

SAPIENZA UNIVERSITA' DI ROMA

Prof. Alfredo Gaito

Anno accademico 2012/2013

**Valutazione della prova scientifica e
prevalenza del principio dell'oltre ogni
ragionevole dubbio**

**Il ruolo della giuria nel processo penale
italiano ed in quello statunitense.**

Jennifer Di Francesco

Maria Giuseppina Di Giacomo

Maria, Teresa, Pia Farina

Sara Galante

Doriana-Violeta Iusco

Migerta Kajmak

Ada Kodra

Tutor di gruppo: Alberto Conti

Indice

Parte Prima

L'Oltre ogni Ragionevole Dubbio: la peculiarità dell'esperienza italiana rispetto ai sistemi di common law

- 1.1 Il ragionevole dubbio: profilo storico e rapporto con la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.)
- 1.2 Quando la prova è ragionevole? E Come si supera il ragionevole dubbio?
- 1.3 Massime di esperienza o ragionevole dubbio nei procedimenti di criminalità organizzata
- 1.4 Profili comparatistici: il ragionevole dubbio nei diversi ordinamenti
- 1.5 Motivazione espressa dal giudice o motivazione implicita dal processo: riflessioni dalla sentenza *Agnelet v. Francia*
- 1.6 Esperimento giudiziale: riproduzione del caso Meredith negli Stati Uniti

Parte Seconda

Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense

- 2.1 La Corte d'Assise italiana ed il ruolo della giuria: descrizione e competenze
- 2.2 La giuria nel regime di appello: quale consapevolezza degli atti del processo da parte dei giudici popolari?
- 2.3 Il ruolo del giudice e le *instructions* nel sistema statunitense
- 2.4 Giuria e profilassi della prova: parametri di ammissibilità e possibile suggestione dei membri della giuria
- 2.5 La prova scientifica: l'introduzione della scienza nel processo penale
- 2.6 Partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia: posizioni favorevoli e sfavorevoli, pregiudizi e vantaggi

Parte Prima

1.1 Il ragionevole dubbio: profilo storico e rapporto con la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.)

Il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, di matrice angloamericana, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con la legge n. 46 del 2006 che ha modificato l'art. 533 c.p.p. il quale attualmente al primo comma prevede che: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio".

Un aspetto di fondamentale importanza, che risulta prioritario affrontare con riguardo a tale principio, è il rapporto con il secondo comma dell'art. 27 Cost., in base al quale "l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva". Da una parte "secondo l'interpretazione concorde degli studiosi del processo italiano, la regola del ragionevole dubbio costituisce la sostanza concreta della presunzione di non colpevolezza stabilita dall'art. 27"¹; dall'altra il principio della presunzione di innocenza, che è sotteso a questa norma costituzionale, rappresenta un criterio interpretativo nonché uno dei "fondamentali principi di civiltà e cardini dei moderni ordinamenti processuali"² che serve per l'applicazione e l'interpretazione di tutte le norme di rango ordinario del processo penale, tra le quali appunto l'art. 533 c.p.p. che sancisce la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio".

Inoltre, la presunzione di innocenza si può definire una "regola probatoria e di giudizio"³ che distribuisce l'onere probatorio, perché se l'innocenza dell'imputato è già presunta, spetta all'accusa metterla in discussione e in questi termini "il secondo comma dell'art 27 Cost. assegna all'imputato una posizione di vantaggio in quanto diversifica il cosiddetto standard probatorio, cioè la quantità e la qualità della prova che ciascuna parte deve fornire al giudice per ottenere una pronuncia a sé favorevole. Quindi mentre il pubblico ministero dovrà provare i fatti costitutivi del reato oltre il ragionevole dubbio, all'imputato basterà insinuare il dubbio circa l'esistenza di elementi impeditivi anche solo creando la situazione di incertezza necessaria a sostanziare il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato"⁴.

Il primo problema che si pone, però, è dovuto al fatto che nel secondo comma dell'art. 27 Cost. non è espressamente previsto il principio della "presunzione di innocenza", ma quello più ambiguo della "non considerazione di colpevolezza". Per comprendere le motivazioni di questa scelta linguistica e le conseguenze che ha avuto successivamente sulla legislazione e sulla giurisprudenza si può partire dal contrasto di opinioni già presente al riguardo all'interno dell'Assemblea Costituente.

La prima formulazione che fu proposta dagli onorevoli La Pira e Basso fu la seguente: "L'imputato è presunto innocente, fino a che con atto dell'autorità giudiziaria non sia stato dichiarato colpevole"⁵. Da subito l'on. Cevolotto affermò di non poter approvare questa formulazione, perché

¹ Progetto di legge – N. 2247 della XIV legislatura assegnato il 19 febbraio 2002 in sede Referente alla commissione II Giustizia, in www.camera.it.

² CANZIO, L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 304 ss.

³ STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2002, p. 76.

⁴ GAROFALI, *Dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio* in www.Treccani.it 2010, pag. 4-6.

⁵ LA PIRA e BASSO, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, seduta del 17 settembre del 1946.

“non può esistere nessuna presunzione di innocenza da parte dell'autorità nei riguardi dell'imputato, il quale non può essere condannato se non vi sono prove: bisogna provare che c'è un reato. Se si parte da una presunzione di innocenza, questa prova si trasforma in una prova contraria”⁶.

L'on. Mancini ricordò che la presunzione di innocenza dell'imputato era stata una grande conquista del Codice del 1913 che fu poi soppressa con i codici fascisti. Fu così che in seguito all'accesso dibattito il comma venne modificato nella seguente forma: «L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva». Nonostante ciò continuarono ad emergere forti dissensi in Costituente e l'on. Crispo affermò che: “la presunzione di innocenza è contrastata da tutte le norme della nostra legislazione penale (...) l'imputato sarà innocente o colpevole, secondo che il giudice lo dichiarerà innocente o colpevole”⁷.

Invece tra i sostenitori della presunzione di innocenza vi fu l'on. Moro il quale la considerò: “forma di garanzia della libertà individuale” e “un principio che è necessario ammettere”⁸. Il dibattito rimase acceso finché non si raggiunse una soluzione di compromesso come emerse dalle parole dell'on. Leone: “Di fronte a tale problema, la Commissione si è posta, con sano criterio di equilibrio, nel giusto mezzo stabilendo la non presunzione di colpevolezza fino al momento della sentenza di condanna definitiva (...). È necessario che questa presunzione si tenga ferma; presunzione necessaria, sì, perché, mentre il principio di innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un'espressione di alcune esigenze concrete”⁹.

Il testo definitivo dell'art. 27, comma 2, Cost. secondo il quale “l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva” riusciva ad armonizzare i diversi pareri, ponendosi come una formula non troppo drastica che permetteva un largo margine interpretativo e della quale, nei successivi interventi, si riconosceva spesso l'equivalenza di significato rispetto alla presunzione di innocenza.

Il problema si presenta però nel modo in cui è stato poi interpretato questo articolo negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, infatti “non presumendosi durante il processo né un innocente né un colpevole, la condizione di imputato dà corpo ad uno status intermedio, caratterizzato da limitazioni alla originaria sfera di libertà delle quali è titolo legittimo e sufficiente l'imputazione”¹⁰.

È la stessa Corte Costituzionale a farsi portatrice di questo pensiero nella sentenza n. 124 del 1972 nella quale si legge: “durante il processo non esiste un colpevole bensì soltanto un imputato (...) dunque la condizione non colpevole non sembra identificarsi con quella dell'innocente”.

La conferma di questa interpretazione restrittiva della norma costituzionale si riscontra nel fatto che, tranne rari casi, l'art. 27, comma 2, Cost. non è mai stato usato per fondare dichiarazioni di incostituzionalità. A volte la Corte ha affermato che “riguarda soltanto il principio fondamentale di civiltà e di giustizia che vieta di considerare colpevole, sotto qualsiasi aspetto e per ogni effetto, l'imputato prima della condanna definitiva”¹¹; in altri casi ha detto che questo principio “non investe il modo di provare i fatti di reato”¹².

⁶ Vedi nota 5.

⁷ CRISPO, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, seduta del 15 aprile 1947.

⁸ Vedi nota 5.

⁹ LEONE, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, seduta del 27 marzo 1947.

¹⁰ DOMINIONI, *Il 2° comma dell'art. 2*, in *Commentario della costituzione Rapporti civili*, BRANCA, 1991, p. 196 ss.

¹¹ Corte cost., 18 maggio 1959, n.33.

¹² Corte cost., 19 luglio 1968, n. 110.

Per tali motivi è stata molto forte la critica della dottrina successiva alla giurisprudenza costituzionale di quegli anni: “Decisioni di volta in volta non concludenti, contraddittorie, apodittiche, elusive sembrano in definitiva poter trovare una sola spiegazione: la Corte, consapevole delle implicazioni ultime del principio, è rimasta riluttante a renderlo operativo anche soltanto in singoli istituti al fine di evitare che, per questa via, si mettesse in moto nel sistema penale una logica processuale che risultasse erosiva di metodi giudiziari ormai sedimentati e condivisi dagli assetti politici. (...) Essa ha fatto mancare il suo apporto ad una sicura costruzione tecnica del principio costituzionale. Non solo, ma ritraendosi dal conferirgli concreta attuazione anche nei casi di maggiore evidenza ha impedito che i suoi effetti innovativi cominciassero a circolare negli stessi contenuti del codice Rocco”¹³.

Il secondo comma dell’art. 27 Cost. propaga però i suoi effetti positivi, in una prospettiva garantista, ponendosi come una linea guida centrale per la redazione del nuovo codice di procedura penale introdotto con la legge n. 330 del 1988. La riforma ha rappresentato un’attuazione più concreta del principio della presunzione di innocenza, infatti la legge di delega aveva previsto l’attuazione dei principi della Costituzione e l’adeguamento alle norme delle convenzioni internazionali.

Proprio nel panorama normativo internazionale sono molti i riferimenti al principio della presunzione di innocenza: l’art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea del 2000 nel quale si legge: “ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente provata”; l’art. 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici in base al quale: “ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente”. È poi centrale in ambito europeo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo che all’art. 6 prevede: “ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”. La esplicita previsione della presunzione di innocenza nel contesto normativo sovranazionale conduce alla conclusione che sarebbe forse opportuno auspicare una revisione costituzionale dell’art 27, comma 2, Cost. per meglio adeguare il nostro ordinamento giuridico ai principi contenuti soprattutto nella C.e.d.u.

D’altra parte l’ormai mutato assetto normativo del c.p.p. sembra mettere in discussione l’ambigua espressione della “non considerazione di colpevolezza”, che se nel 1948 era sembrata una scelta opportuna per la compatibilità con il codice Rocco del 1930, e nel periodo successivo è riuscita comunque a fare da linea guida per importanti riforme come quella del 1988, risulta attualmente forse inadeguata rispetto a norme di rango ordinario come l’art. 533 c.p.p. che prevede oggi “l’oltre ogni ragionevole dubbio” come regola di giudizio. Perciò in considerazione della fatica e del ritardo con cui ha fatto ingresso nel nostro ordinamento la regola *bard* sia a livello legislativo che giurisprudenziale, risulta ormai restrittivo il secondo comma dell’art. 27 Cost. Infatti è meglio evitare che una norma costituzionale sia interpretata alla luce di una norma di rango ordinario, perché ben venga oggi un’interpretazione estensiva della non considerazione di colpevolezza, ma onde scongiurare il rischio di interpretazioni restrittive future come quelle che vi sono state in passato, sarebbe più opportuno modificare la norma in questione ed esplicitare il principio della presunzione di innocenza, poiché per quanto se ne voglia dire sull’equivalenza delle due espressioni, “non considerazione di colpevolezza” e “presunzione di innocenza” così identiche non sono. Come già si rilevava alla fine del secolo scorso “l’amara conclusione è che, a cinquant’anni

¹³ DOMINIONI, *op. cit.*

dall'entrata in vigore della costituzione, sulla presunzione di innocenza continuano a parlarsi due linguaggi diversi”¹⁴.

1.2 Quando la prova è ragionevole? Come si supera il ragionevole dubbio?

L'introduzione nel nostro ordinamento di questo criterio mutuato dall'esperienza statunitense non è rimasto privo di riflessi pratici e ha sollevato numerosi interrogativi a cui sia la dottrina che la giurisprudenza hanno cercato di dare una risposta.

Prima di tutto bisogna chiedersi: quando il dubbio può dirsi ragionevole?

A questa domanda risponde efficacemente Elena Maria Catalano, che osserva come la regola sia stata applicata in sede di valutazione delle prove. “I commentatori hanno avvertito l'esigenza di raccordare la formula al tessuto normativo del codice e in particolare alla previsione dell'obbligo di motivazione. In questa prospettiva dubbio ragionevole equivale a dubbio resistente alla motivazione. (...) Pertanto il dubbio può dirsi ragionevole quando le prove acquisite nell'istruzione dibattimentale consentono una spiegazione alternativa dei fatti (...) la presenza di un principio di prova o di una prova incompleta porterà all'assoluzione”¹⁵.

