

PREFAZIONE

Che Gennaro Francione, dopo tanti anni di impegno nella magistratura e nella professione, nei quali ha dato e sta dando tanto, direi il meglio di sé, decidesse di scrivere un libro che si dedicasse al processo penale ed alle prove scientifiche, c'era da aspettarselo e finanche da augurarselo.

Tanta preparazione ed un'approfondita conoscenza della materia non dovevano rimanere patrimonio di una sola persona ma era bene che le sue idee e le sue competenze venissero estese anche agli altri, soprattutto ai tanti Colleghi che sicuramente leggeranno queste pagine e ne trarranno un prezioso aiuto in una materia delicata ed in grande espansione.

Già come Consigliere Segretario dell'Ordine degli Avvocati di Roma e Responsabile della Commissione Consiliare di Procedura Penale, avevo avvertito, da almeno un paio di anni, la forte esigenza di tracciare, con i Colleghi che supportano con tanto impegno il Consiglio, questi argomenti e fissare alcuni punti di riflessione emersi proprio nei convegni nei quali, su tali aspetti, si era speso tanto ed assai bene Gennaro Francione.

Gli incontri, i dibattiti e le relazioni che avevo ascoltato su questi temi mi avevano indotto a pensare che fosse necessario e sicuramente utile per gli Avvocati, confrontarsi su tali aspetti nevralgici del processo penale italiano, scandagliarne l'intima essenza, senza però limitarsi a mere ipotesi o semplici critiche ma creando un vero e proprio "antidoto" a quella che rischia di essere una deriva della giustizia che, talora, in mancanza d'altro, rischia di valorizzare eccessivamente l'indizio, fino a farlo assurgere, erroneamente, al rango di prova.

Certamente senza essere in possesso delle conoscenze dell'autore e ben lontano dalla sua competenza, avrei voluto raccogliere gli spunti e le riflessioni migliori dei Convegni e con l'ausilio della Commissione creare un quaderno ma lo scoppio della pandemia ci ha costretti a pensare esclusivamente all'ordinario, senza dedicarci ai grandi temi e poter lavorare in prospettiva.

Immaginate così con quanta gioia ho appreso della nascita di questo libro e che Gennaro, invece, ce l'aveva fatta, trasmettendo anche a coloro i quali hanno partecipato alla stesura del testo, quella "carica" emotiva che necessariamente deve ispirare ogni autore di opere.

Ma soprattutto sono rimasto enormemente felice ed appagato nel verificare che tanto ragionare ed argomentare aveva portato a colmare la lacuna che rischia di stritolare la giustizia, elaborando "quell'antidoto" di cui sopra avevo evidenziato l'esigenza, rappresentato proprio dalla "Tavola delle prove legali", strumento indispensabile per la ricerca della migliore giustizia processuale possibile, quella che, adottando esclusivamente il contraddittorio come unico metodo nella formazione della prova, riducesse il più possibile i rischi di addivenire ad una sentenza errata.

Poiché questo è il giusto approccio al processo, in ogni caso certamente il migliore, possiamo sperare che divenga patrimonio comune la consapevolezza che la conoscenza in genere e la ricerca della prova in particolare, incontra dei limiti che non devono però indurre chi rappresenta l'accusa a "caricare a testa bassa" per ovviare a tale inconveniente, rimanendo tetragono a quelle che sono le emergenze processuali, ove magari siano pro reo.

Occorre ricordarsi, invece, dell'importanza dell'articolo 358 del codice di procedura penale che impone al Pubblico Ministero di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

L'imputato, infatti, non sempre è in condizione di sapersi difendere e permettersi un valente avvocato e, quindi, proprio a maggior tutela di chi non abbia i mezzi per avere un'adeguata difesa tecnica, il processo deve essere ed apparire un meccanismo perfetto ove ad un eventuale giudizio di colpevolezza si pervenga attraverso prove incontrovertibili e non tramite "scorciatoie", quali possano essere una erronea valutazione del silenzio dell'imputato o della sua incapacità, magari per i motivi che abbiamo evidenziato pocanzi, a contribuire alla spiegazione di quanto avvenuto.

