

Derive del processo penale e the beyond the reasonable doubt theory.

La *roadmap* che conduce il processo penale nell'alveo dei principi ispiratori della originaria riforma del processo accusatorio, non è immune dalle sofferenze nate dal distacco dagli schemi del passato.

Dopo dieci anni dalla sentenza Franzese non poche difficoltà hanno minato l'approccio processualistico. È vero che la Franzese è una sentenza praticamente molto sostanziale in cui l'aspetto processuale del "al di là del ragionevole dubbio" è solo accennato. Ma se non vi si fosse stata la sentenza Franzese quale sarebbe stato oggi processo penale?.

Possiamo dare una risposta seguendo la valutazione sulla base di quelle sentenze che hanno rappresentato lo snodo del processo penale, che spiegano l'attenzione dei media perché il principio del ragionevole dubbio ha una rilevanza certamente spirituale e di progresso sociale che risiede nel valore tecnico per i cultori della materia.

A) La sentenza del giudice di Vigevano del 2009 meglio conosciuto come processo di Garlasco;

B) La sentenza Cass. Penale del 2010 meglio conosciuta come sentenza Cozzini sul caso dell'amianto;

C) La sentenza della Corte d'Appello d'Assise di Perugia sul caso Raffaele Sollecito e Amanda Knox.

Si potrebbe sostenere il fatto che la sentenza Franzese abbia influito, in questi anni, su tutti i procedimenti penali resterebbe però un problema l'identificazione di tali procedimenti ed è più semplice invece usare questi perché famosi e la cui notorietà è indiscutibile.

Anche se la sentenza Franzese non ha inciso direttamente sul processo penale né ha per così dire, però rappresentato nel processo penale, utilizzando il linguaggio medico scientifico, l'antidoto.

Com'è noto si riferisce l'antidoto per indicare quella sostanza che blocca gli effetti una malattia nell'organismo. L'organismo è il processo penale e la sentenza Franzese ha appunto, funzionato da antidoto contro i veleni del processo seguendo le seguenti indicazioni:

1. Antidoto contro l'esclusione del contraddittorio in relazione alle prove scientifiche;

2. Antidoto contro la totale discrezione del libero convincimento del giudice;
3. Antidoto contro la deriva tecnicistica del processo penale;

1) Antidoto contro l'esclusione del contraddittorio in relazione alla prova scientifica. Bisogna ricordare un orientamento che era assolutamente prevalente fino al 2002. Allora, si riteneva che la prova scientifica avesse un valore superiore rispetto alle altre prove, al punto tale che rasentava la prova legale.

Fino al 2002 la giurisprudenza sosteneva che il giudice poteva limitarsi ad accogliere in sentenza le conclusioni del perito, senza motivarle. Iniziava la stagione dei processi penali a perizia vincolante, sostanzialmente considerata, prova legale. Al tempo stesso si verificava un fenomeno di segno opposto, ma sempre legato ad una logica inquisitoria.

Era talvolta il giudice, considerato il peritus peritorum, a sostituirsi al ragionamento del perito senza essere obbligato ad ammettere una perizia specifica.

Ma era, nella sostanza, la consacrazione di un complesso di inferiorità di qualsiasi procedimento di accertamento della verità, diverso dalla prova scientifica, perché quest'ultima era considerata una prova neutra, ed il giudice poteva negare la perizia senza subire alcun controllo in Cassazione.

Sulla prova scientifica, la sentenza Franzese spiega "La prova scientifica è una prova come le altre e deve osservare le regole comuni sulla prova". È certamente, un presupposto implicito della sentenza, ma era determinante e quindi, la prima regola che deve osservare la prova è il contraddittorio, in base all'articolo 111 della costituzione.

Quindi, seguendo l'ammissione delle prove scientifiche richieste dalle parti, il contraddittorio deve avvenire anche tra gli esperti: "il contraddittorio deve svolgersi ex ante, nel senso che il giudice non può proclamare come esperto se stesso, bensì deve rispettare il rispetto alla prova peritale".

