di vista scientifico per il giurista milanese. Nel 1519, egli conseguì dapprima la cattedra universitaria ad Avignone, dove tenne lezioni sul titolo *de verborum obligationibus* (D. 45.1), stampate a Lione al termine dell'anno accademico; poi, a Milano, fu pubblicata una sua *Repetitio* canonistica, probabilmente frutto di un corso straordinario tenuto durante l'insegnamento nella città papale. Nel 1520, invece, videro la luce i commenti al titolo *de vulgari et pupillari substitutione* (D. 28.6) e, per l'appunto, al titolo *de praesumptionibus* delle Decretali (X 2.23)<sup>16</sup>. Conformemente alla datazione fornita da Abbondanza, non sembra azzardato supporre che l'interesse manifestato dal *doctor legum* milanese per la materia della presunzione sia stato, almeno in parte, stimolato dalla circolazione in Francia degli scritti di un celebre vescovo italiano, Felino Maria Sandei (1444 - 1503)<sup>17</sup>. Infatti, nell'analisi in particolare della *praesumptio iuris et de iure*, Alciato discute di otto limiti processuali che osterebbero all'operatività della presunzione assoluta, richiamando esplicitamente, per i primi cinque, l'autorità di Sandei. Fine canonista, Sandei fu autore di pregevoli lezioni su alcuni titoli delle Decretali, tra le quali merita di essere ricordata la *Lectura super tit. de probationibus, de testibus, de testibus cogendis et de praesumptionibus*, confluita, assieme ad altre, nei *ad V librum Decretalium commentaria*, editi in tre volumi a Venezia tra il 1497 e il 1499. Di quest'ultima, in seguito, fu realizzata una ristampa a Lione, proprio agli inizi del 1519. Ammesso e non concesso che Alciato avesse avuto già prima di tale momento familiarità con la produzione di Sandei, risulta difficile ignorare la coincidenza temporale tra la ristampa lionese del Commentario del vescovo e canonista italiano (inizi 1519), la presenza di Alciato ad Avignone in qualità di insegnante (1519) e lo sviluppo, infine, del suo commento al titolo *de praesumptionibus* delle Decretali (fine 1519/inizio 1520), pubblicato più tardi sempre a Lione (1538).

<sup>15</sup> Nel testo si prenderanno in esame brani ripresi da A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, Coloniae Agrippinae, apud Ionnem Gymnicum, 1580.

<sup>16</sup> R. Abbondanza, *Alciato (alciati), Andrea*, in *Dizionario biografico degli italiani*, cit., *ad vocem*.

<sup>17</sup> Per informazioni biografiche sul canonista si veda - oltre alla risalente voce di E. Albertario, *Sandeo, Felino Maria*, in *Enciclopedia italiana*, vol. VII, 1936, *ad vocem*; M. Montorzi, *Sandeo, Felino*, in I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, vol. II., Bologna, 2013, pp. 1781-1783.

Il *Tractatus*, secondo la dichiarazione dello stesso autore nell'*incipit*, si struttura in tre parti: la prima è incentrata sul delicato rapporto tra finzione e presunzione; la seconda è dedicata all'esame della *praesumptio iuris et de iure*; la terza, infine, è diretta ad analizzare la *praesumptio iuris tantum* che, nella partizione adottata dall'autore, occupa la porzione più ampia del lavoro<sup>18</sup>. In effetti, più che un trattato sulla presunzione in generale, esso sembra presentarsi quale attenta disamina della tipologia di presunzione cosiddetta relativa (*iuris tantum*). Delle 584 pagine di cui si compone l'edizione pubblicata dalla casa editrice di Iohann Gymnich nel 1580 a Colonia, ben 556 sono dedicate, infatti, a tale peculiare *species* di cui Alciato cerca di individuare ogni possibile forma nel diritto.

Nelle pagine che seguiranno si cercherà di dare conto di tutti e tre gli aspetti presi in esame dal giurista milanese, dedicando maggiore cura e attenzione ai primi due: la relazione tra finzione e presunzione di cui si intende evidenziare le implicazioni teoriche e pratiche per la costruzione delle prove e la deduzione giuridica; e la presunzione assoluta, quale strumento in grado di costruire una verità di diritto che non ammette contraddizione, di cui Alciato discute a fondo, delineandone le caratteristiche, l'impatto nella risoluzione dei casi concreti e, infine, gli eventuali limiti d'applicazione.

Quanto invece all'ultima tipologia di presunzione affrontata nella terza parte, ovvero la *praesumptio iuris tantum*, un'analisi dettagliata richiederebbe una discussione ben più estesa dei necessari limiti di questo contributo. Tuttavia, al fine di fornire al lettore una prima conoscenza del pensiero alciato sul argomento, si presenterà, comunque, una breve illustrazione di questa figura, in modo da consentire una comprensione complessiva della sua rilevanza e del suo impiego, rinviando ad altra sede l'esame approfondito che certamente meriterebbe. Particolare attenzione sarà rivolta al vivace e costante confronto che il giurista milanese intrattiene nel *Tractatus* con i canonisti, di cui si esploreranno le dinamiche nei prossimi paragrafi.

### 3. Tra finzione e presunzione: scorcio sul pensiero alciato

Nell'*incipit* del testo, il maestro lombardo mette anzitutto in luce l'eccezionale rilevanza pratica dell'argomento e ne sottolinea al contempo l'intrinseca complessità, che non solo rende la materia di difficile svolgimento, ma rappresenta anche una sfida intellettuale per l'intera comunità giuridica:

---

<sup>18</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., pp. 1-9 per il primo tema; 10-28 per il secondo tema; 29-584 per il terzo argomento.



Materia, quam aggressuri sumus, valde utilis est et quotidiana in practica, sed confusa inextricabilis fere: comminisque est et Iureconsultis et Rhetoribus in genere iudiciali. Et pro meliori ordine dividemus ea in tre partes: et primus videbimus de fictione; secundo de praesumptione iuris et de iure; tertio latissime tractabimus de praesumptione iuris: ubi gratia compendiotioris doctrinae dabimus tres regulas, ex quibus consequentur variae praesumptionum species, aut rectius varii casus, qui ex praesumptione iuris resultant, quos sigillatim in sua quaque regula enumerabimus [...]<sup>19</sup>.

È senza dubbio singolare la decisione di Alciato di introdurre il tema affrontando la distinzione tra *praesumptio* e *factio*, una questione che nei secoli precedenti aveva animato il dibattito dottrinale, ma che, al suo tempo, doveva apparire definitivamente risolta. Si allude, in sostanza, alla relazione di *genus a species* che alcuni importanti civilisti, tra il XII e il XIII secolo, riconobbero esistente tra finzione e presunzione. Un tale giudizio discendeva da una constatazione fattuale quantomai evidente: *factio* e *praesumptio*, nella forma *iuris et de iure*, ossia nel grado massimo di espressione della presunzione, impongono una verità legale che non può essere mai smentita da prove contrarie. Ciò aveva pertanto condotto Pillio da Medicina, e poco dopo Giovanni Bassiano, a ritenere la presunzione assoluta una naturale appendice della finzione. Se le conseguenze giuridiche sono identiche, allora si ha a che fare con lo stesso mezzo.

Pillio (ante 1169 – post 1208) espose questa conclusione nel primo libro del *Libellus Disputatorius*, dove, riprendendo la bipartizione, già delineata dal Piacentino, tra *praesumptio facti*, cioè del giudice, e *praesumptio iuris*, fissata dalla legge, suddivise ulteriormente quest'ultima in presunzione relativa, superabile con controprove, e presunzione assoluta, che riconosce una realtà giuridica incontestabile. Attratto, dunque, dalla capacità della *praesumptio iuris et de iure* di costruire una verità immodificabile, più solida persino di un'evidenza contraria, individuò ben nove ipotesi nel *Corpus Iuris civilis* in cui la presunzione non poteva essere mai smentita. Tra queste, la celebre disposizione di Giustiniano secondo cui, se uno schiavo fosse stato nominato erede nel testamento del padrone, si sarebbe dovuto sempre presumere (*iuris et de iure*) che fosse stato manomesso, anche in assenza di un atto formale di affrancazione. Così statuendo, il legislatore escludeva ogni possibilità di dimostrare il contrario, ponendo la presunzione su un piano di absolutezza tipico, agli occhi di Pillio, delle *fictiones iuris*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Ivi, p. 2.

<sup>20</sup> Meyer-Nelthropp, *Libellus Pylei disputatorius*, cit., p. 443 (ms Österreichische Nationalbibliothek, Wien 2157, 67rb): «[...] Exposuimus supra de presumptionibus secundum factorum varietates. Sed quia sicut contra veritatem presumitur, ita et fingitur, de iuris fictionibus disseramus [...]». Come evidenzia Sara Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, Macerata 2023, p. 274, oltre al dato testuale, che sarebbe sufficiente a dimostrare la

La scuola di Giovanni Bassiano pervenne a conclusioni analoghe qualche tempo dopo. Nell'*Ordo Sapientiam affectant omnes*, un testo che riflette l'insegnamento bassiano e che, pur essendo stato erroneamente attribuito ad Azzone, si ritiene più verosimilmente di paternità di Pierre Peverel, si denunciava l'uso disinvolto della menzogna nei processi dell'epoca e si indicava nelle presunzioni un mezzo per colmare i vuoti di certezza probatoria. In particolare, Peverel distingueva le presunzioni che potessero essere confutate da quelle, *iuris et de iure*, che si affermavano come finzioni giuridiche, escludendo ogni prova contraria. A sostegno della sua tesi, richiamava tre esempi tratti dal *Corpus Iuris Civilis*, tra cui un parere di Ulpiano secondo il quale un tutore che non avesse redatto l'inventario degli averi del suo assistito si sarebbe dovuto presumere *ipso facto* in dolo, senza possibilità di confutazione. In questo contesto, il verbo  *fingere*  viene utilizzato come sinonimo di *praesumere*, confermando l'assimilazione concettuale tra i due strumenti<sup>21</sup>.