Si tratta in sostanza di definire che cosa realmente richiede tale regola di giudizio. In questa direzione si muove Giovanni Canzio quando scrive che “la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio pretende (ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice) percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standard conclusivi di alta probabilità logica in termini di certezza processuale, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova come espressione del diritto di difesa estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti a una valutazione legale completa e razionale della prova.”¹⁶

Quello che più conta è però delineare la vera portata del principio nella prassi del processo a struttura antagonistica entrato in vigore con la riforma del codice di rito del 1988. Dire che la valutazione della prova indiziaria, come ha più volte chiarito la giurisprudenza, deve essere condotta alla luce della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio significa che nel compito di valutazione del materiale probatorio il giudice è sempre chiamato a ponderare opinioni e ricostruzioni diverse dalle quali dipende l'esito del processo e la decisione sulla responsabilità dell'accusato. Alla fine se permane un dubbio ragionevole il giudice dovrà assolvere.

La questione centrale allora diventa quella di individuare gli strumenti che consentono al giudice di interrogarsi sulla reale portata del dubbio e di decidere quando questo non possa essere superato. “Da questo punto di vista lo strumento più prezioso per valutare l'effettiva sussistenza di dubbi in grado di comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio è senz'altro il meccanismo del controesame dei testimoni e degli esperti citati in giudizio dalle parti. Attraverso tale confronto incrociato infatti l'imputato può far emergere attraverso il suo difensore contraddizioni e lacune sufficienti ad integrare il dubbio ragionevole, mentre l'accusa può

¹⁴ GAROFALI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*. In *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 1200.

¹⁵ CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. penale e processo* v1/2011 p. 92 ss.

¹⁶ Vedi nota 5.

controbattere tale tentativo smentendo la fondatezza delle perplessità sollevate intorno alla propria ricostruzione dei fatti.”¹⁷ Le parti hanno così la possibilità di far nascere in sede di processo (oppure di demolire) i dubbi ragionevoli. In particolar modo, prosegue l’Autore, a proposito della prova testimoniale, sia quella sul fatto che ancor di più quella proveniente dagli esperti, la dialettica del controesame consente di far emergere tutti gli spunti necessari affinché il giudice possa stabilire se sussistono o meno dei dubbi sulla responsabilità dell’imputato, assumendo le proprie determinazioni solo all’esito della valutazione delle prove disponibili. Tale meccanismo è quindi lo strumento che fa funzionare nel processo la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, consentendo poi in particolare di svelare le forzature che spesso si nascondono dietro le affermazioni scientifiche apparentemente solide provenienti degli esperti.

Nonostante queste prese di posizione e i tentativi di definizione della regola, non si possono negare le difficoltà di applicazione che essa ha incontrato nell’essere introdotta in un ordinamento (appunto, quello italiano) completamente diverso dal sistema in cui il principio ha avuto origine: fondato sulla motivazione delle decisioni il primo, a verdetto immotivato il secondo.

Perché è difficile trapiantare la regola dell’oltre il ragionevole dubbio nel nostro sistema? Perché quella regola è nata in un sistema a verdetto immotivato della giuria mentre il nostro è un sistema a verdetto motivato di giudici professionali. Si tratta di prospettive radicalmente diverse. In un sistema con giuria il problema è fare in modo che si formi un corretto convincimento dei giurati. Quindi è un sistema orientato a determinare un corretto stato mentale dei giudici. In un sistema siffatto esistono due priorità: selezionare solo il materiale probatorio che sia idoneo a portare alla verità; fissare a quale livello si può ritenere di aver raggiunto la verità. La *law of evidence* serve al primo scopo, lo standard probatorio dell’oltre il ragionevole dubbio serve al secondo.

Per il nostro sistema, invece, lo stato mentale del giudice è irrilevante: quel che conta è la motivazione.¹⁸

In questa prospettiva, secondo l’impostazione adottata da Iacoviello, la formula non va intesa come standard probatorio, bensì come metodo legale di giudizio fondato sulla dialettica del dubbio ragionevole.

La differenza consiste nel fatto che, mentre il sistema americano punta a fissare uno standard probatorio legale, il quale stabilisce il limite al di sopra del quale una condanna è legittima e al di sotto del quale è illegittima, il sistema italiano al contrario fissa un metodo legale di prova da percorrere per giungere a quella soglia: non è importante fissare uno standard probatorio perché la verità è il risultato che deriva dall’applicazione del metodo legale.

Quindi la formula del ragionevole dubbio significa “la dialettica del dubbio come strumento di valutazione delle prove e delle ipotesi sul fatto”. Davanti alle prove portate dall’accusa occorre chiedersi: “partiamo dall’idea che l’imputato sia innocente, come si spiegano queste prove?”. L’Autore si preoccupa anche del non secondario profilo concernente il controllo effettuato dalla Cassazione sul rispetto del limite dell’oltre il ragionevole dubbio. Questa tecnica comporta che il sindacato del giudice di Cassazione non possa limitarsi al controllo della coerenza intrinseca e delle congruità dei fatti all’ipotesi dell’accusa, ma debba prendere in considerazione anche le ipotesi antagoniste di spiegazione dei fatti: il ragionevole dubbio funziona sia contro le ipotesi dell’accusa

¹⁷ D’ALESSANDRO, *L’oltre ogni ragionevole dubbio nella prassi del processo: il ruolo decisivo del controesame e della motivazione scritta*. In *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2004 p. 699 ss.

¹⁸ IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cassazione Penale*, 2006 p. 3869 ss.

sia contro quelle della difesa: e queste, per essere ragionevoli, devono neutralizzare la prima. “La ragionevolezza è la misura di tutte le cose, dell’accusa come della difesa”.

Il miglior modo per comprendere a pieno il reale funzionamento e la portata di questa regola è osservare come questa sia stata concretamente applicata dai giudici nelle loro sentenze. In America, dove il principio è nato, il caso del processo a O. J. Simpson, accusato di aver ucciso l’ex moglie e un suo amico, fornisce un esempio del funzionamento pratico dell’operatività del Ragionevole dubbio. In particolare in merito all’uso della prova del DNA: “un capitolo cruciale del contraddittorio dibattimentale riguardò l’analisi del DNA contenuto nei capelli e nelle tracce di sangue ritrovate in un guanto presente sulla scena del delitto, oltre che in un paio di calze rinvenute nella camera da letto dell’imputato. Di fronte al verdetto di compatibilità di questi reperti con il DNA di Simpson e della vittima fornito dagli esperti dell’accusa, la difesa condusse un martellante controesame, al termine del quale, pur non modificando la propria conclusione, i consulenti del prosecutor furono costretti ad ammettere di aver taciuto alla corte il fatto che la prova del DNA è tutt’altro che la prova infallibile comunemente ritenuta, cosicché un apprezzabile margine di dubbio continuava innegabilmente a permanere”¹⁹.

Ma oltre a quella nordamericana, anche la casistica italiana offre numerosi esempi rispetto alla portata della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio. Rispetto alla sua concreta applicazione come criterio guida del controesame, si ricorda il processo svoltosi davanti al Tribunale di Venezia relativo alle morti verificatesi tra i lavoratori di uno stabilimento petrolchimico e ricollegata all’esposizione ad una sostanza tossica usata nella produzione (cloruro di vinile monomero). In questo caso “sono stati numerosi gli esperti colti in contraddizione rispetto a quanto asserito al di fuori del dibattimento”²⁰: i consulenti medico legali dell’accusa, ad esempio, sono stati costretti a confermare nel corso del controesame l’opinione del tutto opposta da essi sostenuta in alcuni contributi scientifici, e cioè che quando si affrontano i casi singoli non è possibile stabilire quali di essi è causato dall’esposizione professionale e quale no. Gli esperti epidemiologi, che all’inizio avevano sostenuto l’esistenza di un ruolo eziologico dell’esposizione al Cvm in tutti i casi presentati dall’accusa, sono stati costretti a modificare la loro opinione sostenendo che l’epidemiologia studia le popolazioni mentre è muta davanti al caso concreto. Permangono per il giudice dubbi più che ragionevoli che portano all’assoluzione.

“Appare senz’altro meritevole di considerazione la circostanza che dell’esistenza e della concreta operatività della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio nel sistema processuale italiano si dia atto in alcune recenti sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione. In Sez. Un., 21 aprile 1995, Costantino, la formula viene richiamata per tracciare i confini con il diverso e autonomo apprezzamento prognostico e probabilistico del fenomeno giuridico della misura cautelare personale: quanto al significato da attribuire ai gravi indizi di colpevolezza deve ritenersi che essi siano costituiti da quegli elementi a carico che non valgono di per se a provare oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell’indagato e tuttavia consentano per la loro consistenza di prevedere che attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza.”²¹ Né si può tacere l’importanza della nota sentenza Franzese del 10 luglio del 2002 sulla causalità omissiva nel settore dell’attività medico chirurgica: “l’inedito risvolto applicativo di questa pronuncia è dato dal

¹⁹ Vedi nota 17.

²⁰ Vedi nota 17.

²¹ Vedi nota 2.

fatto che il giudice può ritenere esistente il nesso causale nonostante che la legge scientifica applicabile esprima una probabilità vicina alla certezza. Anche di fronte a leggi del genere la probabilità logica non è integrata qualora vi sia un ragionevole dubbio che nel caso concreto, date tutte le sue peculiarità, la legge non abbia operato e, viceversa, siano intervenuti fattori causali alternativi che hanno cagionato l'evento. Per contro, ma corrispondentemente, il giudice può ritenere che esista il rapporto di causalità anche qualora venga in gioco una legge scientifica a bassa probabilità purché in tali casi, sempre alla luce di tutte le risultanze, appaia provato ogni oltre ragionevole dubbio che esiste un rapporto causale. Il giudice deve escludere con certezza (al di là di ogni ragionevole dubbio) che l'evento sia causato da altri fattori (cd. Procedimento per esclusione). Nell'effettuare tale accertamento, è possibile anche il ricorso al massime di esperienza²².

Infine un accenno merita la questione dell'applicazione del criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio nel rito del patteggiamento. Osserva Francesco Callari che "chi riconosce nella sentenza di patteggiamento l'esistenza di un significativo profilo di accertamento giudiziale finisca, poi, per sostenere che il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, formulato in via generale dall'art. 533, comma 1, c.p.p. per la pronuncia di una sentenza di condanna, possa trovare applicazione anche nel rito alternativo in esame".

Tuttavia, secondo l'Autore, l'assenza nel rito in questione del meccanismo del contraddittorio, unica sede dell'emersione di dubbi ragionevoli e la necessità di una decisione presa allo stato degli atti, cioè sulla base di informazioni ancora sommarie, impedirebbero il concreto operare del principio. Da un lato, infatti non si può non rilevare la presenza di un "inscindibile nesso funzionale tra il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e il contraddittorio" in quanto soltanto un corretto svolgimento di questo conduce il giudice ad escludere che rimanga un margine di ragionevole dubbio sulla prova della colpevolezza dell'imputato. Dall'altro lato, proprio il parametro della decidibilità "allo stato degli atti" e la rinuncia ad esercitare il metodo della falsificazione, mediante contraddittorio, dell'ipotesi accusatoria oppongono un argine invalicabile ad una "piena" conoscenza del fatto di reato, e quindi all'operatività del criterio valutativo dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" nel rito del patteggiamento.²³

1.3 Massime di esperienza o ragionevole dubbio nei procedimenti di criminalità organizzata

i. Premessa

Il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, quale spazio trova nei processi di criminalità organizzata? Il suo rapporto con le massime d'esperienza, in questo ambito, è pacifico oppure ci sono delle polemiche? Nell'accertamento dei reati associativi entrano in gioco molti criteri dai confini mutevoli, che tengono conto sia degli scopi e del programma dell'associazione, sia delle regole interne e dei ruoli assegnati all'associato. Il giudice si trova da un lato davanti agli elementi "vaghi" contenuti nelle disposizioni incriminatrici e, dall'altro davanti all'obbligo di relazionarsi con dati probatori peculiari e di situare gli esiti in un determinato contesto criminale²⁴.

²² DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, 2008 p. 144.

²³ CALLARI, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2012.

²⁴ MAGGIO, *Prova e ragionevole dubbio nei processi di criminalità organizzata*, in *Questione Giustizia*, 2006, p.1004 ss.

ii. *Che cosa sono le massime d'esperienza?*

Le massime d'esperienza sono state un argomento alla moda qualche decennio fa e ci si accorge come esso abbia risentito delle vivaci ed attuali polemiche sulla logica del decidere, sul convincimento del giudice e sulla motivazione delle sentenze²⁵. Questo tema è legato ad una ricca problematica culturale e giuridica. "Pro o contro le massime d'esperienza?" si domandano gli studi più recenti al processo penale. Da un lato si afferma che " il contemporaneo riferimento alla regola d'esperienza ed al principio del libero convincimento costituisce una palese contraddizione" e "se il concetto di massime d'esperienza non può assolvere la funzione che gli si è voluta assegnare (...) dovrebbe risultar chiaro che esso non ha alcuna utilità concreta per la scienza processualistica e quindi può venire da essa definitivamente abbandonato"²⁶. In senso opposto invece si ritiene "senza le massime d'esperienza, il giudice non potrebbe ragionare e, se non ragionasse, la soluzione della questione sarebbe molto simile a un gioco d'azzardo"²⁷. E' importante definire con maggiore precisione che cosa si intende per massime d'esperienza ed è importante verificare, ogni volta che si utilizzi tale nozione, se il fenomeno concreto, cui si intende far riferimento, risponda alla definizione fornita. Le regole di prova legale si basano su massime d'esperienza che vengono in tal modo fatte proprie dal legislatore e trasformate in norme giuridiche: ad esempio, dalla massima d'esperienza che di solito una persona non mente dichiarando fatti a sé sfavorevoli, il legislatore italiano trae la norma giuridica che tutte le dichiarazioni a sé sfavorevoli fatte da una parte in giudizio devono considerarsi veritiere. L'art 115 c.p.c. prevede che: "il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza". In altre parole, la massima d'esperienza è una regola basata su dati scientifici o su esperienze qualificate nel tempo.

iii. *Il principio del libero convincimento come contrapposizione alla prova legale*

Il vero e basilare problema delle "massime", infatti, è proprio quello del modo del convincimento del giudice. Ai vecchi sistemi di prove legali - che hanno regnato nel processo dell'Europa occidentale, fino a secolo XVII - venne contrapposto il principio del libero convincimento del giudice²⁸. Esso risponde essenzialmente all'esigenza di spostare il peso della valutazione probatoria dalle spalle del legislatore su quelle del giudice. La formula del "libero convincimento" ha costituito l'insegna, inevitabilmente e giustamente polemica, per liberare i giudici dalla tirannide della prova legale²⁹. La motivazione costituisce un limite al convincimento del giudice. Esso è vincolato al dovere di motivare, il quale si pone come dovere di render conto del *quomodo* di quel convincimento. Il convincimento si deve esprimere a conclusione di uno sviluppo argomentativo logicamente articolato. Questo principio di necessaria motivazione è inadeguato a costituire di per sé efficace garanzia da degenerazioni del libero convincimento e quindi suggerisce l'opportunità di adottare la regola del ragionevole dubbio³⁰. Il principio del ragionevole dubbio è funzionale a porre un limite al libero convincimento, altrimenti tendente a trascendere pericolosamente verso l'arbitrio.