Se cominceranno a farsi strada, tra gli operatori della giustizia, i principi contenuti nella “tavola delle prove legali” si arriverà forse, finalmente, a quella tanto agognata parità tra accusa e difesa, con largo spazio alla controprova ed alla disamina di soluzioni alternative, per giungere con certezza all’attribuzione di un fatto, prediligendo l’*episteme*, quale frutto della conoscenza certa e dimostrabile, rispetto alla *doxa*, influenzata dal sistema indiziario, che consente la ricostruzione degli avvenimenti anche con il ricorso alla prova indiziaria e sulla base delle percezioni personali.

Insomma si avrebbe probabilmente un processo più “democratico” ed a dimensione dell’uomo qualunque, quello che più di altri incappa nella giustizia penale che ancora oggi, talora, con i suoi automatismi e la necessità di fare presto, rischia di stritolarlo.

Non deve essere un caso, quindi, la scelta del titolo che evidentemente ribadisce, ove ce ne fosse ancora bisogno, in un paese come il nostro che su questi grandi temi opera a “passo di gambero”, la necessità di offrire a tutti e soprattutto agli Avvocati, in funzione del ministero che esercitano, gli strumenti per addivenire ad una difesa effettiva, nel pieno rispetto della legge interna di rango costituzionale e della normativa sovranazionale.

Avv. Mario Scialla
Consigliere Segretario dell’Ordine degli Avvocati di Roma
Responsabile della Commissione di Procedura Penale

PRESENTAZIONE

1) Incostituzionalità della nuova inquisizione

Dopo la lettura de “La tavola delle prove legali” anche chi è stato sempre lontano dalle problematiche del processo penale avrà piena contezza di come la giustizia possa trasformarsi in un meccanismo infernale, che si impadronisce della vita altrui, stritolando l’esistenza di intere famiglie e travolgendo i sogni delle comunità di affetti che ruotano intorno alla persona colpita.

Talvolta basta trovarsi al posto sbagliato nel momento inopportuno, con una combinazione insolita, affinché la normalità della vita svanisca per sempre.

Nel nostro Paese concorrono due elementi fondamentali a rendere talvolta possibile una tale manifestazione della violenza del potere.

Da un lato un profilo culturale, espresso da un pregiudizio inquisitorio, per cui il sospettato, sulla base di meri indizi, è il mostro marchiato irreversibilmente, condannato prima ancora della formulazione di un vero ragionamento probatorio. La pressione si accentua quando il soggetto incappato nella maglia giudiziaria degli indizi presenta i tratti personologici e antropologici del colpevole. Se non è lui ad aver commesso il fatto è comunque il soggetto che potrebbe averlo commesso, così combinandosi l’equivocità indiziaria con una concezione di colpevolezza per il modo di essere. È una forma di colpa d’autore, tipica dei totalitarismi ideologici di ogni colore politico e che uno stato democratico dovrebbe bandire con forza.

Dall’altro vi è il profilo normativo del nostro processo penale che, ad onta di quanto comunemente si creda, è di tipo marcatamente inquisitorio. Anzi, paradossalmente, il codice Vassalli, entrato in vigore nel 1989, che doveva introdurre in Italia il modello anglosassone del processo accusatorio, ha in realtà sancito la centralità e una sostanziale esclusività nella fase delle indagini preliminari del pubblico ministero, magistrato collega del giudice. Ma soprattutto ha decretato il trionfo normativo dell’indizio, consacrato nell’art. 192, comma 2, c.p.p., laddove nel precedente sistema la prova indiziaria era costruita solo dalla giurisprudenza, ma con il non irrilevante contrappeso della presenza di un giudice istruttore. C’era, quindi, un organo in qualche modo terzo a coordinare l’attività di investigazione e pronto ad arginare eventuali teoremi delle procure.