Tuttavia, tra la fine del XIII e l'inizio del XIV secolo, si assistette a una netta inversione di tendenza. Alberto Gandino iniziò a distinguere i due concetti. Nel suo *Tractatus de maleficiis* chiarì che la presunzione si basava su un fatto incerto e si fondava, quindi, su congetture, mentre la finzione, viceversa, su un fatto certo e conosciuto, volontariamente ignorato dal legislatore<sup>22</sup>. Questa precisazione, sebbene ancora embrionale, segnò comunque un primo passo verso la separazione definitiva tra i due strumenti. In sostanza, *fictio* e *praesumptio*, i cui destini

---

confusione tra finzione e presunzioni assoluta, vi sono altre considerazioni che conducono a questa conclusione: «[...] in primo luogo il fatto che la lunghissima classificazione delle finzioni è posta da Pillio nel primo libro del *Libellus*, espressamente dedicato alle presunzioni; le *fictiones iuris* concludono infatti il primo libro, trovandosi però ancora al suo interno, non nel successivo. Il secondo elemento è l'assimilazione della funzione della finzione a quella della presunzione, che Pillio teorizza alla fine del lungo elenco delle finzioni, quando si chiede: “ma infine, quando è opportuno ricorrere alle finzioni o alle presunzioni? Rispondo: in caso di dubbio [...]; non è opportuno ricorrervi in presenza di congetture certe, perché le cose certe non vanno abbandonate per rivolgersi alle incerte” [...].»

<sup>21</sup> Chris Coppens (cur.), *Ordo iudicarius 'Sapientiam'*, in C.H. Van Rhee, F. Stevens, E. Persoons, *Voortschrijdend procesrecht: Een historische verkenning*, Leuven 2001, Appendix III: «[...] Tutor qui non facit inventarium dolo fecisse videtur, id est fingitur, ut etiam probatio in contrarium non admittatur, ut ff. De administratione tutorum uel curatorum, Qui falsus [...]». Il caso è esaminato in Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, cit., p. 278.

<sup>22</sup> Si vedano: A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni.*, cit., pp. 75-106; S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, cit., p. 270 ss.; A. Gandino, *De Maleficiis*, in *Tractatus diversi super maleficiis*, Haeredes Iacobi Iuntae, Lione 1555, p. 59: «Item differentiam est inter praesumptionem et fictionem: praesumptio est super incertis, et sic coniecturis opus est; [...] fictio est super certis, ut quando ius sit unum esset et fingit aliud [...].»

si erano intrecciati dalla seconda metà del XII sec. e per larga parte del XIII sec., cessarono di essere considerati unitamente.

Pertanto, tornando al testo, Alciato osserva:

Primo ergo videndum est, quid sit fictio. [...] Unde tu ita definias: Fictio est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio. [...] Dicitur enim dispositio legis, quae verba important genus: nam fictio ab homine induci non potest. [...] <sup>23</sup>.

Acquisito dunque che la finzione può essere introdotta soltanto per il tramite della legge, elemento che serve a sottrarre al privato un tale potere di creazione, o meglio di rimodellamento della realtà, il giurista milanese procede immediatamente a sottolinearne i caratteri fondamentali: l'*adversus veritatem* e l'*in re possibili*. Due presupposti essenziali la cui enucleazione è propedeutica alla successiva e immediata descrizione della differenza con la presunzione:

Proprium vero, et differentiae comprehenduntur in istis verbis sequentibus. Adversus veritatem in re possibili. Nam, cum fictio sit adversus veritatem, in hoc distat a praesumptione, quae fundatur in veritate, quia lex ita praesumit. Et propterea contra fictionem legis non admittitur aliqua probatio quod veritas aliter se habeat, ex quo proprie illa inducitur contra veritatem, ut est gl. c. 2 de arbit., in sexto, per Felyn. in c. Quanto, de praesumptionib. (Sandeï, Commentaria, lib. V, parte II, titolo XXIII, capitolo VIII). Quod autem subsit, in re possibili, dictum est, quia lex non fingit impossibilia secundum naturam <sup>24</sup>.

Alciato recepisce dunque le tesi elaborate a partire da Gandino, che hanno progressivamente contribuito alla differenziazione tra presunzione e finzione. La prima si radica in una verità incerta, mentre la seconda si configura come un artificio giuridico in opposizione al mondo fattuale. In altri termini, se la finzione opera negando un fatto certo la cui riconosciuta esistenza comporterebbe l'applicazione di una norma percepita come iniqua nel caso concreto (*ideo cessante aequitate, cessat fictio*<sup>25</sup>) la presunzione, al contrario, interviene per integrare un dato incerto attraverso una valutazione che, a seconda del grado di verosimiglianza, può essere negata mediante prova contraria. Il *discrimen* tra i due strumenti risiede, dunque, nel concetto di certezza. Lo coglie chiaramente Jean

<sup>23</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., pp. 2-3.

<sup>24</sup> Ivi, p. 3.

<sup>25</sup> Un principio stabilito da Bartolo da Sassoferrato, *In primam Digesti Veteris partem*, citato in Todescan, *Diritto e realtà*, cit., p. 122.

Nicolas di Arles, autore delle menzionate *additiones* destinate a circolare con lo stesso *Tractatus de praesumptionibus*<sup>26</sup>.

#### 4. *La presunzione iuris et de iure*

Chiarita la differenza tra presunzione e finzione, Alciato passa in rassegna la presunzione *iuris et de iure*, muovendo direttamente dall'etimologia della parola *praesumptio*:

Videndum est nunc de praesumptione iuris et de iure. Sed prius necesse est, ut aliqua attingamus circa significatione istius vocaboli, Praesumere. Et ita dicitur, quia lex antequam aliter constet, et absque aliis probationibus, habet aliquid pro vero, ex praepositione «Prae» et verbo «Sumere». Et ista est propria et elengans significatio istius verbi, secundum quam reperitur in Digestis et aliis antiquis autoribus. Sed in iuribus recentioribus accipitur etiam praesumere, ut significet aliquid sine auctoritate superioris praesumptuose agere, ut hic dicit Felin in c. Iudaei, supra de testib. (Commentaria, libro V, titolo XX, capitolo XXI) cum concord<sup>27</sup>.

Il giureconsulto lombardo osserva perciò che, ai suoi giorni, presumere si connota per due diversi significati. Il primo, ripreso direttamente dagli autori antichi e dal Digesto, indica il considerare giuridicamente vero qualcosa senza il bisogno di ulteriori prove a sostegno. Il secondo, invece, diffuso tra gli studiosi contemporanei, si riferisce all'agire con protervia in assenza di legittimazione. Per logica conseguenza, in questa seconda accezione, non è possibile usare il verbo presumere, se si agisce in nome di qualcun altro<sup>28</sup>. Tuttavia, Alciato ritiene che l'opinione più corretta sia esattamente l'opposta: si deve considerare *praesumptuosus* chi adotti un determinato comportamento sotto l'altrui autorità, qualora esso sia illecito, cioè contrario alla legge, come nel caso del divieto per una comunità di invadere i beni ecclesiastici senza averne diritto, che

<sup>26</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., p. 8: «ADDITIO: Praesumit: ideo super falso et certo fingitur, sed super incerto et vero praesumitur».

<sup>27</sup> Ivi, p. 12.

<sup>28</sup> *Ibid.*: «Et inde refert Abb. (Panormitano) in cap. Decernimus, col. 25, de Iudiciis (X 2.1.2) ad statutum, ne quis praesumat tale quid facere; nam non comprehendit eum, qui agit nomine alieno. Et cum Abb. hic transeunt Doctores. Sed tu adverte, quia contraria opinio videtur verior, et sic, quod etiam comprehendatur agens alieno nomine, quando actus est de se illicitus, et probatur in Authentica Item nulla communitas et ibi glossa Codicis de Episcopis et Clericis (C. 1.3), ubi textus prohibens ne aliqua communitas bona ecclesiastica invadere praesumat, habeat locum etiam in eo, qui nomine communitatis invadit, puta officiali vel quolibet alio».

si estende anche a chi compie l'atto per conto della comunità stessa<sup>29</sup>. Il motivo per l'autore è che a rilevare in simili situazioni non è la mancanza di un'autorizzazione, ma piuttosto il carattere temerario e presuntuoso, quindi *contra legem*, della condotta. E questo atteggiamento può essere proprio sia di chi agisce autonomamente sia di chi lo fa in nome di terzi.

Quanto, infine, alla posizione di alcuni giuristi che escludono di poter parlare di presunzione nei confronti di chi agisce per ignoranza, essa è respinta da Alciato. Si tratta di un'interpretazione sbagliata che non tiene conto di un principio cardine del diritto, ovvero l'inammissibilità dell'ignoranza della legge:

Sed tu sane intellige istam fallentiam: quia si lex prohibet aliquid fieri, non praesumitur ignorantia; nec adiuvat lex iuris ignorantiam<sup>30</sup>.

Egli prosegue poi il discorso, passando a descrivere la presunzione *iuris et de iure*.