²⁵ NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1969, p. 124 ss.

²⁶ MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, 1964, rispettivamente p. 128, 111, 87.

²⁷ CORDERO, *Procedura Penale*, rispettivamente p.615, 618.

²⁸ Sull'origine storica - in età moderna- del principio del libero convincimento, si vedano principalmente: SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, p. 489-493, ed ora J. PH. LEVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, in *La preuve*, vol. II, p. 29 ss.

²⁹ LUOSI, *Relazione-Presentazione al codice 1807*, p. XXIX.

³⁰ STELLA, *Giustizia e modernità*, 2003, p. 49.

L'importante non è il termine "dubbio", ma il predicato "ragionevole", che determina il livello di intensità per il quale il dubbio risulta ostativo ad un'affermazione di colpevolezza³¹.

iv. Le massime d'esperienza e il ragionevole dubbio come meccanismo di valutazione della "mafiosità"

L'apprezzamento del giudice è fondamentale per provare la "mafiosità" di un'associazione per delinquere³², la quale costituisce un'elaborazione complessa, poiché tra fattispecie, fatto da provare e prova si stabiliscono degli intrecci peculiari. Nel territorio di Gela alcuni soggetti erano stati sottoposti a una misura cautelare per tentata estorsione aggravata, perché avevano intimato a un imprenditore edile il versamento di una somma di danaro, da pagare a titolo di "pizzo", con la minaccia consistita nel far valere la loro appartenenza all'associazione mafiosa, denominata "Cosa Nostra". L'imprenditore denuncia e così il procedimento prende avvio. Il giudice delle indagini preliminari riteneva integrata la fattispecie di estorsione tentata e aggravata³³. La metodologia utilizzata per decifrare comportamenti di per sé neutri, ma connotati da forte criminalità nel contesto di riferimento, rimarcava l'affidabilità delle dichiarazioni dell'imprenditore, l'identificazione certa degli indagati e l'attribuzione ai medesimi di uno specifico ruolo criminale. Si comprende che la vicenda in concreto pone in luce i problemi legati alla configurabilità sostanziale dell'illecito. Esaminando, da più vicino, i meccanismi di valutazione del giudice ci si avvede del fatto che, in questa tipologia di processi, il giudice nel ritenere provata o non provata una determinata asserzione, è fortemente condizionato dall'utilizzo di "regole ponte", di criteri di esperienza, utili a giustificare le conclusioni cui si perviene³⁴. L'impiego delle "massime d'esperienza" è imprescindibile perché altrimenti il giudice non potrebbe pervenire a nessun tipo di giudizio o scelta. Il ripudio delle massime d'esperienza comporterebbe una decisione "razionalmente ingiustificabile", che indurrebbe addirittura alla più completa "afasia" lo stesso organo giudicante³⁵. Questa consapevolezza ha indotto il legislatore, con art. 192 comma 1, del codice di rito, a imporre al giudice di indicare, nella motivazione della sentenza, i criteri di valutazione utilizzati per vagliare il fondamento della prova³⁶. Il problema non consiste nell'uso, ma piuttosto nel "cattivo uso" dei criteri di esperienza. Le massime non possono essere bandite dal processo dove si discute di vicende umane, ma si deve pretendere che l'ipotesi formulata sulla loro base trovi conferma in altri elementi e che siano ragionevolmente da scartare spiegazioni alternative con quella adottata. Un percorso, questo, comune a ogni accertamento penale, oggi chiamato a misurarsi anche con la consacrazione normativa del parametro "dell'oltre ogni ragionevole dubbio". Secondo questo principio per poter condannare in sede penale – a differenza che in sede civile, dove varrebbe la regola del "più probabile che no" – il nesso causale deve essere ricostruito con un livello

³¹ ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, 2008.

³² INSOLERA, *La nozione normativa di "criminalità organizzata" e di "mafiosità": il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *indice pen.*, 2001, p. 19; id., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in questa *Rivista*, 2002, p. 574 ss.

³³ Il quadro cautelare è stato successivamente avallato dal tribunale del riesame (Trib. Caltanissetta, 26 gennaio 2006, Azzarelli, inedit.).

³⁴ FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di mafia*, in *Questione Giustizia*, 2002, p. 623 ss.

³⁵ Per Cass. Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, p. 80 ss. (con note Fiandaca, Visconti e Parlato) gli indizi gravi e precisi dovrebbero consentire di dedurre, "senza alcun automatismo probatorio, la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo nonché della durata, e sempre utilizzabile, messa a disposizione della persona per ogni attività del sodalizio criminoso".

³⁶ DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1262.

di rigore corrispondente alla soglia di un coefficiente probabilistico “vicinissimo a cento” con riferimento sia alla probabilità statistica, sia alla probabilità logica³⁷.

v. *Correità esterna*

Per quanto riguarda il concorso esterno nel reato associativo, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno più recentemente precisato come “sul piano della dimensione probatoria della partecipazione rilevino tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente riferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio”³⁸. Nella prospettiva seguita sono stati evidenziati: “ i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di “osservazione” e “prova”, l’affiliazione rituale, l’investitura della qualifica di “uomo d’onore”, la commissione di delitti scopo, oltre a molteplici *facta concudentia*”³⁹. Proprio per la particolare difficoltà della prova concorsuale, secondo la sentenza Mannino, le massime d’esperienza non devono essere “generalizzate”, ma possono più semplicemente essere dotate di “empirica plausibilità”.

vi. *“L’inidoneità” del principio del ragionevole dubbio*

A ben vedere il canone del “dubbio ragionevole”, appare inidoneo a risolvere problemi legati alla qualità del ragionamento e al grado della probabilità logica, mostrandosi al contrario suscettibile di ampie strumentalizzazioni in contesti di giustificazione apparente. Il concetto di “ragionevole dubbio” appare assai nebuloso e potrebbe esercitare conseguenze deteriori sulle modalità di individuazione e attribuzione della responsabilità penale dei singoli soggetti. In tema di associazione di tipo mafioso, in mancanza di elementi relativi al compimento di atti diretti ad intimidire, deve comunque risultare un clima di diffusa intimidazione derivata dalla consolidata consuetudine di violenza dell’associazione stessa, clima percepito all’esterno e del quale si avvantaggino gli associati per perseguire i loro fini⁴⁰. A mio avviso, visto che un processo di criminalità organizzata è abbastanza delicato e complesso, non bisogna fare delle scelte estremiste: utilizzare le massime d’esperienza oppure il ragionevole dubbio. Bisogna invece trovare una via di mezzo con un certo grado di elasticità aderente alla singola vicenda.

1.4 Profili comparatistici: il ragionevole dubbio nei diversi ordinamenti

i. *Premessa*

La regola del *beyond any reasonable doubt*, di matrice americana, non sempre trova la stessa applicazione nei paesi di *civil law*. Nell’Europa continentale non è possibile applicare *tout court* la regola del *beyond any reasonable doubt* ma servono i necessari adattamenti. Questo principio viene riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo come regola probatoria e di giudizio del processo penale.

³⁷ FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. & Quest. Pubbliche*, Rivista on line, 2005, n. 5, p. 1 ss., in tema di causalità e processo penale, M. MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Gottingen, (trad. it. *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999, 97 ss.).

³⁸ Vedi nota 35.

³⁹ Cass. Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino.

⁴⁰ Vedi nota 24.

ii. L'oltre il ragionevole dubbio e l'intimo convincimento del giudice

L'oltre il ragionevole dubbio, che è lo standard probatorio del processo penale, costituisce una vera e propria barriera all'intimo convincimento del giudice. Il libero convincimento del giudice, come è noto, non è espressione testualmente presente nel nostro attuale codice di procedura penale. La si ritiene tuttavia comunemente oggetto di un principio implicitamente desumibile dalla previsione dell'art. 192, comma 1, c.p.p. per la quale "il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati". Alla valutazione del giudice non sarebbe dato altro limite che la necessità di esporne i contenuti nella motivazione del provvedimento. Si vede come il dovere di motivazione costituisca il contrappeso processuale del principio del libero convincimento⁴¹; è la necessità di motivare che garantisce da un uso arbitrario del principio⁴². Questa affermazione sembra attribuire alla motivazione una funzione analoga a quella che la tradizione processuale nordamericana riconosce alla regola del ragionevole dubbio. Ragionevole è il dubbio comprensibile nell'ottica di una persona di normale razionalità ed oggettivabile in una motivazione⁴³, definizione fondata da un lato sul significato rigorosamente letterale dell'espressione, e dall'altro sulla opportuna considerazione del principio di necessaria motivazione. E' coerente la premessa che la motivazione veicoli l'applicazione del criterio del ragionevole dubbio, anch'esso indicato come limite al libero convincimento.

iii. Come viene utilizzato il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio nella tutela diritti dell'uomo?

La Corte di Strasburgo si è occupata del caso Ivan Kuzmin dalla Russia, dove il Sig. Kuzmin⁴⁴ fa ricorso davanti a questa corte e si lamenta della violazione degli artt. 3, 5, comma 1 e 6, comma 1, della Convenzione. Lui sosteneva :

- di essere stato maltrattato dalla polizia o da altri agenti dello Stato.
- di essere stato illegalmente detenuto.
- nonché l'irragionevole durata del processo.

La Corte di Strasburgo ribadisce l'obbligo dello stato membro di garantire ad ogni persona soggetta alla propria giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione. Dopo un iter procedimentale che si arriva alla verifica della violazione degli articoli della Convenzione e con una giurisprudenza oramai consolidata (tra gli esempi: caso Sacilik, Omer Aydin in Turchia; caso Bati in Russia) la Corte afferma che nei casi di maltrattamenti ad opera di agenti di Stato, esso è chiamato ad indagare efficacemente sulla violazione dei diritti fondamentali. Ma la C.e.d.u. come fa per verificare che via sia una violazione della Carta? La Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che le accuse di trattamenti inumani e degradanti debbono essere provate oltre ogni ragionevole dubbio, ma tuttavia tale efficacia probatoria può derivare anche da presunzioni di fatto gravi, precise, e concordanti. Qualora non si possa superare il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio la Corte utilizza le presunzioni di fatto gravi, precisi, e concordanti.

⁴¹ NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 1995, p. 135.

⁴² Cass. Sez. I, 15 ottobre 1990, Batani; Cass., Sez I, 11 Aprile 1991, Rantone; Cass., Sez VI, 30 marzo 1992, Marci.

⁴³ TONINI, *Manuale di procedura penale*, 2006, p. 218.

⁴⁴ Corte EDU, sent. 25 febbraio 2011, (Merito ed Equa Soddisfazione) Russia.

iv. *L'estraneità del "oltre ogni ragionevole dubbio" nell'ordinamento francese*

Se prendiamo l'esempio dell'ordinamento francese dove la regola *bard* non esiste, ma è tutto imperniato sul principio dell'intimo convincimento del giudice. L'art. 353 c.p.p. francese sancisce che la legge non chiede ai giudici qualità intellettuali, non prescrive loro regole in base alle quali devono far dipendere la sufficienza di una prova, la legge prescrive loro di interrogarsi nella sincerità della propria coscienza, e solleva una domanda: "avete voi un intimo convincimento?" Spetta ai giudici dare sia alle prove scientifiche, materiali, tecniche il valore che ritengono più idoneo.

v. *L'articolo 66 dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale*

Una codificazione di tale principio si rinviene nello statuto del Tribunale penale internazionale⁴⁵, (firmato a Roma nell'1998 e ratificato dall'Italia nel 1999) ove l'art. 66 dello Statuto sancisce il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio: "Chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legislazione applicabile". L'onere di provare la colpevolezza dell'imputato spetta al Procuratore. Sono recepiti i principi di presunzione di innocenza (art.66, comma 1), di onere della prova a carico dell'accusa (art.66, comma 2).

vi. *La codificazione dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" nell'ordinamento albanese*

Questo principio è stato codificato in Albania nel 2000 con l'art. 228 del c.p.p. solo per le misure cautelari e nel momento in cui il giudice deve prendere le decisioni di condanna. L'art. 228, comma 1, c.p.p. albanese stabilisce che: "Nessuno si può sottoporre alle misure cautelari se nei suoi confronti non esiste un ragionevole dubbio, che deve essere basato sulle prove"⁴⁶. Il principio del ragionevole dubbio si applica per le misure cautelari in 3 determinati casi:

- quando esistono motivi importanti che mettono in pericolo la veridicità della prova.
- quando esiste la possibilità che l'imputato si possa allontanare.
- quando l'imputato può commettere di nuovo lo stesso crimine.