Assistiamo così, di frequente, a condanne penali, anche all’ergastolo, sulla base dell’indizio, che la più autorevole giurisprudenza definisce come il “*fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su massime di esperienza consolidate e affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare, secondo lo schema del cosiddetto sillogismo giudiziario*” (Cass., Sez. Un., 4.2.1992 n. 6682).

Dunque, un sillogismo, in realtà basato sul pregiudizio espresso dalla metodologia apodittica aristotelica, che come ben è stato esposto nel libro è dogmatica e assiomatica, ritenendo appagante l’inquadramento di un fenomeno in una categoria per ricavarne un’inferenza significativa. La pretesa di un tale ragionamento è che ogni uomo debba seguire uno schema predeterminato, nella medesima situazione dovrebbe comportarsi come si comporterebbe l’investigatore o la concezione dominante ritiene plausibile o inevitabile comportarsi, senza ammettere la naturale o possibile varietà delle reazioni umane agli stimoli cui si è sottoposti.

A questa cultura e a questo impianto normativo reagiva un coraggioso giudice controcorrente, Gennaro Francione, magistrato di professione, filosofo per vocazione, drammaturgo con convinzione e soprattutto liberale per formazione, che con l’ordinanza (Tribunale di Roma) del 13 giugno 2000, nel sollevare la questione di costituzionalità dell’art. 192, 2° co., c.p.p. in rapporto agli artt. 2, 3, 13 e 111 della Costituzione, tentava di imprimere all’ordinamento un diverso *modus procedendi* sostenendo “*l’applicazione nella valutazione della prova di un criterio valido... quello scientifico in un mondo reale di eguali davanti alla legge*” e quindi del “*metodo più avanzato in scienza, quello di Karl Popper, procedendo non solo alla verifica dei dati ma alla loro rigorosa falsificazione, in prova e controprova attraverso la processazione di ulteriori dati che potrebbero scalfire l’ipotesi base. Ciò ad evitare verdetti basati non sulla verità scientifica*

ma sull'azzardo logico..." perché *"...nella scienza setacciata secondo i criteri dell'epistemologia popperiana le tracce dei fenomeni non portano a nulla ma hanno senso solo se conducano a prove conclusive e ripetute costantemente da qualunque sperimentatore esaminate"*.

Solo le prove scientifiche, quindi, secondo la ricostruzione del giudice remittente, validate per l'intera sequenza della vicenda, possono garantire una logica ricostruttiva, ove il fatto appaia scientificamente consequenziale e non solo logicamente evincibile, quasi un gioco linguistico che possa pervenire a una qualunque conclusione voluta.

In sostanza, l'impostazione proposta per l'accertamento del fatto e la ricollegabilità certa a un soggetto è di tipo empirico-sperimentalista, che come il libro ben illustra assume una dimensione squisitamente congetturale, non offre certezze precostituite sulla base di abitudini ricorrenti o di convinzioni che qualcuno applica sillogisticamente a tutta l'umanità, ma crea ipotesi da verificare e integrare con gli elementi che la scienza può offrire. Trattasi del procedimento proprio del pensiero popperiano, di tipo multicongetturale, ove l'ipotesi originaria è sottoposta alla resistenza di tutte le controprove che ipotesi alternative possano generare, così non lasciando inesplorato alcuna fase di verifica e di falsificazione.

Ma la Corte Costituzionale, con l'ord. n. 302 del 2001, disattendendo la questione, giungeva a conclusioni sorprendenti, allorché rilevava che *"a prescindere da ogni valutazione sulla esattezza delle concezioni epistemologiche illustrate dal giudice a quo, la richiesta soppressione della norma impugnata non condurrebbe a eliminare la prova indiziaria dal panorama conoscitivo del processo penale"* in quanto *"la prova indiziaria, compenetrata nella risalente tradizione processuale...costituiva già legittimo fondamento del convincimento del giudice nella vigenza del codice di rito abrogato"*.