Et sic dic eam posse ita definiri: est dispositio legis aliquid praesumetis, et super praesumpto tanquam sibi comperto statuentis. [...] Nam dicitur praesumptio iuris, quae a lege introducta. Et de iure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum ius, et habet eam pro veritate. Unde formatur conclusio quod contra talem praesumptionem non admittitur probatio in contrarium, l. Antiquæ, C. ad Velleianum (C. 4.29.23); l. fi. C. ad Macedonianum (C. 4.28.7); l. fin. C. arbitrium tutelæ (C. 5.51.13); l. A divo Pio, § Si pignora, ff. de re iudicata (D. 42.1.15.3). Et aliquos casus ponit Salic. in rubr. ff. de proba. et Spec. in tit. de praesumptio. §. 1. et ibi Ioan.<sup>31</sup>.

Quindi, l'espressione *iuris et de iure* starebbe a indicare, da un lato, l'origine della presunzione, ossia la legge, il solo mezzo a cui sia concesso di introdurne una; dall'altro, invece, la forza con cui la *praesumptio* si impone nel mondo giuridico. Una forza, peraltro, non assoluta, come spiega Alciato analizzando gli otto limiti che sull'argomento erano stati sviluppati in dottrina. È opportuno chiarire, prima di procedere alla loro esposizione, che si tratta in verità di limiti di carattere processuale, non sostanziale. Ciò che l'autore descrive sono situazioni

<sup>29</sup> Ivi, pp. 12-13: «Secundo probatur, quia nihil aliud est praesumptive agere, nisi temere et superbe, ut est glossa in § Sic itaque, in Authentica De Nuptiis (Nov. 22, c. 17, § Sic itaque). Et simpliciter dicitur praesumere, qui agit de facto, secundum glossam in cap. Iudaei. Quae omnia conveniunt etiam in eo, qui agit in nomine alieno: unde etiam vulgo dicimus eum praesumptuosum, qui sit temerarius; et secundum communem usum loquendi statuta sunt intelligenda, ut per Bartolum in l. Labeo, ff. de supellect (D. 33. 10); per Felinum supra, in proem. Greg. [...] Fallit, si iste non per dolum vel temeritatem ageret, sed per ignorantiam, secundum Card. in Clem. 1. in princ. in 3. quaest. de privilegiis et per Felinum hic».

<sup>30</sup> Ivi, p. 13.

<sup>31</sup> Ivi, pp. 13-14.

che possono verificarsi *apud iudicem* e che impedirebbero alla *praesumptio* di operare, pur ricorrendo tutti i requisiti formali richiesti dalla legge. Per cui, quando Alciato parla di ammissibilità della *probatio in contrarium*, si riferisce piuttosto alla facoltà delle parti di presentare in giudizio prove che osterebbero alla produzione di effetti da parte della presunzione stessa, e quindi alla sua capacità di creare una verità giuridica definitiva. E questo, è bene ribadirlo, non avviene attraverso una contestazione nel merito, ossia per il tramite dell'allegazione di fatti da opporre direttamente alla *praesumptio iuris et de iure* – che rappresenterebbe, in realtà, una palese violazione della natura di tale strumento –, bensì mediante la dimostrazione dell'esistenza di condizioni o comportamenti in grado di negarne l'applicabilità.

Nelle pagine successive verranno analizzati i limiti presi in considerazione dall'autore, alcuni dei quali sono da lui confermati, mentre altri respinti. Come già anticipato, per i primi cinque egli si affida, in maniera più o meno esplicita, alle riflessioni svolte da Felino Sandei nel libro V dei suoi *Commentaria*<sup>32</sup>.

Partendo, dunque, dal primo, il giurista milanese afferma che la regola di inammissibilità di una *probatio contraria* di una *presumptio iuris et de iure*:

ut non procedat in confessione partis, quia probatio per talem confessionem admittitur in contrarium, ut est glo. in auth. de aequal. dot. (Nov. 97), aliud est in l. in contractibus. in verbo, nullo modo, C. de non nume. pecu. (C. 4.30.14) cum concord. per Felyn. in c. quoniam contra, in 16 column. ver. fallit ergo quinto de probat. (Commentaria, libro V, titolo XIX capitolo XI) [...]. Et ratio est, quia licet lex prohibeat probationem in contrarium, non tamen intellegitur prohibere eam quae sit per confessionem partis, ex quo confessio non est proprie probatio, sed relevatio ab onere probandi l. eum qui, ff. De iureiu. (D. 12.2), per Io. And. et Dd. communiter in rubrica De probationibus. Sed pulchrum est videre in practica, quomodo debeat istud intelligi. Nam attenda ista ratione, sequeretur, quod si constaret de confessione, puta quia facta in iudicio, tunc procederet limitatio: alioquin si pars diceret, volo probare per testes qualiter tu confessus es extra iudicium, non deberet admitti, ex quo cesset ratio: quia hic non agitur de relevatione probationis. Imo omnino probandum est [...]<sup>33</sup>.

Dal passo emerge chiaramente che la «confessione» costituisce un primo importante freno all'impiego della presunzione assoluta intesa per l'appunto quale strumento idoneo a creare una realtà di diritto immodificabile. Trattandosi di un limite processuale, non deve sorprendere la puntualizzazione immediatamente successiva che non ogni *confessio* può derogare al principio generale, ma soltanto quella resa in tribunale, davanti a un giudice, dalla parte nei cui confronti agisce la presunzione. Se la *ratio* di questa figura è infatti colmare

<sup>32</sup> Cfr. Sandei, *Commentaria*, cit., V, tit. XXIII, cap. VIII (*Quanto*).

<sup>33</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., pp. 14-15.

un'incertezza conoscitiva, la confessione in giudizio del soggetto che ne beneficia cancella il presupposto di partenza, facendo venir meno ogni valido motivo di un suo impiego<sup>34</sup>. Da qui, poi, l'ulteriore considerazione che la confessione stragiudiziale non rilevi perché andrebbe dimostrata *apud iudicem* con testimoni, violando, tuttavia, la regola di inammissibilità di *probatio contraria*.

Allo stesso ragionamento sembra connesso anche il quarto limite degli otto sopra menzionati: il «fatto notorio». Scrive Alciato:

Quarto limitatur, nisi contra talem praesumptionem esset notorium, ut per Rom. cons. 350. in 8. col. cum concord. per Felyn. in d. c. Quanto. Et facit, quia sublata qualibet probatione in contrarium, nunquam tamen censetur illa prohibita quae fit per evidentiam rei, ut dicit Bal. in l. contra negantem, in fin. C. ad l. Aquil. et in rubr. C. de probat., cum similibus. Intellige tamen supradictam limitationem, quando notorium ipsum allegaretur in actis: alias nihil iuvaret [...]<sup>35</sup>.

Analogamente alla confessione, anche l'esistenza di un evento universalmente conosciuto può impedire l'applicazione di una presunzione assoluta in processo, purché la sua notorietà sia allegata negli atti dalla parte che intende servirsene. Se l'obiettivo generale, come detto, è sempre quello di riempire una lacuna, questa necessità verrebbe meno in presenza di un fatto che non ha bisogno di prove per essere dimostrato e che aggiunge l'anello mancante alla catena di eventi da ricostruire. D'altronde, la semplice notorietà non è condizione sufficiente affinché una situazione possa essere addotta *contra talem praesumptionem*, ma è richiesto che risulti sempre dagli atti di parte. Segno, quindi, che non è concesso alcun potere *ex officio* al collegio giudicante, il quale, pur essendo al corrente della circostanza, si troverebbe nell'impossibilità di intervenire.

Non solo, Alciato evidenzia anche che non tutti i fatti notori possono produrre un simile effetto:

Item, intellige procedere in notorio facti permanentis, ut loquitur Rom. in d. consil. 350; alias, ex quo notorium non est facti remanentis, deberet probari, iuxta not. in c. vestra de cohab. cler. (X 3.2.10) unde tunc limitatio non procederet, ex quo lex reicit probationem a tali praesumptione [...]<sup>36</sup>.

Si ripropone, perciò, una dicotomia fondata sulla natura del fatto: qualora esso presenti carattere di permanenza, troverà applicazione la limitazione della regola cui fa riferimento Alciato; diversamente, prevarrà la presunzione. Il

<sup>34</sup> Ivi, p. 15: «Et pro ista declaratione facit, quia ideo admittitur probatio per confessionem, propter maiorem certitudinem, qua in se habet secundum Aretin. et Moder. in rubrica De probationibus».

<sup>35</sup> Ivi, p. 22.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

giurista lombardo lo illustra attraverso un esempio particolarmente incisivo. Nel diritto medievale, la sentenza conferisce notorietà a una determinata situazione, ma tale notorietà si fonda su una presunzione *iuris et de iure*, ossia su un assunto incontrovertibile, che la ricostruzione giudiziale sia corretta. Nondimeno, quando la notorietà derivi da un fatto oggettivamente evidente, radicato cioè nella realtà naturale, essa deve prevalere su ogni altra valutazione, inclusa la pronuncia giudiziale, a meno che il fatto in questione non abbia carattere transitorio. Allora, si renderebbe necessaria la prova testimoniale, la quale trova ragione, a sua volta, nella *praesumptio (iuris tantum)* che i testimoni riferiscano il vero. Operando un semplice bilanciamento che tenga conto dei caratteri delle due tipologie di presunzioni, risulta evidente come quest'ultima non possa mai prevalere sulla prima, cioè su quella *iuris et de iure*<sup>37</sup>.

Un altro limite, caratterizzato come secondo nella trattazione alciatea, si manifesta nella possibilità di fornire una prova contraria se la parte che subisce gli effetti negativi della presunzione non vi si oppone. In particolare, qualora la sentenza pronunciata sul caso sia già passata in giudicato e la parte soccombente riesca, però, a dimostrarne l'ingiustizia, si ammette la possibilità di revocare il provvedimento già emesso.