Il Tribunale Penale sottolinea che l'art. 228, comma 1, c.p.p. albanese si deve intendere in questo modo: per l'applicazione delle misure cautelari, è vero che il ragionevole dubbio è necessario ma nello stesso tempo questo ragionevole dubbio non può essere supposto, ma deve essere basato sulle prove dirette o indirette che mettono l'imputato in condizioni tali da essere giudicato. Così dalle prove si deve arrivare alla conclusione che verso l'imputato esiste un ragionevole dubbio che lo porta alla colpevolezza. Il tribunale penale con l'unanimità ha deciso che: "Il ragionevole dubbio basato sulle prove che servono per giustificare l'applicazione delle misure cautelari non devono avere necessariamente lo stesso grado di garanzia e di valore di accertabilità che invece serve per le prove che vengono usate nel momento in cui il giudice deve prendere la decisione della condanna"⁴⁷. Indipendentemente dal ragionevole dubbio basato sulle prove nel momento di applicare o no le misure cautelari, il giudice, in base alle prove che verificano il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, lo applica quando deve prendere una decisione di condanna. Perciò diversi

⁴⁵ Il Tribunale penale internazionale è un organo giurisdizionale *ad hoc* costituito attraverso una risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU per giudicare i crimini di guerra e i crimini di genocidio.

⁴⁶ *Manuale di procedura penale Albanese*. art. 228 c.p.p.

⁴⁷ *Cass. Sez. Un. (alb.)*, 14 ottobre 2011.

ordinamenti statali, per evitare che il libero convincimento del giudice portasse ad una decisione arbitraria, hanno accolto il canone del ragionevole dubbio. Questo principio costituisce una vera e propria barriera all'intimo convincimento del giudice, per il quale esiste l'obbligo di motivazione.

1.5 Motivazione espressa dal giudice o motivazione implicita dal processo. **Riflessioni dalla sentenza Agnelet v. Francia**

L'ordinamento francese non prevede l'obbligo di motivazione per le sentenze pronunciate dalle Corti d'Assise e d'Assise d'appello.

E allora viene da chiedersi: la motivazione è davvero essenziale alla realizzazione del giusto processo? Il 10 gennaio 2013 la Corte di Strasburgo dà una risposta a tale interrogativo nella sentenza *Agnelet v. Francia* (ricorso n° 61198/08)⁴⁸.

Il caso: una giovane donna scompare nell'ottobre del 1977 in circostanze misteriose. Viene accusato dell'omicidio il signor Agnelet, ma la Corte di Aix en Provence dichiara il non luogo a procedere. Dopo quasi trent'anni il caso viene riaperto sulla base di una ritrattazione della testimonianza della moglie dell'imputato e così nel 2000 e il 2007 il signor Agnelet viene condannato in primo e secondo grado a trent'anni di reclusione per omicidio e occultamento di cadavere.

Nel dicembre 2008 il signor Agnelet propone ricorso alla Corte di Strasburgo, in quanto ritiene che siano stati violati i diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare lamenta una violazione dell'art. 6 e del diritto all'equo processo in quanto, data l'assenza di motivazione, non vi era un'esatta descrizione dei capi d'accusa e delle ragioni della propria condanna. Il ricorrente riconnette il difetto di motivazione proprio all'impossibilità di motivare alcunché, non essendo stata raccolta alcuna prova su cui fondare qualsivoglia pronuncia. A parere del signor Agnelet, dunque, la sua condanna mancherebbe di fondamento fattuale, in completa violazione dei principi Cedu.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che l'art. 6 non esclude che l'imputato possa essere giudicato da una giuria che non motivi la propria decisione; quello che importa è che l'imputato comprenda in ogni caso il verdetto dei giudici. In altri termini l'arbitrio decisionale sarebbe scongiurato nell'ipotesi in cui alla luce di tutte le circostanze del caso, di quanto raggiunto dall'esito delle indagini, l'assoluzione o la condanna emerga come conseguenza logica e inevitabile.

Nel caso di specie, la Corte riconosce che il signor Agnelet fosse stato condannato sulla base di mere ipotesi essendo rimasto sconosciuto, o quantomeno incerto, tutto ciò che avrebbe permesso di costruire il sillogismo della sua colpevolezza. Di conseguenza sarebbe venuto meno il diritto dell'imputato a fornire prova contraria, e quindi a difendersi, in quanto mancava la prova stessa.

Una volta che siano rispettati principi del giusto processo quali il diritto alla difesa, parità del contraddittorio, oralità del dibattimento, la motivazione non deve necessariamente essere per iscritto.

Dalla sentenza in esame ne viene che la Corte di Strasburgo non giudica imprescindibile la motivazione: equo processo può aversi anche senza una motivazione purché dagli elementi

⁴⁸[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["FRA"\],"respondent":\["FRA"\],"article":\["6"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-115847"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

processuali e dall'iter probatorio si deduca il ragionamento che il giudice ha posto a fondamento della propria pronuncia. La motivazione, per la Corte, è nel processo stesso.

L'esigenza di motivazione nasce storicamente in risposta a regimi totalitari: rappresenta la nazionalizzazione della giustizia, l'impegno del giudice "a rendere conto agli altri".

Tuttavia risulta chiaro come l'obbligo di motivazione è ben lontano dall'essere riconosciuto a livello internazionale. Nei paesi di common law, è del tutto assente. Nei paesi di *civil law*, anche di lunghissima tradizione democratica come Francia e Belgio, tale vincolo non grava sul giudice.

E tale obbligo resta sullo sfondo anche a livello comunitario, per giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Strasburgo⁴⁹.

In questo panorama, l'Italia si colloca in una posizione antitetica. L'obbligo di motivazione nel nostro ordinamento è stringente ed è sancito dalla Costituzione nel comma 6 dell'art. 111.

Sebbene si sia tentato di accantonare tale principio, la garanzia della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, consacrata dalla nostra Carta Costituzionale, esprime quattro concorrenti esigenze:

- 1) garantire il diritto di difesa delle parti, in quanto l'esposizione dei motivi è funzionale al potere di impugnazione;
- 2) garantire allo stesso giudice la verifica del proprio ragionamento decisorio (controllo interno);
- 3) garantire la conoscenza del precedente;
- 4) garantire il "controllo esterno" sul provvedimento del giudice, non soltanto riferendosi al controllo democratico del comune cittadino, ma anche a quello degli altri organi dello Stato e quello in seno allo stesso ordine giudiziario.

Quanto pesa ciascuna di queste esigenze nell'assetto dell'art. 111 comma 6 della Costituzione?

Una risposta univoca non può essere data. Così, quanti reputano che il diritto di difesa sia la "stella polare" della motivazione, tenderanno a concepire quest'ultima in stretto collegamento con l'esercizio del diritto di impugnazione; quanti, invece, stimano che l'obiettivo del "controllo esterno" sia un valore primario e non comprimibile, saranno portati ad esigere una motivazione più estesa e completa, in particolare a ritenere che la motivazione imponga non soltanto di illustrare il percorso da un'affermazione ad un'altra, ma anche di giustificare sempre tutti i passaggi che la compongono, in modo che per tutte le "*quaestiones*" vi sia una soluzione specificamente argomentata. Quanti, infine, pongono l'accento sulla motivazione come veicolo di conoscenza del precedente, nutriranno particolari aspettative sulla qualità e l'approfondimento della motivazione in diritto, meno su quella in fatto.

Nel complesso, la motivazione è l'insieme degli enunciati posti a fondamento della decisione. Essa consiste:

- A) nell'individuare i quesiti (*quaestiones facti* e *quaestiones iuris*) in cui si scompone la controversia;
- B) indicare gli elementi atti a risolverli;
- C) nel risolverli;
- D) nel trarre le conseguenze sui quesiti rimasti aperti.

La motivazione consiste, dunque, in un insieme correlato di quesiti e soluzioni che vanno ulteriormente scomposti a seconda della natura fattuale o giuridica dei quesiti che risolve e consiste nella soluzione organica di "*quaestiones iuris*" e "*quaestiones facti*".

⁴⁹ Si citano, ad esempio, le sentenze *Taxquet v. Belgio* e *Legillon v. Francia*.

Fondamentali risultano essere le diverse norme dei codici di procedura le quali, pur flessibili, guidano il giudice nell'accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti e nella valutazione delle prove, indicando il metodo formale del ragionamento probatorio in relazione alle singole fasi del procedimento. In riferimento a ciò, l'art. 576 del codice di procedura penale prevede la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto sui quali la decisione è fondata, l'individuazione delle prove e le ragioni per cui non ritiene attendibili le prove contrarie.

Per Taruffo, la motivazione è condizione imprescindibile del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, è un principio fondamentale di garanzia dei cittadini: è espressione della razionalizzazione del potere. Infatti oltre a garantire il diritto di difesa, assolve ad una funzione extraprocessuale⁵⁰: la motivazione si rivolge anche all'opinione pubblica e al pubblico dei fruitori del diritto, garantendo così l'esigenza di un controllo diffuso e attento sul modo di amministrare la giustizia, che la Costituzione vuole che avvenga nel nome del popolo italiano (art. 101). Il potere giurisdizionale è validamente esercitato solo se la sentenza è giustificata e, dunque, sostenuta da ragioni valide e diffusamente controllabili, perché, scrive Taruffo, "nessuna decisione può apparire giusta se non si può verificare il fondamento sulla verità dei fatti accertati"⁵¹.

1.6 Esperimento giudiziale: riproduzione del caso Meredith negli Stati Uniti.

Ancora oggi la regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" sembra essere caratterizzata da una notevole ambiguità e indeterminatezza concettuale. Come dissipare le nebbie dell'incertezza ermeneutica in cui sembra essere ancora avvolto questo istituto giuridico? Per avere una visione più completa della sua disciplina, sembra utile dunque rivolgere lo sguardo verso il sistema di giustizia penale statunitense, in cui la *BARD rule* (la regola del *beyond any reasonable doubt*) si è affermata, come condizione negativa della pronuncia di condanna dell'imputato, con una specifica funzione: realizzare un punto di equilibrio tra la funzione ordinamentale di repressione delle condotte criminali e le istanze di tutela dell'innocenza, diventando una regola fondamentale del sistema di giustizia penale.

Per avere una prima idea di quanto il concetto di ragionevole dubbio sia stato oggetto di riflessione da parte dei giudici e dei giuristi statunitensi, si può prendere in considerazione il *Permanent Edition of Words and Phrases* del 1962, pubblicato dal West Publishing Company, il quale dedicò non meno di 61 pagine alla enumerazione dei casi in cui il concetto di "*reasonable doubt*" è stato discusso, descritto, applicato e definito. In tutto, non meno di 640 casi si riferiscono alle varie Corti degli Stati Uniti. Inoltre, il 9° *Decimal Digest*⁵² ne elenca ben 285 casi nel periodo 1976-1981. Come ben possiamo capire, la Suprema Corte degli Stati Uniti ebbe un ruolo fondamentale nella questione sulla controversa definizione dello standard probatorio nei procedimenti penali; la Suprema Corte è, infatti, l'interprete ultimo delle leggi degli Stati Uniti, e i suoi *dicta* sono vincolanti per i giudici di merito su alcune questioni nazionali, tra cui, appunto, la dottrina del ragionevole dubbio.

⁵⁰ TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, a cura di Bessone e Guastini, 1994, p. 239-240.

⁵¹ Vedi nota 50.

⁵² *Ninth Decimal Digest*. Part I. 1976-1981, vol. 11,959-970.

Nella sentenza *in re Winship* del 1970⁵³, la Suprema Corte stabilì che il ragionevole dubbio è quello standard probatorio richiesto nei procedimenti penali, che può essere ricavato dal XIV emendamento della Costituzione americana⁵⁴. Nel caso di specie la Suprema Corte affermò che, qualora un minore fosse accusato di una condotta che costituirebbe reato se commessa da un maggiorenne, per potersi addivenire ad una sentenza di condanna, ogni elemento del fatto deve essere provato oltre ogni ragionevole dubbio. Questa sentenza, emessa su ricorso della difesa di Samuel Winship, un dodicenne accusato di aver rubato 112 dollari dal portafogli di una donna, è stata il primo gradino per la creazione del principio più generale secondo cui in ogni processo penale (anche nel processo a carico di maggiorenni) per poter ritenere l'imputato colpevole, ogni elemento essenziale del fatto reato deve essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio. Ovviamente, questa regola va adeguata alla peculiarità che denota in sistema giuridico d'oltre oceano, in cui il giudice del fatto è, di regola, la giuria, chiamata decidere con verdetto immotivato sulla colpevolezza o meno dell'imputato: in tale sistema la *BARD rule* rappresenta, infatti, una delle *instructions* che vengono impartite alle giurie popolari. Con questa sentenza la Suprema Corte si era posta un obiettivo ben preciso: stabilire allora, e per tutti i secoli a venire, che lo standard probatorio della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio è l'essenza della giurisdizione penale negli Stati Uniti⁵⁵. La Suprema Corte, tuttavia, non ne diede mai una vera e propria definizione, ma si accontentò di lasciar liberi gli Stati di definire il *reasonable doubt* come ritenessero più opportuno, a condizione che le istruzioni alla giuria non contaminassero il processo con una fondamentale ingiustizia.