In buona sostanza, per il Giudice delle leggi anche espellendo la norma che regola la prova indiziaria, quest'ultima non verrebbe meno, perché coesistente al ragionamento probatorio corrente, il che è in realtà un paradosso, laddove era nella possibilità della Corte dichiarare, con argomentazioni perentorie, che andavano al di là anche della formulazione dell'art. 192 c.c., che il processo indiziario era incostituzionale, per contrasto con i fondamentali canoni della nostra Carta fondamentale.

La questione andrebbe ora riproposta, anche alla luce dell'inciso: "Al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 533 c.p.p., che deve sempre accompagnare una pronuncia di affermazione della colpevolezza, aggiunto dalla legge Pecorella del 2006.

2) La tavola delle prove legali fondamento di una giustizia giusta

Intanto, questo pregevole libro, coordinato proprio da Gennaro Francione e che si avvale di professionalità diverse, propone, attraverso la creazione del "La tavola delle prove legali", una baconiana *pars construens* che deve seguire al necessario processo di demolizione del sistema vigente, il passaggio dal giudice romanziere, che sulla base di labili elementi indiziari costruisce una storia, magari suggestiva, ma non necessariamente vera, al giudice scienziato, che su elementi certi, sottoposti al setaccio critico di ogni controprova o verifica di soluzioni alternative, giunga con certezza all'attribuzione del fatto.

Si pone, così, una griglia di regole che, annullando ogni libero convincimento del giudice, in sé fallace e fallibile, si affida solo ad ipotesi che presentino i requisiti della certezza e della incontrovertibilità, resistenti a una diversa possibile sequenza causale degli accadimenti.

Il passaggio dal giudice romanziere al giudice scienziato, assistito da biologi forensi e da altri scienziati, rappresenta, dunque, il trionfo dell'*episteme*, cioè della conoscenza certa e scientificamente testata, sulla *doxa*, fulcro di un sistema indiziario, che costruisce il fatto sulla base di mere percezioni personali, di collegamenti e di una consequenzialità che, se nella normalità dei casi si verifica, non inderogabilmente, in assenza di evidenze scientifiche, si è riprodotta nel caso singolo.

Si pensi, ad esempio, al fondamentale principio, inserito nella "Tavola", dell'*unus testis, nullus testis*, di per sé idoneo a impedire che, attraverso l'uso malizioso del processo penale, con la strumentale costituzione

di parte civile, si ottenga un risultato che con l'azione civile ordinaria non si potrebbe mai conseguire, per essere il soggetto offeso parte nel processo civile e teste in quello penale, come tale tenuto a dire la verità e per costante giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cass. n. 676/20) le sole dichiarazioni della persona offesa “*non esigono alcun riscontro in elementi esterni, così che esse possono costituire da sole fonte di prova quando siano ritenute dal giudice secondo il suo libero e motivato apprezzamento, attendibili sul piano oggettivo e su quello soggettivo*”.

Trattasi di una conclusione aberrante, se incidente sulla libertà personale, cui l'applicazione del “La tavola delle prove legali” pone fine, con l'esigere la prova scientifica e non romanzesca o autoprodotta.

“La tavola” pone vincoli molti precisi anche nella risoluzione del dilemma sulla priorità tra tesi di periti contrapposti, secondo lo schema proposto dal biologo forense Eugenio D'Orio, sbarrando la strada a un contraddittorio speculativo, che finisce per offrire al giudice un'indebita libertà al suo ragionamento probatorio. Così si definiscono correttamente anche il carattere e il significato delle risultanze scientifiche, che hanno postulati ben precisi e non si risolvono, ad esempio, nella mera lettura del DNA, all'identificazione non potendo accompagnarsi un seguito romanzesco.