Secundo limitatur praedicta conclusio, ut, parte non opponente, admittatur probatio contra talem praesumptionem: et propterea, si sententia transierit in iudicatum, et pars non opponente, victus, probaverit de eius iniustitia, tunc prior sententia retractabitur, secundum Inno. in c. fraternitatis, extra de frig. et malef. et Dd. inc. cum dilecta, supra de rescri., cum concor. per Felin. in d. c. quanto [...]»<sup>38</sup>.

Il principio è esposto nel testo con il riferimento a pareri di diversi *doctores legum*, i quali riconoscono che, in determinate circostanze, il diritto di contestare una presunzione assoluta può riemergere qualora il soggetto interessato non abbia inizialmente sollevato eccezioni al suo impiego. Scrive Alciato:

Et est ratio, secundum Card. Alex., in d. c. Is qui fidem (X 4.1.30), quia cum praesumptio ista sit introducta propter dubietatem, et in hoc differt a fictione, quae inducitur super casu claro: si facta sit probatio, debet cessare talis praesumptio, quae ratio si vera est, est valde notabilis: quia sequeretur, quod ante perfectam probationem posset ille qui obtinuit, excipere, et prohibere, ne ulterius probationes

<sup>37</sup> Ivi, pp. 22-23: «[...] Et facit ratio: nam sententia facit notorium, cap. fin. extra, de cohab. cler., notatur in c. cum olim, de verbor. signific., quod notorium est praesumptionis. Inde si detur notorium veritatis, illud praevallet. Sed istud notorium veritatis non potest procedere in notorio facti transeuntis, quia in eo requiritur probatio per testes, quae fundatur in praesumptionibus: merito ergo prior praesumptio, tanquam efficacior, debet praevalere [...]».

<sup>38</sup> Ivi, p. 17.



aliquo modo fierent, ex quo adhuc non est casus clarus, per quem debeat tolli talis praesumptio [...]<sup>39</sup>.

La distinzione tra presunzione e finzione risulta, dunque, cruciale ai fini dell'individuazione di questo limite: mentre, come si è già visto, una *fictio iuris* stabilisce un dato giuridico indipendentemente dalla realtà, una *praesumptio*, anche nella forma *iuris et de iure*, poggia sempre su un'incertezza iniziale. Si presume che un certo fatto sia vero perché nella maggior parte dei casi lo è, ma se emerge una prova che dimostra il contrario, allora è doveroso rivedere l'applicazione della presunzione per non rischiare di cristallizzare situazioni di ingiustizia. In altri termini, la presunzione assoluta, che pure avrebbe il compito di costruire una verità immutabile, non deve diventare uno strumento per consolidare vantaggi ingiusti: se una prova contraria è possibile, allora deve essere ammessa, persino in presenza di sentenza passata in giudicato. O almeno, questo è quanto pensa il cardinale Giovanni Antonio Sangiorgi (1443/1444 – 1509), celebre canonista italiano spesso citato nelle fonti come *Cardinalis Alexandrinus* per via della carica di vescovo di Alessandria che ricoprì a partire dal 1478<sup>40</sup>.

Alciato, invece, non appare affatto convinto dalla suddetta opinione, pur autorevole. Sostiene, in realtà, che la questione sia ben diversa da come viene posta perché ciò di cui si deve tener conto è il comportamento processuale delle parti:

Sed ego non puto istam rationem veram: unde dic, ratio est, quia pars quae non opposuit, videtur renunciare favori suo, et tacite consentire<sup>41</sup>.

Introduce, quindi, il concetto di «rinuncia tacita», legato all'idea che l'inerzia della parte di fronte a una presunzione equivalga a un'accettazione implicita della sua applicazione. Detto altrimenti, se una persona non ha eccepito nulla in giudizio, ciò deve essere interpretato come una rinuncia del proprio diritto di addurre prova contraria. Ne consegue che la possibilità di contestare la presunzione non dipende dalla disponibilità di nuove prove, bensì dalla tempestività dell'opposizione.

Da qui scaturisce la critica esplicita nei confronti degli altri *doctores legum* che, al contrario, affermano indiscriminatamente l'esistenza di tale limite. Ad avviso di Alciato, tale impostazione si scontra con la natura stessa della presunzione assoluta, la quale per definizione non ammette prova contraria una volta intervenuto l'accertamento giudiziale. Si tratta di un principio così profondamente

<sup>39</sup> Ivi, pp. 17-18.

<sup>40</sup> A. Bartocci, *Sangiorgi, Giovanni Antonio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XC, Roma 2017, *ad vocem*.

<sup>41</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., p. 18.

radicato nell'ordinamento giuridico da costituire un *articulus iuris*, un elemento imprescindibile del diritto. Tuttavia, questa prospettiva non sembra preoccupare quei giuristi che, al contrario, ritengono nullo il processo qualora sussista un fatto notorio, conosciuto anche dal giudice, che la parte pregiudicata dalla presunzione abbia ommesso di eccepire. In tal caso, si configurerebbe un obbligo in capo al magistrato di intervento a tutela della verità<sup>42</sup>. L'obiezione di Alciato a tale replica si innesta su una distinzione cruciale, e sorprendentemente attuale, tra il diritto penale e quello civile. Nel primo, infatti, l'accertamento dei fatti non è affidato esclusivamente all'iniziativa delle parti, ma può essere autonomamente perseguito dal giudice in virtù della sua funzione pubblica di garante della giustizia. Una logica, però, che non può estendersi anche al secondo ambito, dove vige il principio cardine della disponibilità delle prove, in virtù del quale spetta ai litiganti l'onere di introdurle nel dibattimento. Di conseguenza, il giudice non può intervenire d'ufficio per supplire all'inerzia della parte poiché contrasterebbe con i fondamenti del processo civile, in cui la volontà dei soggetti coinvolti assume un ruolo determinante<sup>43</sup>.

Passando ora al terzo limite, si tratta della possibilità di addurre «prova indiretta» contro la presunzione *iuris et de iure*:

Tertio limitatur supradicta regula, ut non procedat quando probatio contra talem praesumptionem fieret per indirectum, ut est glo. in Clem. I, in verb. fecisse narramus, de proba. et Alex. in d. l. a divo Pio, si pignora, et per Fely. in d. c. quanto. Et adde quod ratio est, quia cum lex requirat certas qualitates in actu in quo inducit talem praesumptionem, semper admittuntur probationes, quod quis non sit in tali casu, vel non concurrat aliqua ex requisitis qualitatibus [...]<sup>44</sup>.

La definizione della prova come «indiretta» va intesa nell'ottica alciatea di sottolineare come ogni limitazione individuata abbia un rilievo esclusivamente

<sup>42</sup> Ivi, pp. 18-19: «[...] Contra supradictam limitationem, quam Dd. indistincte approbant, obstat duo. Primum est, quia cum regula sit, et probatio non admittatur contra talem praesumptionem: et iste fit articulus iuris, et consequentia notoria. Cum quidam § suum, ff. de adquir. haered. (D. 29.2) per Bald. in l. cum proponas. C. de reb. cred. (C. 4.1.6) cum concord. Sequitur, quod etiam parte non opponente, processum sit nullus: quia ubicumque constat iudici notorie de defensione partis, licet pars non opponat, processum est nullus [...].»

<sup>43</sup> Ivi, p. 19: «[...] Sed tu responde, quod istud procederet, si essemus in casu qui non dependeret a voluntate partis, prout sunt causae criminales, per Bar. [...] ff. ad Trebell. Sed in nostro casu est secus, ex quo pars non opponendo, videtur renunciare favori suo: qua renuntiatione stante, non est aliquod notorium quod possit suppleri per iudicem. Et propterea, sicut in notorio facti iudex non supplet, nisi sit a parte allegatum per Alex. in l. 1. C. ut quae desunt ad vocem, ita videretur dicendum in isto notorio iuris, cui pars per tacitum consensum potest renunciare [...].»

<sup>44</sup> Ivi, p. 20.

processuale, senza ripercussioni sul piano sostanziale. L'aggettivo, dunque, si riferisce alla modalità con cui essa contrasterebbe la presunzione: non nel contenuto, ma nella forma.

Per quanto riguarda la distinzione rispetto alla confessione e al fatto notorio (primo e quarto limite), essa risiede nella loro diversa funzione, cioè nella capacità di colmare le lacune probatorie: mentre la confessione e il fatto notorio sono in grado di fornire quel tassello mancante che consentirebbe di superare la verità presunta, la prova indiretta, al contrario, impedisce il ricorso alla *praesumptio iuris et de iure*, in ragione dell'assenza di una delle condizioni essenziali previste per legge. A tal proposito, nel testo vengono riportati due esempi illuminanti:

Et pro hoc facit quod notat Car. Alexand. in c. ad id extra de sponsal., ubi post Imol. et Dd. dicit, quod licet sit praesumptio iuris et de iure, quod si mulier contra matrimonium per metum diutius cum marito cohabitaverit, purgatus sit metus: tamen admittetur ad probandum etiam cohabitationem fuisse violentam: et sic haec praesumptio tolletur per indirectum. Ad idem etiam facit, quia si detur possessio per tantum temporis, cuius initii memoria non sit in contrarium, praesumitur legitimus titulus, estque etiam praesumptio iuris et de iure, secundum Fely. in c. cum nobis, col. 3, de praescript. et tamen contra eam admittetur probatio indirecta, scilicet non esse lapsus tantum temporis, ut ibi dicitur [...]<sup>45</sup>.