A questo punto diventa lecito domandarsi in che cosa consiste il ragionevole dubbio nel sistema americano. Ovviamente non è il mero dubbio sempre possibile, ovvero il dubbio fantasioso o immaginario che può essere sempre presente nei giudizi sulle azioni umane, ma è il dubbio che, dopo tutte le valutazioni e le considerazioni sulle prove, lascia la mente dei giudici in una condizione tale per cui non possono dire di provare una convinzione incrollabile, prossima alla certezza morale (da intendersi come pratica certezza), sulla verità dell'accusa⁵⁶. Non significa assoluta certezza; non significa che non vi siano dubbi sulla colpevolezza dell'imputato; ma

⁵³ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), "The due process clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution requires proof Beyond a Reasonable Doubt before a juvenile may be adjudicated delinquent for an act that would constitute a crime were the child an adult".

⁵⁴ *Constitution of the United States of America, XIV Amendment*: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law."

⁵⁵ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), "...a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt... Due process commands that no man shall lose his liberty unless the Government has borne the burden of ... convincing the factfinder of his guilt.' To this end, the reasonable-doubt standard is indispensable, for it 'impresses on the trier of fact the necessity of reaching a subjective state of certitude of the facts in issue ..."

⁵⁶ *Californian Penal Code, Section 1096* : "A defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: "It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge."

Vedi anche il caso *The people of the State of California vs. O.G.Simpson* del 1994, in cui l'imputato Orenthal James Simpson, fu dichiarato dalla giuria "*not guilty*" dell'omicidio di Nicole Brown Simpson e Ronald Goldman, a causa di mancanza di prove *beyond any reasonable doubt*.

significa che, dai fatti e dalle prove così come sono stati presentati al giudice, non si può giungere ad una spiegazione logica diversa, significa che non vi è alcuna ragione plausibile per credere il contrario e solo quando il prosecutor riesce a dimostrare ciò, l'imputato può essere dichiarato colpevole.

Come si comportano, però, le Corti davanti a questo standard probatorio? Come viene, di fatto, intesa ed applicata la *BARD rule* nel sistema d'oltre oceano?

Per capire il meccanismo che porta il collegio giudicante al verdetto finale sulla colpevolezza o meno dell'imputato, può essere utile riproporre, in un simile contesto, un caso estremamente conosciuto e discusso nel nostro paese: il caso dell'omicidio di Meredith Kercher, con tutto il materiale probatorio assunto durante il processo. Si tratta di una interpretazione estensiva della nozione di "esperimento giudiziale", ex art. 218 del c.p.p., che consiste nel far rientrare nella nozione di "fatto" il concetto stesso di "processo".

Alcune premesse risultano assolutamente necessarie: negli Stati Uniti, il collegio giudicante è composto da un giudice professionale e da una giuria composta da dodici giurati, i quali svolgono funzioni completamente diverse. La giuria – specchio della società - è il *fact-finder*, nel senso che ha il compito di accertare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato con un verdetto immotivato. Il giudice professionale, nella fase pre-verdetto, ha esclusivamente il compito di guidare, da un punto di vista giuridico, i membri della giuria nella comprensione delle questioni controverse e delle prove assunte dinanzi a loro attraverso delle istruzioni; mentre, nella fase successiva al verdetto di colpevolezza, gli spetta stabilire il *quantum* di pena da applicare al caso concreto, tenendo conto, ovviamente, della personalità del reo, della sua condizione sociale e del suo eventuale curriculum. Bisogna aggiungere il fatto che, per tutta la durata del processo, la giuria viene isolata al fine di evitare condizionamenti esterni, che potrebbero derivare soprattutto dall'informazione condotta e diffusa dei *media*. Infine il verdetto della giuria è immotivato e questo comporta una diversa disciplina per quanto riguarda il giudizio di appello: se la motivazione non esiste, non esiste nemmeno l'impugnazione nel merito. L'impugnazione, quindi, deve fondarsi su motivi riguardanti il solo diritto: per questo motivo molto spesso davanti alle *Appeal Courts* statunitensi vengono impuginate le istruzioni che il giudice professionale rende alla giuria.

Fatte queste premesse, occorre capire qual è la strada che i giurati devono percorrere per giungere al verdetto finale. Il punto di partenza indiscusso è la presunzione di innocenza dell'imputato. Questo implica che l'onere della prova incombe sull'accusa: è il prosecutor che deve dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, la fondatezza di ogni elemento costitutivo dell'accusa e creare nei giurati uno stato mentale tale per cui, valutate tutte le prove assunte nel giudizio, essi possano affermare soltanto che l'accusato è "certamente" colpevole. Ovviamente non si tratta di una certezza assoluta, ma di una certezza che, nel sistema statunitense, viene definita come "morale": si tratta del più alto grado di certezza che un uomo ragionevole può avere in mancanza di una certezza assoluta⁵⁷, che non può, tuttavia, essere qualificata in termini percentuali. Il verdetto non riflette necessariamente la verità reale, ma riflette la verità derivante dalle prove assunte in giudizio⁵⁸. Al

⁵⁷ ZUCKERMAN, *Principles of Criminal Evidence*, 1989: "(...) the beyond any reasonable doubt standard is the highest attainable standard of the proof of guilt, (...) that means the highest assurance of which the mind is capable, whether a person has seen the crime firsthand or not. The highest attainable standard is one that so approximates to certainty as to make no difference."

⁵⁸ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 368 ss.: "No matter how careful courts are, the possibility of perjured testimony, mistaken honest testimony, and human error remain all too real. We have no way of judging how many innocent persons have been executed but we can be certain that there were some." (Marshall, J., concurring).

fine di eliminare il dubbio ragionevole, il prosecutor deve presentare prove così convincenti da impedire a qualsiasi ragionevole giurato di concludere dicendo che l'imputato possa essere innocente. Il prosecutor, tuttavia, non deve dimostrare che il reato si è verificato in un determinato modo; egli deve solo dimostrare che l'imputato è colpevole, a prescindere dal modo in cui si è verificato il crimine⁵⁹. Forzando i giurati a guardare all'affermazione di colpevolezza presentata dal prosecutor attraverso le lenti della presunzione d'innocenza, la società riconosce che l'utilizzo di una mentalità scettica sia il modo migliore per stabilire se una determinata proposizione sia corretta, soprattutto quando l'essere corretta comporta la differenza tra incarcerare un imputato innocente ovvero uno colpevole. Le regole sulle prove riflettono il calcolo generalizzato della società circa quali siano le prove utili al fine di fornire proposizioni veritiere⁶⁰. Varie tipologie di prove sono state ritenute utili o non utili al fine di determinare la verità: la *hearsay evidence* è generalmente inammissibile, in quanto ritenuta non affidabile; la *bias evidence* invece è generalmente ammissibile (in quanto la società pensa che conoscere gli interessi di un testimone circa un determinato caso possa aiutare nel valutare la verità delle prove che lo stesso testimone fornisce)⁶¹.

Alla luce del quadro probatorio, i giurati devono convincersi che non esiste alcuna possibilità per un verdetto di innocenza. Raccolto un certo corpo di prove, i giurati devono stabilire quale prova ritengono credibile e in che modo quella prova può aiutare nella ricerca della verità: la combinazione tra ragione, esperienza ed intuizione li aiuta in questa difficile impresa. Se un giurato può costruire un ragionevole scenario, coerente con le prove, in base al quale l'imputato possa risultare innocente, allora quel giurato avrebbe un ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato (questo modo di procedere viene definito *objective reasonable doubt*). Tuttavia, se l'imputato è da ritenersi innocente, egli può anche decidere di non difendersi, e in questo caso un verdetto di assoluzione può essere basato, in parte, anche su fatti non provati e deduzioni derivanti da fatti non provati: se il prosecutor non riesce ad assolvere l'iniziale onere della prova a causa di fatti rimasti non provati o di inferenze non approfondite, un imputato che non presenta alcuna difesa va assolto (questo secondo modo di procedere viene definito *subjective reasonable doubt*). Ma gli scenari alternativi costruiti in base a fatti provati o non provati, considerati ragionevoli da parte di alcuni giurati, potrebbero essere considerati non ragionevoli da parte di altri: se i giurati credono a fatti diversi e percorrono inferenze diverse, ovviamente ciò li porta a conclusioni diverse circa l'esistenza di un ragionevole scenario alternativo; la ragionevolezza di uno scenario alternativo ovvero la ragionevolezza di un dubbio dipende dalla credibilità che ciascun giurato decide di dare alle varie prove assunte durante il giudizio⁶².

Ovviamente bisogna prendere in considerazione anche i vari fattori che possono portare la giuria ad alterare lo standard probatorio richiesto: i giurati, infatti, possono valutare la stessa prova in

⁵⁹ CHAMBERS, *Reasonable certainty and reasonable doubt*, in *Marquette Law Review*, 1998, p. 669, note 60: "For example, in a homicide case, a jury need not believe that the prosecutor proved precisely how the victim was killed; the jury need only believe that regardless of how the homicide occurred, the defendant must have been guilty. The prosecution's goal is to prove the facts in a way that jurors cannot infer from unproven facts that the defendant may be innocent. An airtight case is helpful, but is not necessary for conviction".

⁶⁰ BUTLER, *The Evil of American Criminal Justice*, U.C.L.A. L. REV., 1996: "The rules of evidence reflect the legislature's possibly incorrect judgment of the facts relevant to adjudication".

⁶¹ *United States v. Abel*, 469 U.S. 45, 52 (1984): "Proof of bias is almost always relevant because the jury, as finder of fact and weigher of credibility, has historically been entitled to assess all evidence which might bear on the accuracy and truth of a witness' testimony."

⁶² KAPARDIS, *Psychology and Law*, p.150: "It is thus possible for two members of the same jury, exposed to the same evidence, to arrive at a different verdict because of differences in how they have understood and interpreted the same evidence."

maniera diversa e aggiustare lo standard probatorio in base alla propria esperienza personale; possono anche alterare questo standard probatorio sulla base del grado di fiducia che essi nutrono nei confronti della polizia, del prosecutor, del giudice e del sistema giudiziario nel suo complesso; possono, inoltre, richiedere uno standard probatorio inferiore qualora la loro percezione circa la pericolosità del fatto in quel determinato momento sia molto elevata, oppure qualora dalle prove vengano evidenziato il passato criminoso dell'imputato o il suo stile di vita problematico; possono, infine, essere influenzati dalle loro convinzioni circa la pericolosità futura dell'imputato.

Alla luce di questi elementi che caratterizzano il sistema di giustizia penale d'oltre oceano, come si sarebbe comportata una giuria statunitense nel caso Meredith? Quale sarebbe stato il verdetto finale? La risposta alla quale possiamo giungere non è, di sicuro, una risposta univoca ed assoluta: tutto sarebbe dipeso dal livello di credibilità che ciascun giurato avesse deciso di dare ad ogni singola prova assunta durante il processo; livello di credibilità che dipende non solo dal grado di chiarezza e di comprensibilità delle istruzioni che il giudice professionale ha il compito di dare alla giuria, ma anche dal personale vissuto e dal grado di istruzione di ciascun giurato. Ciò che è certo è che la loro scelta circa la prova da ritenere più credibile (la prova scientifica che rileva la presenza del DNA dei due imputati, le tracce biologiche e le impronte trovate negli ambienti di abitazione, le consulenze medico-legali sulla morfologia delle lesioni, la perizia di parte che riesce a far sorgere un dubbio circa la prova scientifica, le varie testimonianze che fanno sorgere incongruenze circa le deposizioni dei due imputati, i tabulati telefonici e il comportamento postumo degli imputati) non ha bisogno di essere motivata. In un simile sistema di giustizia penale, è importante fare in modo che si formi un corretto stato mentale dei giudici, cioè una "convinzione incrollabile" in ordine alla responsabilità criminale dell'imputato. Ciò che può essere controllato è il tipo di informazione dato alla giuria (c.d. *instructions*), mentre il processo cognitivo compiuto dai giurati per giungere al verdetto finale non è verificabile.

Parte Seconda

2.1 La Corte d'Assise italiana e il ruolo della giuria: descrizione e competenze

Come è strutturata la giuria italiana nella Corte d'Assise⁶³?

In Italia una giuria sul modello statunitense non esiste. Il termine più corretto da usare per designare il nostro organo giudiziale è giudice popolare: questo è composto da persone senza particolare formazione giuridica e che svolgono attività di giudice a titolo particolare. A differenza del sistema d'oltreoceano, dove la giuria viene eletta dal procuratore e dall'avvocato, in Italia è estratta a sorte tra cittadini che possiedono determinate requisiti: età compresa tra i 30-65 anni, possesso di licenza media per far parte della Corte d'Assise o di diploma per la Corte d'Assise d'appello.