Interessanti, altresì, appaiono le considerazioni sviluppate nel libro sulla portata delle dichiarazioni dei bambini, su come vanno lette e inevitabilmente circoscritte. Si è proceduto anche al sostanziale svuotamento della valenza delle intercettazioni, pur comunemente ritenute strumento indefettibile di ricerca della prova, che possono offrire la c.d. pistola fumante solo con rigorosissimi presupposti, non certo decontestualizzandole o estrapolando singoli passaggi e senza considerare la varietà della psicologia umana nel rendere certe affermazioni. Infatti, una stessa espressione può assumere significati e verità diverse secondo l'interlocutore, il temperamento del dichiarante, il livello culturale delle persone che parlano, la loro provenienza territoriale e le finalità perseguite in un dato momento.

Risuona, in tale contesto, sempre attuale il monito di José Saramago, per il quale “le parole sono il diavolo, noi li a credere di lasciarci uscire dalla bocca solo quelle che ci convengono e, tutto a un tratto, se ne intrufola un'altra e ci mettiamo a negare ciò che prima affermavamo o viceversa”.

Insomma, “La tavola delle prove legali” ha l'obiettivo certamente ambizioso, nella convinzione che l'ambizione, come diceva Sallustio, tra tutti i vizi umani, è quello che più assomiglia alla virtù, di cambiare il processo penale e, quindi, il livello della civiltà di questo nostro Paese. Scardinando il processo indiziario, *malleus malleficarum* dei moderni inquisitori, si può perseguire una politica criminale che, se da un lato mira doverosamente ad assicurare alla giustizia il colpevole, vuole prioritariamente evitare che venga condannato l'innocente.

Naturalmente per questo percorso occorre in primo luogo che sul piano squisitamente culturale si accettino i naturali limiti dell'uomo, che può anche non arrivare a scoprire, al di là di ogni ragionevole dubbio, il responsabile di un delitto, soluzione da scongiurare, ma sempre preferibile ad associare al fatto un “colpevole a prescindere”.

Deve poi essere definitivamente chiaro che l'imputato non ha alcun onere di provare la sua innocenza, essendo, invece, rimessa la prova della colpevolezza esclusivamente alle indagini condotte su base scientifica.

Il silenzio dell'imputato, come ben illustrato nel testo, è un dato assolutamente neutro, così come le sue dichiarazioni vanno valutate con cautela, specie nella chiamata di correo.

Sul piano giuridico, invece, questa innovazione implica una serie di riforme strutturali, anche di ordine costituzionale, per trasformare il processo penale in una sequenza di carattere scientifico, ove all'affermazione di penale responsabilità si pervenga attraverso prove incontrovertibili, quali la confessione, le intercettazioni telefoniche inequivocabili, i percorsi ricostruiti con telecamere a circuito chiuso, le marcature *post delictum* con microspie, l'uso dell'informatica e degli algoritmi, delle neuroscienze, della tomografia digitale, dell'entomologia forense, della medicina legale e dei rilievi scientifici a partire dal DNA, ove la prova non deve limitarsi alla sua identificazione, ma anche indicare il “come” e il “quando” della collocazione della traccia, cioè dell'azione che ha determinato la sua fissazione in un determinato

punto. Il tutto previo superamento di ogni possibile controprova, affinché il fatto sia attribuito con certezza assoluta, senza alcun ragionevole dubbio.

3) **La rivoluzione copernicana: dal giudice romanziere al giudice scienziato**

Con la trasformazione del giudice da romanziere, che spesso procede a ricostruire la storia come fosse uno scrittore, a scienziato, protagonista della fase delle indagini, con un PM in posizione servente, come nella vecchia istruzione formale, assistito da tutte le competenze scientifiche che il caso richieda, il sistema della giustizia compirà una rivoluzione copernicana, con il supporto di importanti corollari.

In primo luogo nel giudizio collegiale dovrà prevalere sempre la tesi assolutoria, anche se in minoranza, perché il fatto che anche un solo giudice si sia espresso favorevolmente al reo esprime di per sé un ragionevole dubbio sulla colpevolezza.