Dunque, il primo caso riguarda la donna che abbia contratto matrimonio per timore, una condizione emotiva sufficiente a viziare il suo consenso e, quindi, l'intera unione dal punto di vista giuridico. Ad ovviare, però, a questa situazione era stata introdotta una presunzione assoluta per la quale, in caso di lunga convivenza familiare, l'iniziale timore della moglie si sarebbe considerato superato, salvo l'esistenza di circostanze ulteriori atte ad infirmarla. Ecco, allora, che in giudizio si sarebbe potuto contestare la ricostruzione della realtà giuridica determinata dalla *praesumptio* provando che la convivenza fosse stata violenta. Se infatti il tempo e la coabitazione stabile sono in grado di eliminare la costrizione originaria, trasformando il matrimonio in un'unione effettiva e consapevole, una convivenza all'insegna di abusi destituisce di ogni fondamento la *ratio* stessa della presunzione, poiché la donna non ha mai realmente acquisito la libertà di confermare il consenso inizialmente viziato.

Il secondo esempio addotto è, nella sua concisione, ancora più chiaro ed eloquente. Se non si conosce il titolo alla base del possesso di un bene e non vi siano, per questo motivo, controversie, esso può essere presunto legittimo qualora sia trascorso un certo periodo, a patto che non si provi che il tempo occorrente a far scattare la presunzione non sia ancora decorso.

---

<sup>45</sup> Ivi, pp. 20-21.

Quanto al quinto limite individuato da Felino Sandei, esso scaturisce da una concezione discutibile per Alciato: che la presunzione *iuris et de iure* produca effetti solo dopo la pronuncia della sentenza e che, dunque, fino a quel momento sarebbe sempre ammessa una prova contraria. Tuttavia, sottolinea il giurista lombardo, questa tesi è errata:

Quinto limitat Felyn in d. cap. Quanto, ut non procedat antequam feratur sententia praetextu talis praesumptionis: nam admittetur probatio in contrarium, ut est glo. ff. quam ibi not. Domi. in c. ordinarii, in 1, in l. in verbo, liberem extra de offic. ordi. in 6. Sed ista limitatio non est vera, et contra tex. in d. l. Si. (C. 4.28.7) et d. l. Antiquae (C. 4.29.23), cum sim., et contra mentem omnium [...] <sup>46</sup>.

Sebbene l'autore non espliciti in modo dettagliato i motivi della sua posizione, è ragionevole supporre che essa si fondi sul principio secondo cui la sentenza, emessa sulla base di una presunzione assoluta, non abbia funzione costitutiva, ma meramente ricognitiva della realtà giuridica già determinata dalla norma. Infatti, ammettere una simile restrizione significherebbe negare l'essenza stessa della presunzione assoluta, che interviene costruendo una verità di diritto immodificabile nella sostanza, indipendentemente dalla successiva pronuncia giudiziale.

Finora, nell'analisi condotta, si è sempre fatto riferimento a limiti che operano attraverso elementi capaci di impedire l'applicazione della *praesumptio iuris et de iure*. Diversamente, il sesto dell'elenco esaminato dal giurista milanese nelle pagine finali della seconda parte del suo Trattato, introduce un differente meccanismo di restrizione della regola: si prevede, infatti, la possibilità di una *restitutio in integrum* quando ricorra una *iusta causa* tale da rendere iniquo il ricorso alla presunzione. In altre parole, mentre confessione, fatto notorio, prova indiretta (che sono i limiti per il momento confermati dal giureconsulto lombardo) agiscono portando all'attenzione del giudice situazioni che ostacolano l'impiego della presunzione assoluta, qui il sistema è di segno differente: non si supera la *praesumptio* sul piano probatorio, ma se ne attenuano gli effetti pratici per scongiurare un esito ingiusto.

Scriva Alciato:

Sexto ultra Moder. tu limita, ut licet non admittatur probatio contra talem praesumptionem, admittitur tamen restitutio in integrum, si iusta causa subsit [...] <sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Ivi, p. 23.

<sup>47</sup> Ivi, p. 24.

Il punto centrale, dunque, non è dimostrare che la presunzione non si debba applicare fin dall'inizio, ma piuttosto ottenere un rimedio che ne attenui le conseguenze quando il suo uso risulti di fatto iniquo. La *praesumptio iuris et de iure* rimane formalmente valida, ma colui che provi l'esistenza di una *iusta causa* da far valere in processo, potrà ottenere il ritorno alla situazione antecedente.

Il settimo limite si fonda, invece, sulla possibilità di opporre una *protestatio* espressa prima o durante l'atto, impedendo così l'intervento della presunzione assoluta. Diversamente dai casi analizzati in precedenza, in questa situazione la limitazione avviene mediante una dichiarazione anticipata che nega alla base il presupposto stesso dell'utilizzo di tale strumento:

Septimo limitatur, ut possit admitti probatio per protestationem, quae actum praecesserit, vel intervenerit in ipso actu [...] <sup>48</sup>.

A chiarimento, Alciato riporta l'esempio della novizia che prenda l'abito religioso o compia atti riservati alle monache. Normalmente, la presunzione assoluta imporrebbe di considerarla professa, ossia vincolata irrevocabilmente alla vita monastica, ma se ha manifestato espressamente prima dell'atto la propria volontà contraria, allora la presunzione non potrà operare <sup>49</sup>.

Certamente, il «protesto», quale condizione ostativa all'impiego del mezzo *de quo*, si distingue per una sua struttura peculiare: mentre nelle altre ipotesi si agisce *ex post*, o opponendosi all'applicazione della presunzione in sede processuale o attenuandone in seguito gli effetti per ragioni di equità, qui si assiste a un'azione *ex ante*, in cui l'intenzione espressa della parte impedisce alla *praesumptio iuris et de iure* di trovare applicazione sin dall'origine.

Venendo, infine, all'ultimo limite dell'elenco, scrive Alciato:

Et dum glos. in d. c. vidua (X.3.31.4) ponit octavam limitationem, ut admittatur probatio in contrarium per unum testem, et iuramentum in supplementum probationis ab omnibus reprobatum, et bene [...] <sup>50</sup>.

Con questa valutazione finale, l'autore chiude l'inquadramento della *praesumptio iuris et de iure*. Ciò che ha inteso dimostrare, avvalendosi di un ampio repertorio di fonti e opinioni di *doctores legum* più o meno contemporanei, è che la presunzione assoluta, pur essendo concepita quale mezzo diretto a

<sup>48</sup> *Ibidem*: «Septimo limitatur, ut possit admitti probatio per protestationem, quae actum praecesserit, vel intervenerit in ipso actu [...]».

<sup>49</sup> Ivi, p. 25: «ut est glos. ff. in c. Vidua, infra de regul. iuris, per But. et Card. Alexand. in c. Is qui fidem, ubi praesumptio est, quod novitia quae assumit habitum professorum, vel se ingerit in actibus ad eas pertinentibus, fit professa, nisi protestatio praecesserit [...]».

<sup>50</sup> Ivi, p. 25.

crystallizzare una determinata realtà giuridica, non sempre garantisce un esito stabile e incontrovertibile. Infatti, l'individuazione di possibili limiti, ciascuno con una propria specifica funzione, mostra come l'apparente rigidità di questa figura normativa sia in realtà soggetta, in processo, a significative modulazioni che ne consentono un'applicazione, si potrebbe dire, più elastica e compatibile con esigenze di giustizia sostanziale. E la ragione risiede nell'incertezza originaria da cui la presunzione assoluta – ma più in generale, la *praesumptio* – trae la propria legittimazione: essa si rivela certamente essenziale nella ricostruzione di una verità, ma, se applicata rigidamente e senza correttivi, rischia di tradursi nel consolidamento di un'ingiustizia.

##### 5. *La presunzione iuris tantum*

Come si è detto inizialmente, nella terza ed estesissima parte del Trattato, Alciato si concentra sullo studio della *presumptio iuris tantum*, che descrive come segue:

Veniamus ad praesumptionem iuris tantum. Praesumptio iuris potest meo iudicio sic definiri: est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae, alio non adducto, pro veritate habetur [...] <sup>51</sup>.

Tale definizione sottolinea la natura inferenziale del meccanismo presuntivo, che si identifica con una ricostruzione normativa idonea a colmare eventuali lacune probatorie e a garantire certezza nei rapporti giuridici. Due sono gli elementi che meritano di essere messi in rilievo in questa spiegazione: il riferimento al *certum signum*, che enfatizza la necessità di un fondamento oggettivo su cui la presunzione possa poggiare; e l'espressione *alio non adducto* che, invece, segnala al lettore la possibilità di un superamento di questa tipologia qualora venga fornita una prova contraria. Se nella forma *iuris et de iure* si preclude categoricamente alle parti qualsiasi facoltà di presentare in processo riscontri che contraddicano il fatto presunto – benché, come visto, non anche di dimostrare che non sussistano i presupposti per il suo utilizzo –, in quella *iuris tantum*, invece, l'applicazione di una presunzione passa inevitabilmente per la mancanza di evidenze oggettive che possano smentirla in concreto:

Primo dixi, probabilem coniecturam, quia omnis praesumptio legis est fundata super verisimili. c. quia verisimile (X. 2.23.10), extra eod., et fa. quod not. Bal. in l. fi. per illum text. in ult. not., et in 20 oppos. C. de hered. insti. (C. 6.24.14), ubi praesumptiones legum non aptantur nisi super verisimilibus. Et illa praesumptio est efficacior, quae est verisimilior, ut in l. 2, de sicariis (C. 9.16.2), et ubi Bal. Sed dicit

---

<sup>51</sup> Ivi, p. 29.

idem Bald. in rubr. extra, de prob. (X. 2.19), quod praesumptio est ratiocinatio de re verisimili facit, quia quod non est verisimile, habet quandam falsitatis imaginem [...]<sup>52</sup>.