Quando? Cassazione Cozzini nel 2010: "quando vi è un contrasto insanabile tra i periti", oppure, Corte d'Assise di Perugia 2011: "quando vi è un contrasto insanabile fra i consulenti delle parti"... "La Corte d'Assise di primo grado ha ritenuto di risolvere una controversia scientifica riconosciuta come particolarmente complessa in base a valutazioni di natura scientifica dalla stessa Corte direttamente formulate, al contrario, questa Corte d'Assise di secondo grado non ha ritenuto che le conoscenze personali dei giudici fossero tali, da consentire di risolvere una controversia nella sostanza, scientifica, da decidere, punto, in base ai criteri scientifici senza l'ausilio di periti di propria fiducia, da essa nominati in modo da svolgere l'incarico affidato, nel pieno contraddittorio delle parti".

Sempre sotto il profilo del contraddittorio che deve venire anche dall'esterno, si è pervenuti ad una ulteriore affermazione nella giurisprudenza: "il controllo in contraddittorio delle prove deve effettuarsi comunque anche ex post, nel senso che le parti hanno il compito di valutare anche successivamente, in dibattimento, in primo luogo se gli esperti hanno utilizzato metodi affidabili sulla scena del delitto le famose "leges artis". Ed infatti, nella sentenza seguita al processo di Vigevano del 2009, quello famoso, del caso di Stasi: "bisogna controllare il contraddittorio ex post se gli esperti hanno operato permettendo il controllo successivo sulla genuinità della fonte e sulla genuinità del metodo, in terzo luogo se gli inquirenti hanno mantenuto la catena di custodia dei reperti".

Sotto questo profilo, è interessante riportare il quesito che è stato affidato agli esperti della Corte di Assise d'Appello di Perugia nel 2011. È stato chiesto di periti: "se non è possibile procedere al nuovo accertamento tecnico valuti il perito, in base agli atti, in grado di attendibilità degli accertamenti genetici eseguiti dalla polizia scientifica sui reperti suddetti con riferimento anche ad eventuali contaminazioni". Quindi il controllo ex post del contraddittorio può essere eseguito anche in una fase successiva le indagini preliminari.

2) Venendo ora al secondo tipo di antidoto attuato dalla sentenza Franzese e cioè quello secondo il quale questa sentenza abbia rappresentato un vero e proprio antidoto contro la naturale discrezionalità del convincimento del giudice, si può sostenere che questa sentenza abbia permesso la codificazione successiva, poi ripresa nella legge del 2006 che ha modificato l'articolo 533 del codice procedura penale. In particolare, tra 2002 e il 2009 registriamo il tentativo della giurisprudenza di considerare "l'aldilà di ogni ragionevole dubbio" come una regola estintiva non prescrittiva. Non mancano, in dottrina, importanti studiosi che hanno definito "l'aldilà di ogni ragionevole dubbio" un banale americanismo. Altri, nel 2006 hanno sostenuto che "l'aldilà di ogni ragionevole dubbio" ad eccezione del suo valore simbolico, se considerata la previsione dell'art. 533 codice di procedura penale, non aggiunge nulla sul piano prescrittivo a quanto già specificato dall'articolo 530 c.p.p..

Naturalmente, visto queste illustri opinioni, la Cassazione ne ha seguito col formalizzare, in principi in parte già acquisiti nella giurisprudenza e nel 2006 abbiamo le sentenze: Cassazione Ganci e Cassazione Sevino.