I giurati operano a fianco di giudici togati, ma il ruolo degli uni e degli altri varia a seconda del sistema che si prende in considerazione. Si possono individuare vari modelli di giuria, per esempio nelle giurie in senso stretto, giurie interamente popolari, i giurati costituiscono un collegio a sé e decidono con un verdetto non motivato sulle questioni di fatto, mentre le questioni di diritto sono decise dai giudici togati con sentenza. Un diverso modello è quello di scabinato, dove i giudici laici siedono assieme ai giudici togati in un unico collegio e decidono sia sulle questioni di fatto che su quelle di diritto. Questo modello è stato introdotto in Germania per la prima volta nel 1924, e poi anche in Svizzera, Francia, Portogallo e Grecia. In Italia una forma di giuria popolare è prevista per i processi in Corte d'Assise e in Corte d'Assise d'appello. Nel 1931, in Italia è avvenuto il passaggio dalla giuria di tipo anglosassone allo scabinato.

Inizialmente la Corte d'Assise fu introdotta durante la dominazione napoleonica e poi per essere ripresa dal Codice di procedura penale dell'1859. La corte in questo codice era composta da 3 giudici togati e da una giuria di 12 cittadini. I due giudici togati furono eliminati nel 1907. Il codice del 1913 cambia l'ordinamento della giuria: in dieci giurati e due giudici togati. Un codice considerato importante perché mantenne il giurì nei processi penali e modifica l'ordinamento dei giurati. Dopo un lungo iter procedimentale nel 1931 si introdusse il sistema del collegio misto composto di magistrati e giudici popolari.

La legge n. 287 del 1951 disciplina la Corte d'Assise e la Corte d'Assise d'appello dove troviamo l'istituto della giuria. Le due Corti sono organi collegiali composti due giudici togati e sei giudici laici⁶⁴. L'art 1 di questa legge stabilisce: "In ogni distretto di Corte di appello sono istituite una o più Corti di assise che, nella circolazione del circolo loro assegnato, giudicano dei reati attribuiti alla loro competenza". L'ufficio di giudice popolare è obbligatorio. Non possono essere giudici popolari i magistrati, gli appartenenti alle forze armate dello Stato e i ministri di qualsiasi culto. Il magistrato che presiede la Corte di Assise deve avere la qualifica di magistrato d'appello, quello che presiede la corte d'assise d'appello la qualifica di magistrato di cassazione. Il giudice a latere deve avere la qualifica di magistrato di tribunale nella corte d'assise, di magistrato d'appello nella corte d'assise d'appello.

Giudici togati e popolari formano un unico collegio e deliberano congiuntamente sia sulle questioni di fatto che sulle questioni di diritto, partecipando alla formazione della sentenza con parità di voto. L'art. 527 del codice di procedura penale prescrive che votino per primi i giudici popolari, cominciando dal meno anziano per età (in modo che non siano influenzati dal voto degli altri).

⁶³ GRASSO, *Giuria e Corte d'Assise: pigrizia, incapacità, malafede del legislatore*, 1974.

⁶⁴ BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, 2011.

Secondo l'art. 5 del codice di procedura penale la Corte d'Assise, in primo grado, e la Corte d'appello, in secondo grado, sono competenti a giudicare:

- i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore di 12 anni e non massima di 24 anni.
- sono esclusi i delitti di tentato omicidio e rapina.
- per ogni delitto doloso se dal fatto deriva la morte di uno o più persone.
- sono sottratti alla competenza della corte d'Assise i reati compiuti dai minorenni che oggi rientrano nella competenza del Tribunale per i minorenni.

2.2 La giuria nel regime di appello: quale consapevolezza degli atti del processo da parte dei giudici popolari?

In ogni distretto di Corte di appello sono istituite una o più Corti d'Assise d'appello, che hanno la funzione di giudicare sull'appello proposto contro le sentenze e gli altri provvedimenti emessi dalla Corte d'Assise. La legge n. 287 del 1951 stabilisce, inoltre, che la Corte d'Assise d'appello è composta da: un magistrato con funzione di presidente di sezione della Corte di appello o, in mancanza o per impossibilità, di un magistrato avente qualifica non inferiore a magistrato di appello dichiarato idoneo ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina a magistrato di cassazione, che la presiede; un magistrato della Corte di appello; sei giudici popolari⁶⁵. Per i procedimenti di competenza delle Corti d'Assise d'appello si osservano le norme del codice e delle altre leggi di procedura penale e dei relativi regolamenti, se non è diversamente disposto dalla sopramenzionata legge.

Come si svolge il giudizio di appello davanti alla Corte d'assise e quali problematiche comporta? A differenza degli Stati Uniti, in cui il giudizio di appello è fondato su motivi riguardanti il solo diritto (in vista della mancanza di motivazione del verdetto emesso dalla giuria), nel nostro paese il giudizio di appello è un giudizio di merito, che tuttavia non è incentrato sul principio dell'oralità, bensì si tratta di un giudizio prevalentemente a forma scritta, in cui ci si limita a rileggere gli atti provenienti dal primo grado. Il presidente del collegio o il giudice da lui delegato relaziona sulla causa, nel senso che spiega ai giudici non togati, si spera con la massima chiarezza espositiva, le varie fasi in cui la vicenda giudiziaria di primo grado si è articolata, gli elementi di prova che sono stati valorizzati, le questioni di fatto e di diritto analizzate e risolte dai giudici di prime cure, i passaggi fondamentali, di natura logica e giuridica, che hanno condotto questi ultimi ad affermare o meno la responsabilità penale dell'imputato, nonché la determinazione del *quantum* di pena applicato al caso concreto. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è ammessa soltanto in via eccezionale (ex art 603 c.p.p.)⁶⁶, e questo implica che i giudici popolari, nel giudizio di appello, di regola non assistono alla formazione delle prove nel contraddittorio fra le parti (ad esempio non vedono né sentono testimoni), ma, nonostante ciò, sono chiamati a valutare e a rivisitare in senso critico la sentenza di primo grado, alla luce delle prospettive censorie prefissate dai motivi di

⁶⁵ Legge n. 287 del 1951, art 4.

⁶⁶ Sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito, costituisce massima ormai consolidata quella per la quale fenomeni di integrazione probatoria in appello rispondono ad una logica di eccezionalità in coerenza con la presunzione di completezza dell'accertamento probatorio che caratterizza il giudizio di primo grado, fatto salvo l'obbligo del giudice di supportare le proprie decisioni con adeguata e congrua giustificazione (*ex plurimis* cfr. Cass.Sez. II, 26 aprile 2000, che contiene una dettagliata esposizione della questione).

impugnazione. In caso di appello, inoltre, le parti devono depositare presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, due copie dell'atto di impugnazione, oltre ad una copia per il procuratore generale⁶⁷. Questa norma di attuazione al codice di procedura penale, che si riferisce ai giudizi di appello che si svolgono davanti alle ordinarie Corti di appello, si ritiene applicabile anche ai procedimenti davanti alle Corti d'Assise d'appello qualora vi sia una competenza per materia di tali organi. L'inerzia del legislatore circa la sincronizzazione delle norme di procedura penale con la particolare composizione della Corte d'Assise d'appello rende ancora oggi difficile la formazione, in capo ai giudizi popolari, di una completa ed esaustiva cognizione degli atti processuali, che sia in grado di garantire l'autonomia e la consapevolezza del loro apporto partecipativo e della loro deliberazione finale.

Questo modo di operare del giudizio di appello può comportare due ordini di problemi:

- 1) una disparità di posizione tra giudici togati e giudici popolari circa la conoscenza degli atti processuali in relazione ai quali il collegio è chiamato a decidere: vi è una pre-cognizione del processo da parte dei giudici professionali, "i quali hanno una possibilità di accesso e di controllo degli atti processuali diversa rispetto a quella che, in concreto, hanno gli altri sei giudici popolari"⁶⁸;
- 2) una posizione di monopolio del relatore: è l'unico ad avere una conoscenza completa degli atti processuali molto prima della data di fissazione del dibattimento; a lui spetta, inoltre, la ricostruzione dei fatti, che devono essere poi illustrati agli altri membri del collegio giudicante, nonché la presentazione delle censure avanzate dalle parti.

Già nel 1963 la Corte di Cassazione⁶⁹ si è dovuta esprimere circa la conformità a Costituzione di alcune norme della legge n.287 del 1951, ed in particolare di quelle norme dalle quali sarebbe emersa una disparità di posizione tra giudici popolari e giudici togati, nonché tra i giudici popolari di primo grado e quelli del giudizio di appello (questione di legittimità costituzionale degli artt. 25, 26, 39 e 45 della legge n. 287 del 1951, in relazione agli artt. 3 e 107, comma 3, Cost.). La Corte di Cassazione ha ritenuto, tuttavia, non fondata tale questione, evidenziando come una simile situazione si presenta non soltanto nel giudizio di appello davanti alla Corte d'Assise, ma in qualsiasi procedimento di appello. Il fatto che il presidente e il relatore della causa abbiano una preventiva visione e conoscenza degli atti di causa, non preclude che gli altri componenti del collegio giudicante possano prendere visione personale e diretta degli atti processuali. La Corte continuava affermando che il principio dell'oralità non scompare del tutto nel giudizio di secondo grado, in quando il giudice di seconde cure ben può, a sua discrezione, disporre la rinnovazione totale o parziale del dibattimento, ex art. 603 del c.p.p.

Un mese dopo questa sentenza seguì una circolare ministeriale del 3 ottobre 1963⁷⁰, in cui si disponeva che le cancellerie distribuissero ai giudici popolari, prima dell'udienza, copia della sentenza impugnata e dei motivi di appello. Lo scopo di questa circolare ministeriale era di consentire ai giudici popolari di avere una maggiore consapevolezza degli atti processuali in base ai quali erano chiamati a decidere. Successivamente, però, nonostante le varie sollecitazioni da parte della dottrina, il legislatore non ha mai ritenuto di dover intervenire sulle norme circa il

⁶⁷ art 164, comma 2, disp. att. c.p.p.

⁶⁸ MONTAGNA, *Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense*, in AA.VV. *L'assassinio di Meredith Kercher*, 2012.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 22 settembre 1963, Marmotta.

⁷⁰ GIOVINE, *Il procedimento per la formazione degli elenchi dei giudici popolari*, 1965, p. 172.

funzionamento della Corte d'assise, sia in primo che in secondo grado. Di conseguenza, a causa della sua inerzia, i problemi sopra indicati sussistono ancora oggi.

Quali sono le soluzioni prospettate dalla dottrina?

A parere di Marco Petrini, “per un recupero di efficienza e di credibilità dell’istituto Corte d’Assise occorre soprattutto una rinnovata consapevolezza, in capo ai due magistrati togati, del proprio peculiare ruolo istituzionale, all’interno di un organo giudiziario così diverso dagli altri, che richiede non solo una qualificata competenza tecnica e una raffinata professionalità, ma anche una sensibilità umana del tutto speciale...”. Ad avviso dell’autore, diventa fondamentale che vi sia un continuo scambio di idee e di opinioni fra le due componenti, quella togata e quella laica, e che nessuna questione sollevata dai giudici popolari rimanga insoluta. Ovviamente tutto questo al fine di farli acquisire una sempre maggiore sicurezza e padronanza di ciò che viene sottoposto alla loro cognizione e valutazione. “Presupposto ineliminabile per un adeguato funzionamento dell’istituto è senz’altro la corretta impostazione dei rapporti fra le due categorie. Essa implica ,..., che i due magistrati non avvertano come un inutile intralcio alla sollecita trattazione del processo, o peggio come una vana perdita di tempo, le richieste di chiarimenti e delucidazioni molto spesso avanzate dai popolari, e usino pazienza e competenza...”.

Altra parte della dottrina afferma che il *deficit* cognitivo dei giudici popolari, e più in generale il problema della mancanza di oralità nella formazione della prova nel giudizio di secondo grado, possa essere colmato ampliando le ipotesi di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale⁷¹. In altre parole si ritiene che, nel giudizio di appello quale giudizio di merito, il diritto alla prova dell’imputato non può soffrire limiti se non quello connesso al *devolutum* con l’atto di appello.

Il codice di procedura penale prevede due regimi diversi in cui l’istituto della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale può operare:

1) rinnovazione istruttoria su richiesta di parte :

- quando una parte, nell’atto di appello, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l’assunzione di nuove prove⁷², il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti⁷³, dispone la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale (art. 603, comma 1, c.p.p.);

⁷¹ PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 715; GAITO, *Il procedimento probatorio nell’evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, 2006, p.87; BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 96.

⁷² Dopo un primo indirizzo propenso a qualificare come nuovi i soli mezzi di prova non assunti in primo grado e per i quali non siano intervenute preclusioni (Cass. Sez. V, 25 giugno 1992), la giurisprudenza è ormai unanime nel ricomprendere nella nozione in esame anche i mezzi non dedotti e non valutati per difetto di iniziativa dell’interessato (Cass., Sez. V, 25 giugno 1999, Pirastu; Cass., Sez. I, 21 giugno 1994, Fagiolo); rientrano nel concetto di prova nuova quelle prove che, pur provenendo dalla medesima fonte già assunta in primo grado, abbiano contenuto nuovo rispetto al precedente bagaglio valutativo (Cass., Sez. I, n. 43473 del 14 ottobre 2010); ed ancora, nuova prova sarebbe anche quella preesistente o già nota alla parte (Cass., Sez. V, 17 dicembre 1999, Lavista).