L'autore si sofferma su un aspetto centrale della teoria delle presunzioni, ovvero il loro fondamento sulla «verosimiglianza». Concordando in ciò con Baldo, egli ritiene che la *praesumptio iuris tantum* si edifichi sulla conformità di un dato fenomeno alle leggi naturali o ai principi del diritto naturale. Per cui, tale *species* di presunzione non ha valore in sé, né tantomeno si aggancia a una valutazione empirica della ricorrenza statistica di determinati eventi, che peraltro presupporrebbe alla base un'indagine scientifica lontana dalle competenze di un giurista<sup>53</sup>.

In particolare, nel passo si mette in luce un principio gerarchico tra le diverse tipologie di presunzioni: quelle fondate su elementi più verosimili godono di una maggiore forza persuasiva e, dunque, di una più ampia efficacia probatoria. Il che, quanto più volte detto, si collega al dibattito sulla presunzione relativa (*iuris tantum*) e assoluta (*iuris et de iure*): se nel primo caso è ammessa una prova contraria che dimostri l'infondatezza della *praesumptio* stessa, nel secondo il legislatore considera talmente solida la connessione tra fatto noto e fatto presunto, da escludere qualsiasi possibilità di confutazione.

La successiva puntualizzazione, secondo cui ciò che non è verosimile assume un'apparenza di falsità, serve a rafforzare ulteriormente il concetto: una presunzione, per essere applicata, non può affidarsi esclusivamente alla sua validità giuridica, ma deve sempre poggiare su un criterio logico di credibilità.

Alciato osserva inoltre che, nonostante non si tratti di una vera e propria prova, la *praesumptio* ne assume le sembianze per volere della legge. Scrive infatti:

Secundo dixi coniecturam, ad differentiam probationis, quia praesumptio non est proprie probatio [...]. Et facit ratio, quia praesumptio relevat ab onere probandi, ergo non est probatio [...]. Et istud tanto fortius videtur procedere, ubi requireretur probatio evidens [...]. Sed tu adverte, quia licet verum sit quod praesumptio iuris non dicatur probatio, immo sit diversa, ut etiam dicit Alexander in l. 1, C. de testam. mil., lex tamen parificat istos casus, vel quod quis probet, vel quod habeat praesumptionem iuris pro se [...]<sup>54</sup>.

Il nucleo centrale della riflessione è perciò la differenza tra presunzione e prova, da intendersi come il mezzo che accerta un fatto in maniera diretta. La

<sup>52</sup> Ivi, p. 30.

<sup>53</sup> Questo concetto sarà meglio chiarito nell'analisi delle tre regole in cui Alciato ricomprende tutte le presunzioni relative del diritto.

<sup>54</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., pp. 30-31.

presunzione per sua natura non costituisce una prova in senso stretto, quanto piuttosto un'esonazione dall'*onus probandi* per la parte a cui essa giova. Ed è il legislatore a riconoscerlo, laddove considera sullo stesso piano la condizione della persona che dimostra qualcosa e quella in cui un soggetto abbia una presunzione a suo favore. In altri termini, sebbene non rappresenti una dimostrazione diretta del fatto, la *praesumptio iuris tantum* – e il ragionamento può tranquillamente estendersi al *genus* di questo strumento – ha valore probante nella misura in cui il diritto le conferisce un'efficacia pari a quello della prova.

Certamente il canone dell'evidenza probabilistica della congettura, di cui si è detto prima, è essenziale nel pensiero di Alciato e, più ampiamente, di chiunque si sia occupato della materia, ma quella deduzione, quell'inferenza che colma un vuoto nella ricostruzione degli eventi naturali, non potrebbe mai assumere rilevanza processuale se non vi fosse un'esplicita norma di legge ad attribuirle una simile forza.

La descrizione delle componenti di una presunzione relativa si completa, infine, con il riferimento al segno certo:

Tertio subsequitur, certum signum proveniens. Dixi certo: quia nisi constito de signo, lex non praesumit: unde si de eo aliter non constet, debet probari, c. sicut, l. extra, de simo. (X. 5.3.6), ubi lex praesumit aliquem simoniacum ex signis, sed requiritur prius, quod de signis constet: sicut praesumitur pater diligere filium, sed opus est quod constet eum patrem esse: et sic in simili, quia semper ex praesupposito certo sequitur deinde praesumptio. Appellamus autem ista praesupposita, signa: quia sicut argumenta habent sedes seu locos suos unde oriuntur, ut dicunt Aristoteles et Cicero in Topicis (libro II); ita etiam praesumptiones oriuntur ex certis sedibus, quas sedes Hermogenes in rhetoricis signa appellat [...] <sup>55</sup>.

Affinché la presunzione possa agire, è necessario un legame con la realtà, un fatto concreto da cui prendere le mosse per completare giuridicamente una situazione altrimenti ignota. E questo collegamento deve essere certo, non lasciare spazio ad alcun dubbio, al fine di scongiurare interpretazioni arbitrarie.

Ora, prima di affrontare l'analisi delle tre regole<sup>56</sup> individuate dal giurista lombardo all'interno delle quali egli ha ricondotto tutte le *praesumptiones iuris tantum* conosciute, è doveroso esaminare un'ultima questione: l'ambito di operatività della presunzione. La domanda, invero, che il giurista lombardo si pone è se con questo strumento l'interprete modifichi i fatti o il diritto da applicare ai

<sup>55</sup> Ivi, p. 35.

<sup>56</sup> Ivi, p. 36: «Sunt autem innumera, ut dicit Quintilianus. Et merito Bartolus in l. fin., in fine princip., ff. de his quae metus causa: dicit quod ista materia non potest tractari, quia non possunt capi regulae, sed magis secundum accidentia factorum iudicatur. Nos tamen, quaedam plurima dicemus, quae ut meliori ordine habeantur, congeremus sub certis regulis».



fatti. In verità, la distinzione tra *res quae facti sunt* e *res quae iuris sunt* si sviluppò originariamente in seno alla riflessione sulla  *fictio iuris*, in risposta all'esigenza di definire l'ambito su cui essa legittimamente operasse. E la soluzione venne raggiunta per gradi. In una prima fase, la dottrina bassomedievale sostenne che la finzione potesse intervenire esclusivamente sulle *res quae iuris sunt*, ossia sulla norma, senza toccare i fatti naturali (*res quae facti sunt*), considerati intangibili in quanto creazione divina. Tale orientamento è sintetizzato efficacemente nella formula di Azzone *circa facta non potest fingi*, di cui esempio emblematico è il caso della schiava che, per legge, otteneva la libertà al momento della nascita del terzo figlio. Se, dopo il parto del primogenito, la schiava avesse successivamente dato alla luce tre gemelli, si sarebbe posto il problema di individuare quale tra loro dovesse essere considerato il terzo nato perché solo a questi sarebbe spettato lo *status* di ingenuo. Dal punto di vista naturale, poiché la nascita dei gemelli avviene comunque in momenti distinti, sia pure di pochi minuti, si sarebbe dovuto ritenere libero l'ultimo nato. Tuttavia, il legislatore, senza alterare l'evento, avrebbe potuto stabilire diversamente, intervenendo esclusivamente sul piano giuridico e non su quello fattuale<sup>57</sup>.

Con la scuola del Commento, nel XIV secolo, l'impostazione venne radicalmente rovesciata. Giuristi come Cino da Pistoia e Bartolo da Sassoferrato sostennero, invero, che la *fictio* non agisse sul diritto (*res iuris*), bensì sui fatti (*res facti*)<sup>58</sup>. Come osserva Yan Thomas, «per cambiare la norma, basta decidere diversamente, mentre, per cambiare i fatti – la cui natura sfugge al diritto –, è necessario l'artificio del «come se». La realtà resiste e, per forzarla, la si può sovvertire solo nel mondo dell'irrealtà»<sup>59</sup>.

Analogamente, per quel che attiene alla presunzione, Alciato non ha dubbi:

Praeterea ex eo quod dixi, coniectura, manifeste apparet, quod praesumptio procedit solum in his quae sunt facti, quia in talibus habet locum coniectura, non autem in his quae sunt iuris, quia de eis semper lex est certa [...]. Et in certis non est opus coniecturis<sup>60</sup>.

E ciò, nonostante:

Sed contra hoc obstat quod quotidie vulgo dicimus, tale quid est facti, et facta non praesumuntur, l. In bello, factae, ff. de cap. (D. 49.15.12) per Ias. in l. servi

<sup>57</sup> Y. Thomas, *Fictio legis*, Macerata 2016, p. 67 ss.

<sup>58</sup> Si guardi sul tema F. Todescan, *Diritto e Realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979, p. 108 ss.

<sup>59</sup> Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., p. 70.

<sup>60</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., p. 33.

electione (D. 30.5), column. 2, et in l. legato generaliter (D. 30.37), ff. de legat. I, et in authen. sacramenta pub. C. si adver. vend. (C. 2.27.0), et alibi in variis locis [...]»<sup>61</sup>.

O, per lo meno, è quello che, secondo Alciato, molti sembrano aver compreso dalla lettura di opere di giuristi come Giason del Maino. Si tratta però di un'errata interpretazione dei testi, perché nei passi in oggetto, osserva il giureconsulto lombardo, si sta affrontando, per l'appunto, l'argomento della finzione giuridica, e per di più con riferimento alla causa di un fatto, non alla sua esistenza<sup>62</sup>. Quindi, tanto la finzione quanto la presunzione procedono dalle *res quae facti sunt* e su di esse agiscono. Ammettere il contrario, agli occhi dell'autore, significa riconoscere loro un'influenza sul diritto che genererebbe un paradosso: il legislatore si troverebbe a fingere o presumere in un ambito che, in realtà, può modificare direttamente secondo la propria volontà. Per quale motivo, infatti, deve ricorrere a una *fiction iuris* o a una *praesumptio* per escludere l'applicazione di una norma da un determinato caso, quando può semplicemente prevederne l'eccezione all'interno della disposizione stessa?