Quindi diremmo che in conseguenza di quella che è stata la successione delle sentenze e degli interventi della suprema Corte, "l'aldilà del ragionevole dubbio" fa pesare il suo valore come regola di giudizio e sulla valutazione dell'onere della prova e cioè, in presenza di un dubbio oramai non è più possibile decidere in base al criterio di quello che avviene nella maggioranza dei casi. Infatti, nel 2009 una sentenza, Cassazione, sezione quarta, Durante: "la regola dell'aldilà di ogni ragionevole dubbio ha messo tecnicamente in crisi di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui in presenza di due ipotesi ricostruttive del fatto era consentito al giudice di adottarne una che conduceva alla condanna perché la riteneva più probabile rispetto ad altre". Purtroppo però questo atteggiamento rimane comunque molto diffuso nelle corti oggi. Ad esempio la Corte d'Assise di Perugia in primo grado nel caso Knox/Sollecito usa la propria sentenza a parola "probabile" per ben 39 volte.

A questo punto l'ispirazione data dalla sentenza Franzese ha operato un cambiamento pertanto, in Appello la Corte d'Assise d'Appello di Perugia del 2011 ha cambiato orientamento: " la condizione richiesta dalle norme di cui all'articolo 530 c.p.p. non consente, dunque di formulare una convinzione

in termini di probabilità. Per avere una sentenza di condanna non è sufficiente che le probabilità delle ipotesi accusatorie siano maggiori di quelle ipotesi difensive neanche quando siano notevolmente più numerose”.

Sempre come antidoto contro la discrezionalità dell'auto convincimento del giudice, anche se ci troviamo di fronte alla prova scientifica ma vi è un dubbio ragionevole sull'esistenza di una ricostruzione alternativa si impone l'assoluzione. Questa volta andiamo ad una sentenza molto recente quella del 2011, 24 ottobre 2011 Cassazione sezione prima Javante secondo cui: "La regola impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatorie secondo il ragionevole dubbio". Dubbi "interni" della sentenza che fanno riferimento alle ricostruzioni che sono oggetto dell'impianto accusatorio e che vengono prospettati nel dibattimento, ma anche di quei dubbi "esterni" e cioè l'esistenza di ipotesi alternative dotate di razionalità e di plausibilità pratica. Ma è necessario, che il metodo di verifica venga posto in essere comunque per ogni spiegazione, diversa dall'ipotesi accusatoria, secondo un criterio di ragionevolezza, anche non plausibile.

La sentenza Franzese ha funzionato come antidoto contro la totale discrezionalità del convincimento ed in questo senso due leggersi il pensiero di Giovanni Canzio: "tra intimo convincimento da una parte, e ragionevole dubbio dall'altra, la barriera data da quello che viene definito modello normativo della motivazione in fatto, rappresentato soprattutto dall'art. 546 lettera e): "il giudice in sentenza deve sempre spiegare perché sono attendibile le prove a carico e sono inattendibili le prove di scarico e questo anche quando ci troviamo davanti ad una prova scientifica". Ora la conseguenza di importanza fondamentale che poi influisce sull'articolo 606 c.p.c. lettera e) é che la Cassazione non solo dovrà controllare la congruità ai fatti riportati dalle ipotesi dell'accusa, come fatto sino a ieri, ma deve tener in considerazione anche le ipotesi antagoniste della spiegazione dei fatti, e cioè la ricostruzione alternativa prospettata dalla difesa. In buona sostanza, i più recenti indirizzi della giurisprudenza di legittimità stanno accogliendo gli indirizzi della Cassazione penale del 2006. Sta Nel senso che, una sentenza che organizzi in modo logico poche informazioni probatorie, non sarà illogica ma certo, fomenta ragionevoli dubbi.

In altre parole, la violazione del campo del ragionevole dubbio è anche, soprattutto, un problema relegato al giudice di legittimità in quanto, va a toccare il metodo con cui è stata costruita la sentenza. Ciò supererebbe il limite in cui l'illogicità dovrebbe essere manifesta stando alla lettera dell'articolo 606 c.p.p. lettera e) c.p.p.. Per queste ragioni, la violazione del ragionevole dubbio è diventata sindacabile oramai anche in Cassazione anche se non è manifesta è l'effetto della sentenza Javante sopra citata e dell'effetto originariamente derivato anche dalla influenza delle argomentazioni esposte nella sentenza Franzese .