Questo elemento ridimensiona sino ad annullare la funzione del giudice del secondo grado e anche della Cassazione in caso di pronuncia assolutoria, sulla quale non si dovrebbe più tornare, salva l'integrazione di un'abnormità, negatrice di un'evidenza scientifica.

Si imporrà, poi, la nomofilachia del *favor rei* sul terreno dell'interpretazione normativa, nel senso che dovrà prevalere sempre l'interpretazione più favorevole all'imputato a prescindere dal giudice (di primo o secondo grado o della Cassazione) che la formulerà, anche in tal caso con il solo limite dell'abnormità.

Sarà, inoltre, opportuna la separazione dell'azione civile da quella penale, dato che nel processo civile, ove l'assetto di interessi è diverso, trattandosi di regolare una situazione giuridica tra privati e non punire qualcuno per un fatto antiggiuridico, il ragionamento probatorio potrà ancora ubbidire in parte anche a canoni logici e non solo o non strettamente scientifici (anche se proprio in quest'ambito si stanno sviluppando studi sulla giustizia predittiva e sulla modellizzazione matematica del processo).

Un tale sistema, inoltre, non potrà non incidere anche sull'ordinamento giudiziario, a cominciare dalla separazione della carriera, non essendo concepibile l'appartenenza di chi sosterrà l'accusa, sia pure privato del ruolo di *dominus* delle indagini, alla stessa carriera del giudicante scienziato e non più romanziere, ruolo, quest'ultimo, che invece la parte, se riterrà, potrà in parte conservare. La rivoluzione sistemica inciderà sullo stesso autogoverno della magistratura, oggetto in tempi recenti di cronache poco commendevoli, il depotenziamento delle procure e l'avvento del giudice scienziato, con l'annullamento del libero convincimento, non potendo che far venir meno il ruolo della rappresentanza politica della magistratura.

L'avvento del giudice scienziato, imbevuto di epistemologia popperiana, segnando il salto dalla *doxa* all'*episteme*, svuoterà lo stesso ruolo del dibattimento, dato che la centralità scientifica delle indagini, condotte da un giudice, in posizione di parità rispetto alle parti, e non da un pubblico ministero, inciderà sulla portata della *cross examination* successiva.

Insomma, un cambiamento radicale delle modalità dell'accertamento penale, espressione di un passaggio di civiltà.

Il libro è gradevolissimo per la vivacità culturale degli spunti che offre e anche per il taglio pratico che presenta, con interessanti riferimenti a noti casi di cronaca giudiziaria, di immediata lettura per gli addetti ai lavori, ma di sicuro interesse anche per il cittadino medio che abbia a cuore il tema della giustizia.

Possiamo dire che il testo rappresenta un programma politico della giustizia nel nostro Paese, non nel senso di propaganda partitica, ma di offerta di una visione della politica, intesa nel suo significato più nobile di offerta di soluzione di un problema della *polis*.

Quanti proclami vuoti degli ultimi anni, ora sbandierati dalla destra ora dalla sinistra, di riforma del sistema giustizia! Si sono proposte modifiche di facciata su temi sensibili, modulate sul solo impatto mediatico, una volta le intercettazioni, un'altra volta la prescrizione e così via. "La tavola delle prove legali" rappresenta l'unico programma idoneo a incidere sulla struttura e la funzionalità del processo penale e a

cambiare la fisionomia del potere giudiziario, rendendolo davvero strumento di giustizia e non di vessazione di innocenti.

L'auspicio, allora, è che questo testo possa essere discusso nell'ambito della magistratura, dell'avvocatura, delle università, delle scuole, insomma nella società civile, per tentare di uscire da un oscurantismo che, con combinazioni sfortunate, potrebbe travolgere ciascuno di noi. Ove ciò non avvenisse, sarebbe per il Paese un'occasione perduta.

Dott. *Daniele Colucci*
Magistrato