Ecco dunque che sulle questioni giuridiche la legge non fa congetture e non immagina qualcosa di diverso; azioni, invece, che compie solamente in relazione agli eventi accaduti. E l'esempio che, per l'autore, permette di cogliere tale considerazione è quello dell'usucapione. Si può fingere o presumere che il tempo necessario all'acquisto della proprietà a titolo originario sia decorso, ma non fare altrettanto con la causa dell'usucapione, cioè il possesso, l'atto materiale giustificatorio<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*: «[...] Sed tu adverte, quia ille textus non loquitur in praesumptione, sed in fictione. Nec simpliciter probat quod lex non fingat in his quae sunt facti, sed probat quod in causa facti fictio non habet locum [...]».

<sup>63</sup> Ivi, pp. 33-34: «[...] Unde tu dic quod usucapio producitur ex continuatione possessionis, l. 3 De usucap. et sine ea esse non potest, l. Sine possessione, eodem titulo. Et sic producitur ex causa consistente in facto, in qua lex nihil fingit. Et ratio est, quia si lex fingeret usucapionem processisse, necessarium esset quod fingeret etiam super causa ipsius, et sic super possessione: quae possessio cum acquiratur et amittatur per actus naturales, l. 1 de acquirenda possessione, non potuit per fictionem legis alterari, l. 3, 4 ex contrario, ff. eodem titulo, et facit §. simul, Instit. de leg. ut agna, tute. Nam cum possessio sit de substantia usucapionis, lex non potest ea quae de substantia sunt tollere, ut not. in l. 2 ff. de usufructu earum rerum quae usu consumuntur. Et ideo etiam si quis revertatur postliminio, non tamen recuperat possessionem, nisi nova apprehensione eam reacquirat, l. cum heredes §. 1 de acquirenda possessione. Sequitur ergo, ut quamvis lex fingat super facto, nunquam tamen fingit super causa facti, repugnante modo a natura tradito [...]».

### 5.1. *Le regole della praesumptio iuris tantum*

Terminata l'analisi generale, Alciato si dedica a un rigoroso lavoro di individuazione e classificazione delle diverse presunzioni relative, organizzandole sistematicamente all'interno di tre regole generali. Come anticipato, nel costruire il suo impianto teorico, piuttosto che affidarsi all'osservazione dei casi comuni, egli ancora la *praesumptio iuris tantum* a una concezione ontologica della realtà, secondo un metodo che tende a riflettere una più ampia idea di razionalità del diritto. Per l'autore, invero, non si sta discutendo solo di uno strumento che assolve alla funzione di una prova, pur non potendo essere tecnicamente considerato probatorio, ma piuttosto di un meccanismo che, nel suo complesso, consente di orientare il giudizio nel modo più coerente ed efficiente possibile. Il che spiega anche perché le tre regole si ispirino a principi di stabilità anziché agganciarsi a valutazioni di mera probabilità oggettiva.

A chiarire meglio questa prospettiva è l'analisi condotta da Andreas Blank sulle connessioni tra ciò che è naturale e ciò che si deve presumere nella teoria giuridica del XVI secolo, attraverso un paragone tra il celebre giurista olandese Nicola Everardo (1462 - 1532) e lo stesso Alciato. Blank osserva infatti che: «quello che accomuna le regole specificate da Alciato ed Everardus è che la plausibilità delle presunzioni citate non dipende dalla disponibilità di informazioni sulle frequenze relative. È piuttosto la distinzione ontologica tra accidenti che derivano dalla natura di una cosa – come i cambiamenti che derivano dalla natura di una cosa – e accidenti che non derivano dalla natura di una cosa – come i cambiamenti che sono indotti dall'esterno – che conta qui. Alciato ed Everardus concordano nel raccomandare di presumere il verificarsi di accidenti del primo tipo, ma non il verificarsi di accidenti del secondo tipo. Questo significa che la plausibilità di tali presunzioni dipende da considerazioni ontologiche sulla natura delle persone e dei loro atti»<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> A. Blank, *Presumptions and Cognitive Simplicity in Leibniz and Early Modern Legal Theory*, in T. Altwicker, F. Cheneval e M. Mahlmann (curr.), *Rechtsund Staatsphilosophie bei G. W. Leibniz*, Tübingen 2020, p. 11: «What the rules specified by Alciato and Everardus have in common is that the plausibility of the presumptions mentioned does not depend on the availability of any information concerning relative frequencies. Rather, it is the ontological distinction between accidents that derive from the nature of a thing – such as changes that derive from the nature of a thing – and accidents that do not derive from the nature of a thing – such as changes that are induced from the outside – that matters here. Alciato and Everardus agree in recommending that one should presume the occurrence of accidents of the former kind, but not the occurrence of accidents of the latter kind. And this means that the plausibility of these presumptions depends on ontological considerations concerning the nature of persons and their acts».

L'esigenza di sussumere le *praesumptiones iuris tantum* all'interno di indicazioni generali e astratte doveva essere particolarmente avvertita agli inizi del Cinquecento, se ben due giuristi del calibro di Alciato e Nicola Everardo vi si dedicarono, ottenendo risultati di straordinario rilievo. In effetti, da un lato riuscirono nell'intento di sistematizzare le presunzioni relative, dall'altro finirono per influenzare con i propri lavori la filosofia giuridica successiva in materia. Ne è testimonianza l'impegno di Leibniz, qualche decennio più tardi, verso un obiettivo analogo che cercò di raggiungere sia rielaborando alcuni criteri di studio propri della tradizione giuridica rinascimentale, sia integrando nella sua filosofia i cosiddetti «requisiti», «intuitivamente quelle condizioni senza le quali qualcosa potrebbe non esistere o non esistere nella forma in cui si manifesta»<sup>65</sup>.

Alla luce di dette premesse, analizziamo quanto afferma Alciato:

Prima regula sit, quod qualitas quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur<sup>66</sup>.

Sorge spontaneo aggiungere al testo la subordinata *salvo prova contraria nel caso specifico*, sintetizzata coerentemente in quell'espressione *alio non adducto*, che il giurista milanese puntualizza nella definizione di presunzione relativa, all'inizio della sua riflessione.

Alciato elenca qui 53 *praesumptiones iuris tantum* che spaziano tra ambiti diversi<sup>67</sup>. Ad esempio, vi è la presunzione che un padre ami i propri figli – e viceversa – e che abbia a cuore questi più di sé stesso, purché naturalmente sia dimostrato il rapporto di parentela (n. 1)<sup>68</sup>; un'altra afferma che il desiderio sessuale tende a diminuire con l'età e ogni fase della vita ha caratteristiche naturali

<sup>65</sup> A. Blank, *Presumptions and Cognitive Simplicity in Leibniz and Early Modern Legal Theory*, cit., p. 4: «intuitively, conditions without which something could not exist or not exist in the way it does».

<sup>66</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., p. 39.

<sup>67</sup> Non si deve commettere l'errore di pensare che il numero finale corrisponda esattamente al numero di presunzioni individuate da Alciato. In realtà, esse sono molte di più, poiché, partendo dall'analisi di una, l'autore finisce spesso per trattare anche quelle affini all'interno dello stesso passaggio. Di conseguenza, il totale non si limita a 53.

<sup>68</sup> Ivi, p. 40: «Hoc primum infertur, quod patres praesumuntur amare filios suos, et e contra [...]. Immo praesumuntur patres plus terreri in filiis quam in seipsis, ut ibi dicitur [...]». Alciato riporta anche un curioso aneddoto: «Et propterea Labeo iurisconsultus, cum aperte damnaret Augustum Imperatorem, interrogatus ab eo unde tantum audaciae assumeret, respondit, quod naturae beneficio esset senex et filios non haberet [...]».

specifiche (n. 53)<sup>69</sup>; si presume, inoltre, che il padre prenda sempre la decisione più vantaggiosa per i figli (n. 2)<sup>70</sup> e che, quando il numero di persone coinvolte in una scelta è maggiore, maggiore è anche il loro zelo nell'assumere la determinazione, a patto che si tratti di uomini saggi, poiché, altrimenti, si dovrebbe presumere il contrario (n. 51)<sup>71</sup>.

Limitandosi ad una rapida osservazione delle ipotesi riportate, appare evidente che il minimo comune denominatore sia che tutte le tipologie di presunzione prese in considerazione da Alciato alludono a comportamenti determinati da qualità da lui ontologicamente ritenute parte dell'essere umano. Infatti, non c'è, nella rappresentazione alciatea, né una valutazione probabilistica né un riferimento alla comune esperienza: non si ricorre, insomma, ad alcun criterio statistico di valutazione degli eventi.

Successivamente, il giurista milanese afferma:

Secunda principalis regula est quod mutatio non praesumitur. Et ratio regulae est, quia mutare, est quid accidens; et accidentia non praesumuntur ut per glos. In l. si vero § qui pro rei qualitate. ff. qui satisd. cogan. (D. 2.8.5.1) et supra dixi<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Ivi, p. 199: «Quinquagesimotertio praesumitur libido diminui in senectute [...]. Et generaliter, secundum aetates praesumuntur ae quae naturaliter insunt; unde sene praesumitur de facili moriturus [...]».

<sup>70</sup> Ivi, p. 41: «Secundo infertur, quod pater semper praesumitur capere salubrius consilium in favorem filiorum [...]».