3) L'aldilà di ogni ragionevole dubbio è stato inteso anche con una regola dell'onere della prova ma sempre per la dottrina minoritaria. E cioè l'argomentazione secondo la quale spetterebbe all'accusa convincere il giudice della genuinità della fonte e dell'attendibilità dell'impianto probatorio. Purtroppo le tesi fino ad ora riportate non hanno, inizialmente, trovato particolare recettività. Ma l'impostazione psicologica e dottrinale appena rappresentata ha comunque, a distanza di poco tempo, trovato accoglimento in giurisprudenza nella famosa e discussa, almeno sui media, sentenza di Vigevano. Da

ultimo, Perugia Corte d'Assise d'Appello ha avuto modo di precisare sulla regola dell'onere della prova. Nel dibattimento d'Appello il pubblico ministero aveva affermato non bastava sostenere che il risultato probatorio derivava dalla contaminazione, essendo l'onere di chi sostiene trovarsi in presenza di una contaminazione, quello di provarne l'origine, quindi, la difesa avrebbe avuto l'onere della prova impossibile di provarne la contaminazione. "Tale argomentazione non può essere condivisa, in quanto finisce col impattare sul piano giuridico della valutazione della contaminazione, alla stregua di una valutazione civilistica" e, così, nell'ambito del processo penale incombe sul pubblico ministero l'onere di provare la sussistenza di tutti gli elementi sulla quale assestarsi e dunque quando qualcuno di questi punti è integrato in un momento scientifico che rappresenta l'imputato alla precedente analisi l'onere del pubblico ministero è quello di provare e stato tenuto mediante un procedimento che ne garantisca la genuinità della refertazione e dell'analisi. Non grava sull'imputato l'onere della prova della provenienza della contaminazione, in quanto è onere della prova dell'accusa fornire garanzie circa la mancanza di elementi che possono aver viziato l'esito contenuto della refertazione. Pertanto, la sentenza Franzese ha rappresentato, forse involontariamente, un antidoto contro la deriva tecnicistica fino al 2002 secondo la quale, era comune consuetudine affidare completamente l'accertamento processuale alla scienza dell'esperto e in questo senso anche il processo di Como sosteneva che era sufficiente l'accertamento sul Dna per identificare il colpevole, ed era sufficiente lo studio della conformazione delle macchie di sangue dell'imputato sul luogo per indicare lo svolgimento dei fatti. Tale accertamento era pertanto, demandato all'esperto. Ebbene questa deriva è stata corretta grazie proprio agli sviluppi metodologici che sono stati messi in opera dalla sentenza Franzese, inizialmente si è sostenuto che le parti dovevano essere messe nella condizione di effettuare tentativi di smentita dell'ipotesi scientifiche dell'accusa e, tra l'altro, tale impostazione è da ricondursi nella fenomenologia indicata da Popper secondo il quale "è il tentativo di falsificazione il fondamento della conoscenza scientifica contemporanea". Ciò è avvenuto nel caso della sentenza di Vigevano che ha addirittura ammesso un tentativo di smentita rispetto alla massima di esperienza fino ad allora praticata, allo stesso modo la sentenza Cozzini e ha operato ed accolto principio di falsificazione, così come nella sentenza di Perugia nei confronti di tutti quanti gli indizi a carico che ha condotto al crollo degli stessi e di tutto l'impianto accusatorio. Ed è pertanto sostenibile considerare la sentenza Franzese come un vero antidoto rispetto ai veleni del processo penale, antidoto contro l'esclusione del contraddittorio per la formazione della prova scientifica, contro la totale discrezionalità del libero convincimento del giudice e anche contro la deriva tecnicistica che ha investito prova scientifica del valore di prova legale.