⁷³ La Cassazione fa riferimento costantemente al concetto di decisività (da ultimo Cass., Sez. I, n. 43473 del 2010.); sempre secondo la Cassazione, in caso di richiesta di assunzione di prove nuove di cui all’art. 603 c.p.p., sarebbe legittimo il diniego della rinnovazione istruttoria “alla rigorosa condizione che il giudice ritenga, nella sua discrezionalità, di non poter decidere allo stato degli atti”, e che la motivazione possa “anche ricavarsi per implicito dal complessivo tessuto argomentativo” (Cass., Sez. IV, 28 aprile 2011).

- quando la richiesta riguarda prove nuove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado⁷⁴, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495, comma 1, cioè rispettando i parametri validi per l'ammissione dei mezzi di prova nel giudizio di primo grado (art. 603, comma 2);
- quando l'imputato, contumace in primo grado⁷⁵, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non aver avuto conoscenza del decreto di citazione non per sua colpa, ovvero che non si è sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado sia stato notificato mediante consegna al difensore, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (art. 603, comma 4);
- quando il giudice di primo grado ha dichiarato che il reato è estinto o che l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita, il giudice di appello, se riconosce erronea tale dichiarazione, ordina, occorrendo, la rinnovazione del dibattimento e decide nel merito (art. 604, comma 6);
- se la Corte di cassazione annulla una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione (art. 627, comma 2);

2) rinnovazione istruttoria ex officio: la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta d'ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria⁷⁶ (art. 603, comma 3).

A parere di A. Gaito, la presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁷ sui limiti decisori del giudice del controllo di merito “è destinata ad avviare una mutazione genetica dei giudizi di appello aventi ad oggetto le sentenze di proscioglimento e di assoluzione, che dovranno aprirsi all'oralità proprio come il primo grado di giudizio; ma non va trascurato che quella decisione, per altro verso, comporta effetti dirompenti sul modo invalso di intendere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, che – da istituto quasi extra-ordinem – non soltanto dovrà essere la regola ogni volta che il p.m. abbia appellato sentenze di proscioglimento o di assoluzione, ma addirittura pare destinata a conoscere spazi operativi fino ad oggi quasi impensabili (si pensi alla prova dichiarativa disponibile che, ove la parte interessata ne faccia domanda, dovrà essere in ogni caso rinnovata, a prescindere da quanto sperimentato in primo grado: es. incidente probatorio o giudizio abbreviato)”⁷⁸.

⁷⁴ Il requisito di novità esplicitato nel secondo comma è integrato sia nel caso in cui il dato di conoscenza sopravvenga autonomamente, senza il compimento di alcuna attività, sia nell'ipotesi in cui l'elemento di prova sia rinvenuto a seguito di un'opera di ricerca (Cass., Sez. III, 21 novembre 1993, Bavagnoli).

⁷⁵ In dottrina si è discusso circa la necessità che l'imputato debba rivestire o meno la qualità di impugnante al fine di fruire dello strumento istruttorio (per l'interpretazione più elastica Gazzarra, Moscarini; contra Zappalà).

La Giurisprudenza è, invece, unanime nell'ammettere che la richiesta possa essere formulata dalla parte non impugnante, però in modo espresso e non generico quanto al mezzo probatorio richiesto (Cass., Sez. VI, 18 marzo 1997, Salerno).

⁷⁶ In dottrina l'espressione “assoluta necessità” è stata interpretata più o meno restrittivamente a secondo che si concepisca il giudizio di appello come fase di controllo o, piuttosto, come *novum iudicium*. In questa prospettiva, la disposizione in esame, da un lato è stata assimilata a quella della non decidibilità allo stato degli atti esplicitata al comma 1 dell'art. 603 c.p.p., e dall'altro è stata ritenuta coincidente con quella contenuta nell'art. 507 c.p.p.

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 14 giugno 2011, Dan c. Moldavia, secondo la quale non si può riformare la sentenza di assoluzione quando la responsabilità non è provata al di là di ogni ragionevole dubbio in un nuovo giudizio in contraddittorio nel corso del quale è rinnovata l'assunzione orale di ogni voce dichiarativa d'accusa.

⁷⁸ GAITO, *L'appello (capitolo XIX)*, in AA. VV. *Procedura penale* seconda edizione, p. 783-784.

Una soluzione davvero radicale viene, invece, prospettata da Mario Pisani secondo il quale “sembra dunque davvero giunto il momento... di addivenire finalmente alla svolta consistente nella nell’abolizione della Corte d’assise (almeno) in 2° grado, con affidamento dei relativi giudizi ad un collegio della ordinaria Corte d’appello, nel quale possano opportunamente confluire le più spiccate preparazioni ed esperienze in materia penale”⁷⁹. Partendo dal presupposto che anche i giudici togati, in quanto cittadini, dovrebbero essere portatori ed espressione di una sovranità popolare di livello non minore, l’autore si chiede se sia veramente necessario affrancare ad essi dei giudici non laici e quale utile apporto possa derivare da un tale affiancamento. A parere dell’autore, infatti, “nessuno è ancora riuscito a dimostrare che il non-essere giudici professionali ma semplicemente cittadini tra i 30 e i 65 anni, titolari di un diploma di scuola media, anche solo inferiore, possa arricchire la qualità del giudizio dibattimentale, e dei suoi esiti, in termini di capacità a giudicare”, nel senso di “un miglioramento in termini di cognizioni giuridiche, di saggezza, di esperienza nella considerazione degli uomini e nella valutazione delle prove, di conoscenza dell’ambiente dove è venuto a maturazione il reato, di particolare resistenza agli influssi esterni e ai condizionamenti politici o di ordine emotivo, più di quanto non possa derivare dalla composizione di un collegio di soli giudici professionali”.

2.3 Il ruolo del giudice e le *instructions* nel sistema statunitense

L’attribuzione ad un organo giudicante laico di un potere di decisione sulle sorti di un imputato pone il problema della legittimazione di tale corpo. Come può un gruppo di non giuristi applicare e interpretare il diritto correttamente? Come evitare che la decisione di soggetti digiuni di diritto comprometta l’essenza del *due process*? Il problema di impartire le istruzioni alla giuria non si è posto per molto tempo.

Nel periodo coloniale e in quello successivo alla nascita della Costituzione, si ritenne che non vi fosse ragione per cui la giuria non dovesse essere anche giudice di diritto, e veniva lasciata libera di decidere, senza suggerimenti tecnici di sorta. Nel Massachusetts la giuria poteva sia decidere sui fatti che individuare le norme da applicare al caso concreto; nel Connecticut fino alla fine del XVII sec. non vi era traccia di istruzioni; nel Rhode Island dobbiamo aspettare addirittura il XVIII sec.⁸⁰.

L’introduzione di questi suggerimenti deve essere ricercata nella paura che i giurati potessero applicare una sorta di diritto naturale proprio, ovvero valutare le prove alla luce della concezione popolare e dei pregiudizi diffusi, snaturando così il diritto positivo. La situazione geografica, politica e culturale americana enfatizza, infatti, una difficoltà di fondo: quella di poter considerare, come operante a livello inconscio nei giurati, una miriade di convinzioni personali, soprattutto un’etica e una morale non univoca.

Per tutelare la certezza e la fiducia del diritto, il sistema di *common law* affida l’arduo compito di istruire i giurati ad un giudice togato.

In cosa consiste tale compito? Il giudice alla fine del dibattimento impartisce le istruzioni, cioè sintetizza il *thema probandum*, dando concreta spiegazione dei punti controversi tra le parti, delle norme di diritto sostanziale applicabili, delle prove raccolte e delle massime di esperienza (*summing*

⁷⁹ PISANI, *La Corte d’Assise e il giudizio d’appello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 35.

⁸⁰ CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, p. 59.

up) che dovranno presiedere alla valutazione del caso⁸¹. Obiettivo principale delle istruzioni, come ha illustrato la Suprema Corte, è indicare alla giuria i principi giuridici da applicare ai fatti accertati: ad essa viene data, ad esempio, la definizione di condotta volontaria, negligente o colposa; viene spiegato cosa si intende per legittima difesa. In sostanza, viene ad essa impartita una rudimentale educazione giuridica da utilizzare per la soluzione del caso concreto.

Le istruzioni che il *Federal Judicial Center* raccomanda di fornire cominciano di norma così:

“Membri della giuria, sarà vostro dovere desumere dalle prove quali sono i fatti. Voi e solo voi sarete i giudici dei fatti. Dovete poi applicare tali fatti alla legge che corte vi dirà. Dovete seguire tale legge sia che siate in accordo sia che siate in disaccordo con essa”.

La regola di diritto viene illustrata, quindi, quando sia conclusa la fase istruttoria e la formula è pressappoco la seguente:

“Membri della giuria, adesso che avete ascoltato le prove presentate durante il dibattimento e gli argomenti conclusivi, è mio dovere istruirvi sul principio di diritto che si applica a questo caso. È vostro dovere di giurati di seguire la legge che la corte vi indica e di applicarlo ai fatti che avete ricostruito sulla base delle prove. Non dovete estrapolare una delle istruzioni per determinare la legge da applicare, ma dovete considerare le istruzioni cumulativamente. [...] Sarebbe una violazione del vostro giuramento raggiungere il verdetto sulla base di regole e principi che non rientrino nella regola di diritto che vi è stata fornita dal giudice. [...] Nulla di quello che vi dico in queste istruzioni deve essere letto come un’indicazione che io abbia un’opinione sui fatti del caso, o quale sia la mia opinione.”⁸²

La regola di dare istruzioni a chiusura della fase probatoria e, dunque, immediatamente prima della deliberazione si fonda sull’assunto psicologico che le informazioni appena ricevute si imprimano meglio nella memoria, e che in tal modo aumentino le probabilità che vengano tenute in considerazione. Tali riflessioni non mancano di generare critiche dai sostenitori delle istruzioni preventive. Questi fondano il loro convincimento su due argomenti: in primo luogo, la capacità di comprendere le prove aumenta qualora venga dato ai giurati uno schema preventivo, una specie di chiave di lettura che consenta di leggere in modo complessivo le prove date; in secondo luogo, i giurati si formano un’opinione mentre l’istruttoria procede, sicché le istruzioni finale rischiano di giungere ad orecchie sorde⁸³.

Il *Capital Jury Project*, un progetto di ricerca nazionale promosso dalla National Science Foundation, ha intervistato persone che avevano composto le giurie in processi capitali. È stato rilevato che circa il 50% dei giurati intervistati aveva deciso la pena prima della fase finale del processo. Questo perché aveva ascoltato prove attenuanti da parte della difesa o, al contrario, perché riteneva le prove addotte dal *prosecutor* inequivocabili.

Il giudice dunque deve mantenersi imparziale rispetto ai contenuti e limitarsi all’illustrazione tecnica del diritto. I giurati, tuttavia, non necessitano solo di definizioni legali, ma anche di spiegazioni sul come applicare tali assunti formali, senza che si creino quindi altre difficoltà interpretative o esecutive. Tale attività di supporto deve ovviamente essere attuata con assoluta imparzialità e scrupolo, posto che la garanzia del *due process* richiede un atteggiamento indifferente del giudice, rispetto alle posizioni assunte dalle singole parti in causa.

⁸¹ SCAPARONE, *Common Law e processo penale*, 1974, p. 105.

⁸² DEVITT e BLACKMAR, *Federal Jury Practice And Instructions* (3rd ed.), 1977.

⁸³ CORSO, op. cit., p. 63.

Nel 1969 la Corte d'appello annullò la pronuncia di una giuria, alla quale il giudice aveva sottoposto un questionario di dieci domande sui fatti, prima di rendere il verdetto finale. I giurati, dopo aver risposto in modo affermativo a tutte le domande, conclusero per la colpevolezza dell'imputato. La Corte censurò il comportamento del giudice in quanto, sottoponendo tale questionario, aveva limitato la loro libertà di giudizi e affermò che "alla giuria, in quanto coscienza della comunità, deve essere consentito di guardare oltre la logica"⁸⁴. Solo in rarissimi casi al giudice è concesso un intervento diretto di merito, ossia un commento e un giudizio di valore sul caso, specie quando il verdetto potrebbe contenere una condanna a morte. Una tale stringente limitazione d'intervento è giustificata sulla base del fatto che la giuria potrebbe subire la forza persuasiva dell'opinione giudiziale e l'intero sistema di pesi e contrappesi tra giudice e giuria ne risulterebbe compromesso.

Nella prassi, sono il *prosecutor* e il difensore ad elaborare un modello di istruzioni, che il giudice potrà accettare o respingere. Questo è un momento estremamente significativo alla luce del fatto che il 50% delle impugnazioni lamenta errori incorsi nella procedura di istruzione⁸⁵. Molto spesso ciò è strumentalizzato dalla difesa, la quale elabora un modello marcatamente di parte, in modo tale da poter poi appellare le modifiche e la reiezione da parte del giudice.

Le istruzioni possono essere scritte o orali. La lettura delle stesse dura spesso più di un'ora e hanno un linguaggio estremamente forbito e tecnico, uno stile che somiglia più a quello di un "manuale tedesco per artiglieria da campagna"⁸⁶. Il problema che si pone è dunque quello che i giurati, a cui non è richiesto alcun requisito culturale se non la conoscenza della lingua inglese, non comprendono la portata tecnica delle istruzioni e finiscono per esprimere il loro voto secondo una valutazione meramente equitativa. L'equità di cui si tratta è quella che si fonda su elementi che risultano dal processo, sulle caratteristiche dell'episodio criminoso oggetto del processo. Si corre il rischio, quindi, che la giuria si lasci sopraffare dalla emotività e venga influenzata dal fattore simpatia dell'imputato, se la moglie e i figli sono presenti in aula o se la vittima ha subito una brutale violenza.