<sup>71</sup> Ivi, pp. 191-192: «Ubi maior est numerus eligentium, ibi etiam praesumitur maior zelus [...]. Quod est verum, maxime in electione facta per viros prudentes, quia naturaliter in eis melior opinio praevallet; alioquin, in electione in qua interveniunt vulgares, videretur secus [...]. Videtur dici, quod praesumitur minus pro toto populo, quam pro aliquibus prudentibus de populo: quia in toto populo reperiuntur multi viles, non habentes certum iudicium rationis, sed corruptibiles. Et propterea praesumitur in toto populo aliquis qui non habeat sinceram fidem, ut ibi per eum. Et istud facit pro communi opinione, quae intelligitur non illa quae plures habeat auctoritates simpliciter, sed quae plures graviores habeat auctores [...]». Questo passo che, peraltro, sul finire, fa riferimento all'opinione comune come il prodotto di ciò che è sostenuto da quelle persone che hanno maggiore autorevolezza si collega senza ombra di dubbio alla teoria della *sanioritas* sviluppata in ambito canonistico e relativa ai modi di esercitare il diritto di voto all'interno di un'assemblea. Si vedano i lavori classici di E. Ruffini, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna 1977; L. Moulin, *Sanior et maior pars. Note sur l'évolution des techniques électorales dans les Ordres religieux du VIe au XIIIe siècle*, in *Revue historique de Droit français et étranger*, s. IV, XXXVI (1958), pp. 348-397 e 491-529; B. Tierney, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought. 1150-1650*, Cambridge 1982; P. Grossi, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in Id., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano 2013, pp. 7-113.

<sup>72</sup> Ivi, p. 201.

Anche qui, occorre una precisazione. La concezione del cambiamento elaborata da Alciato riguarda condizioni non riconducibili alle qualità umane, che, al contrario, possono sempre essere oggetto di presunzione. Il che risulta coerente con la prima regola generale precedentemente esaminata: se una qualità umana può essere sempre presunta, allora lo stesso vale per le trasformazioni che essa può determinare nell'individuo. Diversamente, qualora il mutamento sia il risultato di un evento esterno, privo di alcuna connessione con una caratteristica essenziale dell'essere umano, non sarebbe possibile ricorrere allo strumento *de quo*. Infatti, mancherebbe un fondamento ontologico a sostegno del suo utilizzo, rendendo necessario piuttosto un approccio basato su valutazioni probabilistiche e scientifiche, che tuttavia Alciato sceglie di non considerare – forse per l'eccessiva aleatorietà dei risultati<sup>73</sup>.

Analizziamo brevemente alcuni esempi.

Per il giurista milanese, si deve sempre presumere, che chi era ricco un tempo lo sia tutt'ora (n. 27). Questo significa che un uomo povero, in passato, debba essere supposto nello stesso stato di indigenza anche nel presente? No, perché è parte dell'essere umano la tendenza a migliorare la propria condizione economica. E quindi si può immaginare l'opposto, cioè un cambiamento<sup>74</sup>.

È lo stesso principio che fa valere nell'esame di una delle presunzioni più celebri discusse dalla scienza giuridica medievale, riassunta dall'adagio *semel malus, semper praesumitur malus*, menzionata dalla glossa accursiana e centrale nel pensiero penalistico di Alberto Gandino, alle soglie del Trecento<sup>75</sup>. Si chiede pertanto Alciato (n. 7) se chi è stato malvagio una volta, lo sia ancora. Ricordando un esempio addotto da Bartolomeo da Saliceto (1335 - 1411), l'autore riconosce che quando più persone sono coinvolte in una rissa, e uno tra loro venga ferito, allora il giudice potrà sottoporre a tortura colui che in passato ha commesso un delitto della stessa natura. Da qui, fa discendere anche un'ulteriore conclusione:

---

<sup>73</sup> Sul punto, si veda A. Blank, *Presumptions and Cognitive Simplicity in Leibniz and Early Modern Legal Theory*, cit., p. 8.

<sup>74</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., pp. 301-302: «Vigesimoseptimo. Olim dives, praesumitur etiam hodie dives: quia non praesumitur amisisse dominium rerum suarum [...]. Et numquid olim pauper praesumatur hodie pauper? Et videtur quod non, quia quilibet praesumitur ditari [...]».

<sup>75</sup> Cfr. Massimo Vallerani, *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (xii-xiv secolo)*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, édité par Jacques Chiffolleau et al., Roma 2007, pp. 439-494; H. Kiefner, «*Semel malus semper praesumitur esse malus*». *Bemerkungen zur Bildung von Präsumtionen im Recht des Mittelalters, insbesondere in der Glossa ordinaria des Accursius*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 91, 1961, p. 308-354.

Adde tamen quod qui est malus in uno, habet contra se non modicam suspicionem quod sit malus in aliis, propter magnam connexitatem quam habent vitia inter se. Et probatur a fortiori in c. Si gens Anglorum, 56. distinc. (Decr. Grat. D. 56 c.10) ubi ex una specie delicti paterni, praesumuntur filii laboraturi pluribus et diversis delictis [...]<sup>76</sup>.

È vero, però, che Alciato impone dei limiti consistenti a tale idea, circostanziando una serie di evenienze in cui di fatto questa massima non opera. Così, ad esempio, se è trascorso un periodo relativamente breve (tre anni) dal reato precedente della persona presunta colpevole oppure se ha manifestato il proprio pentimento, entrando in un ordine religioso, o astenendosi dal commettere un illecito simile, pur potendo<sup>77</sup>. Ma se in queste situazioni è necessaria comunque una *probatio contraria*, Alciato è altrettanto netto nell'escludere a priori tale presunzione quando si tratti di reati che variano con il passare dell'età. Perciò, una persona lussuriosa in gioventù non la si può immaginare tale anche in vecchiaia, perché, come visto, è nella natura dell'essere umano sperimentare una diminuzione della libido con il progredire degli anni<sup>78</sup>.

Quanto alla terza, e ultima, regola, essa recita:

Tertia principalis regula, quod semper sit praesumptio in meliorem partem [...]<sup>79</sup>.

Si riprende, perciò, un principio caro alla tradizione giuridica occidentale, quello dell'interpretazione più favorevole, secondo cui bisogna sempre supporre il meglio. Ecco, allora, che non si presume mai un delitto e che, se qualcuno ha in comune una cosa e la usa come propria, non si deve pensare che voglia violare il diritto dell'altro, ma semplicemente esercitare il suo (n. 1)<sup>80</sup>; ancora, si presume sempre che ogni uomo sia buono (n. 2)<sup>81</sup>, che il possessore

<sup>76</sup> A. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., p. 226.

<sup>77</sup> Ivi, p. 226-227: «Secundo, limitatur quando aliquis stetisset probus et abstinens ab illo delicto per aliquod tempus, saltem per triennium [...]. Adde quod ista limitatio est intelligenda, quando talis delinquens magnam poenitentiam egisset, puta quia ingressus est religionem, prout loquitur ille textus (Decr. Grat. D.50 c.18), vel quando probaretur pluries ei occurrisse occasiones similis mali perpetrandi, et tamen ab eis abstinuisse [...].»

<sup>78</sup> *Ibid.*: «Tertio, limitatur ut non procedat in delictis quae per naturam seu aetatem alterantur. Licet enim iuvenis fuerit libidinosus, non praesumetur idem vitium in sene [...].»

<sup>79</sup> Ivi, p. 335.

<sup>80</sup> Ivi, p. 336: «Ex hac regula primo infertur, quod namquam capitur praesumptio delicti [...].»

<sup>81</sup> Ivi, p. 345: «Secundo. Praesumitur quilibet bonus [...].»

sia in buona fede, salvo che non si provi il contrario (n. 5)<sup>82</sup>, e che il principe agisca ogni volta per una giusta causa (n. 8)<sup>83</sup>.

## 6. *Considerazioni conclusive*

Nel presente lavoro, si è tentato di fornire un primo quadro del trattato sulle presunzioni di Alciato, evidenziando alcuni aspetti di profonda originalità del suo pensiero sia nei confronti di posizioni sostenute da autori coevi che precedenti. Certi della necessità di uno studio ben più esteso su questo testo, che ci si prefigge di compiere in un prossimo futuro, la speranza è che le pagine precedenti siano state sufficienti a dimostrare quanto l'analisi della *praesumptio* condotta da Alciato nel commento al titolo *de praesumptionibus* del *Liber Extra*, poi rinominato *Trattato*, costituisca uno dei più raffinati tentativi dell'umanesimo giuridico di sistematizzare uno strumento capace di colmare, in ambito processuale, le lacune derivanti dall'incertezza dei fatti. A seconda della *species*, la presunzione offre un diverso grado di resistenza alla prova contraria, oscillando tra la preclusione assoluta di ogni contestazione del fatto presunto e la sua accettazione condizionata alla mancanza di una *probatio contraria*. Eppure, anche laddove la natura di questa figura giuridica sembrerebbe escludere ogni possibilità di opporvisi nella sostanza (*iuris et de iure*), il giurista milanese ridimensiona la rigidità e l'immutabilità di tale meccanismo attraverso l'individuazione di limiti e condizioni – quantomai attuali – alla sua applicazione. Ogni limite, del resto, non è introdotto arbitrariamente, ma trova la propria giustificazione in precise esigenze di equità e giustizia, a conferma di una concezione del diritto che, pur nella sua aspirazione alla certezza, non può prescindere da un costante bilanciamento con la verità.

---

<sup>82</sup> Ivi, p. 357: «Quinto. Bona fides praesumitur in possidente, nisi probetur contrarium [...]».

<sup>83</sup> Ivi, p. 365: «Octavo. Praesumitur principem ex iusta causa mover [...]».