Quanto pesa l'emotività sul verdetto? Verrebbe da pensare molto, se si considera che vige il divieto di introdurre oggetti insanguinati in aula, di fare domande irrituali che confliggano con le *rules of evidence*. In questi casi il giudice ammonisce la giuria di non tenere in considerazioni le prove particolarmente cruenti o domande non ammesse e, nei casi più gravi, ha il potere di sostituire la giuria, proprio per evitare che il verdetto possa essere influenzato eccessivamente dall'emotività. Ma una volta che i giudici hanno visto o udito, come si può evitare che, sebbene inconsciamente, la formazione della loro opinione ne risenta?

Nel caso *California v. Brown*⁸⁷, la Corte Suprema fu chiamata a decidere sulla legittimità di alcune istruzioni che ammonivano i giurati, chiamati a decidere se comminare una pena capitale, "a non farsi trascinare dal mero sentimento, dalle congetture, dalla simpatia, dalle passioni, dal pregiudizio, dall'opinione pubblica o dal pubblico sentire". Questo tipo di indicazioni sono definite "*anti-sympathy instructions*": il giudice Renhquist le ha definite, nella sentenza citata, perfettamente costituzionali, in quanto non viene bandito il ricorso all'emotività, ma si ammonisce solo di non porre la stessa a fondamento esclusivo della decisione. Nella *dissenting opinion*, invece, il giudice Brennan afferma l'incostituzionalità di tali istruzioni, in quanto sarebbe proprio il ricorso

⁸⁴ *U. S. v. Spock*, 424 U.S. 828 (1969).

⁸⁵ AMODIO e BASSIUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 70.

⁸⁶ DE FEO, op. cit. in nota 85, p. 197.

⁸⁷ *California v. Brown*, 479 U.S. 538 (1987).

all'emozionalità, al background culturale dei giurati a permettere che si giunga ad un "human response": pietà e simpatia riportano ad un giudizio più umano.

Il verdetto della giuria è immotivato. È assolutamente vietato filmare o registrare ciò che avviene all'interno della stanza in cui la giuria delibera. E allora il rispetto del principio del decidere secondo ragione, affidato nel nostro sistema al giudice che deve riproporre il suo iter logico nella motivazione, come viene assicurato nel sistema statunitense? La giurisprudenza costituzionale offre un'alternativa: ribadendo la regola dell'unanimità e l'esigenza della presenza di un numero adeguato di giurati, la Corte ha lasciato intendere che il giudizio dei giurati non può essere irriflessivo, ma deve nascere dal confronto di ciascuno con l'opinione degli altri. Proprio dal confronto tra idee diverse, la decisione del gruppo è più accurata, in quanto i pregiudizi di ciascuno sono bilanciati da quelli degli altri, con la conseguenza che il risultato finale è più obiettivo⁸⁸. Questo spiega perché, quand'anche un solo giurato non contribuisca alla discussione – come il caso della donna giurato di Indianapolis che, offesa da un collega, si era chiusa in bagno per venti ore – il giudice non può che dichiarare il *mistrial*, il nulla di fatto e indire un nuovo processo.

Benché le istruzioni rimangano lettera morta, le sentenze di condanna continuano a venir riformate in base ad esse: i giudici d'appello spesso si fossilizzano su elementi testuali (tempi verbali, sinonimie, ecc.) e danno vita ad una "problematica equiparabile a quella delle dispute scolastiche medioevali sul sesso degli angeli"⁸⁹. Nelle opinioni della Corte d'appello raramente viene affrontato la questione relativa alla sufficienza delle prove per dimostrare la colpevolezza dell'imputato "beyond any reasonable doubt", ma sempre più frequentemente ci si fossilizza se questo o quel altro concetto giuridico sia stato illustrato in modo corretto.

Molti studiosi d'oltreoceano iniziano a pensare che il controllo sulla regolarità formale del procedimento, tralasciando il merito, sia inopportuno o inutile, o comunque trascuri l'idea di giustizia sostanziale. Questo, tuttavia, resta un problema di politica processuale.

Certo è che i profili problematici che emergono, dalla incomunicabilità al disinteresse dei giurati per le istruzioni, alla prevalenza della mera logica, fanno riflettere su un possibile ripensamento del metodo di reclutamento e di istruzione dei soggetti chiamati a sentenziare sulla libertà altrui.

2.4 Giuria e profilassi della prova: parametri di ammissibilità e la possibile suggestione dei membri della giuria

i. Premessa

Se la decisione finale sulla colpevolezza spetta alla giuria, ossia al popolo degli Stati Uniti d'America, non si può pretendere che quei rappresentanti abbiano la competenza per gestire il modo in cui le prove devono essere formate. Questa è la premessa dalla quale partono i processi penali negli USA.

Per dirigere la complessa macchina del processo ci vuole un giudice professionista. È il giudice che arbitra le azioni dell'accusa e della difesa. A lui si deve il compito arduo di mantenere le parti all'interno della zona di rispetto delle regole e di ossequio alla legge. Se le parti oltrepassano le linee di confine, il giudice ha il dovere di intervenire per sanzionare lo sconfinamento, sempre indicando alla giuria ciò che può essere ritenuto tra le prove da porre a base della decisione e ciò

⁸⁸ *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978).

⁸⁹ DE FEO, op. cit. in nota 85, p. 198.

che, invece, deve essere posto fuori da essa, come se mai fosse avvenuto nell'aula di giustizia. In estrema sintesi si può dire che la giuria giudicherà soltanto le prove che il giudice ha ritenuto di dover ammettere⁹⁰.

ii. *Le exclusionary rules*

Nel *trial by jury* trovano piena ed incondizionata applicazione *le exclusionary rules*. Le regole di esclusione dei mezzi di prova possono essere suddivise in due categorie, a seconda che il criterio di esclusione abbia per obiettivo l'impedire l'ingresso di elementi di giudizio suggestivi o fuorvianti (*exclusionary rules of intrinsic policy*), ovvero il tutelare interessi estranei al processo ma, comunque, apprezzati dall'ordinamento (*exclusionary rules of extrinsic policy*)⁹¹.

In via d'esempio sono riconducibili al primo tipo la *opinion rule*, che vieta al teste la formulazione di apprezzamenti personali, la *rule against hearsay*, che vieta la testimonianza *de auditu*, nonché tutte le regole che disciplinano l'escussione del testimone. Negli Stati Uniti lo scontro e l'esame con la realtà hanno dato vita ad una regola di ammissione di recente conio, regola secondo cui il "sentito dire" è ammissibile qualora la prova sia necessaria ed affidabile. Sono, invece, riconducibili al secondo tipo il diritto di astensione dalla testimonianza, riconosciuto a favore di esercenti determinate professioni o a tutela del segreto politico e militare, nonché il *privilege against self incrimination* ed il divieto di ammissione di prove illegalmente acquisite⁹².

iii. *Quali prove possono essere accolte? L'acquisizione delle medesime è completamente libera?*

Come già era stato anticipato da John Wigmore, le regole di ammissibilità non sono che un aiuto, uno strumento del giudizio vero e proprio, che è comunque successivo e durante il quale le prove assurgono ad importanza cruciale.

Possono essere evidenziate specialmente due regole fondamentali espresse nel *Federal Code of Evidence*, che individuano dei punti cardine per la procedura di ammissione. La *regola 401* consente l'utilizzo in giudizio solo di *prove pertinenti*; la *regola 403* specifica che la suddetta prova verrà ammessa solo se gli effetti pregiudizievoli, in seguito ad un esame bilanciato, risultano inferiori a quelli positivi. Le altre regole enunciate nel *Code* sono di esclusione, per cui è evidente la pochezza dello spazio lasciato positivamente all'azione autonoma del giudice.

Al giudice togato è attribuito il compito di lasciar passare al dibattimento solo le prove che siano ammissibili e, di conseguenza, permettendo alla giuria di determinare il fatto oggetto di giudizio, secondo la valutazione delle prove, che sono state considerate, da un tecnico di diritto, conformi ai canoni di legge, alle presunzioni e allo spirito del sistema.

Quale disciplina viene riservata dalla legge alle prove ottenute con mezzi illegali? L'opzione si pone tra l'economia processuale e il rispetto della persona che subisce il processo, persona che, fino a condanna definitiva, è da considerarsi innocente. Si afferma la possibilità dell'utilizzo di prove assunte in modo illegittimo, qualora l'illegittimità non coinvolga direttamente l'accusato e qualora la prova sarebbe comunque stata scoperta anche senza tale discutibile procedura.

Sono state ammesse alcune barriere allo strapotere delle forze di polizia, rientrando addirittura tra i diritti garantiti e tutelati a livello costituzionale. È il caso del "*Privilege against self incrimination*", che ammette la possibilità di non rispondere alle domande formulate dagli agenti di polizia, ossia di non subire l'interrogatorio; oltretutto, in seguito ad interpretazioni giurisprudenziali innovative, la

⁹⁰ <http://www.albaria.com/chicco>.

⁹¹ SCAPARONE, *Common Law e processo penale*, 1974.

⁹² CACCIANI, *Giuria in Istituto della Enciclopedia Italiana*, 1989, p. 4.

regola vieta, oggi, di trarre dal silenzio alcun indizio di colpevolezza. Se, invece, il soggetto sospettato ed interrogato risponde alle domande e rende una dichiarazione spontanea e incriminante, allora la valutazione della prova sarà automaticamente quella di una dichiarazione di colpevolezza, produttiva di una contrazione delle fasi processuali, tale da condurre alla formulazione immediata della sentenza punitiva.

Per ammettere automaticamente una prova è necessario valutarne la legittimità, cioè il modo in cui è stata raccolta. Anche in questo caso è evidente come il ruolo del giudice non sia che minimale, dovendo egli solo controllare l'esattezza della procedura.

I problemi sorgono, invece, quando le questioni circa l'ammissibilità di un elemento di prova si confondono con i fatti, ed insieme a questi devono essere giudicati. Il giudice dovrà allora valutare l'esistenza dei fatti a cui è collegata la problematica delle prove e, nel caso in cui l'esame dia esito positivo, sottoporre il caso alla giuria. Un passaggio che appare piuttosto semplice, ma che in realtà appaga più di una finalità: viene minimizzata la complessità del compito di *factfinding* dei giurati, valorizzando la prevedibilità dei risultati.

Il vaglio preventivo di ammissione, quindi, vigila sulla correttezza del giudizio e sulla capacità di valutazione dei giurati; se venisse a mancare tale griglia protettiva, il processo sarebbe sommerso di elementi impuri e ingannevoli, l'architettura logica ed empirica del caso verrebbe inevitabilmente compromessa e finirebbe per degenerare in un labirinto difficilmente gestibile. A farne le spese sarebbero, immediatamente, le parti in causa, ma più generalmente la società, il sistema penale e la giustizia stessa.

iv. La capacità valutativa della giuria. L'emotività.

Ovviamente in un processo seguiranno diversi elementi e diverse ricostruzioni che si contenderanno: la fiducia ed il convincimento dei giurati; questi dovranno comunque aspirare ad una soluzione il più possibile veritiera, oggettiva e reale. La difficoltà sta appunto nel valutare, in modo imparziale e neutro, eventi che sono presentati in un modo assolutamente parziale, al fine di far apparire e risaltare quella faccia del disegno che è utile al soggetto patrocinato. Le prove vengono montate e modificate secondo strategie processuali che hanno finalità precise: vincere il processo convincendo la giuria delle proprie argomentazioni. La capacità valutativa della giuria subisce, quindi, diversi attacchi, nel senso che le parti ed i loro patrocinanti, per assicurarsi il risultato più favorevole, si avvantaggiano delle debolezze emotive e dell'ignoranza del diritto dei giurati.

L'emotività è una componente indiscutibile, che muove e sostiene la discrezionalità dell'organo laico, un elemento che, però, essendo difficilmente selezionabile e criticabile, può degenerare sommessamente in un abuso e provocare un errore. Anche la più semplice catena di ragionamento per quanto riguarda i giurati si fonda su di un processo che non è solamente logico o meccanico, bensì coinvolge la personalità ed emotività dell'organo stesso. Infatti, quando il caso è confuso, le prove sono circostanziali o comunque numerose, i giurati perdono addirittura la capacità di stabilire su quale aspettativa scommettere, quale selezione fare e quale criterio di scelta seguire. In casi come questo, dove le conoscenze tecniche sono insufficienti, le ipotesi sono numericamente sproporzionate e le interferenze sono prepotenti, i giurati cedono al proprio istinto, alle proprie percezioni e sensibilità verso i fatti narrati. Le critiche alla ragionevolezza della valutazione dell'organo laico non possono, quindi, essere rivolte all'incapacità o limitatezza intellettuale dei componenti; le carenze sono attribuibili alla mancanza di educazione ed esperienza. Il contesto

sociale di riferimento incide efficacemente sulle capacità valutative, portando a conclusioni diverse, a seconda della cultura di appartenenza⁹³.

Quello che rimane certo è il fatto che appartiene al giudice il compito di negare l'ingresso nel processo ad una prova considerata "pericolosa" per la sua potenziale suggestionabilità nei riguardi dei giurati ed in grado di determinare giudizi emotivi⁹⁴.

2.5 La prova scientifica: l'introduzione della scienza nel processo penale

Le prime interazioni tra il modello della scienza e quello del diritto videro la loro origine con la nascita del metodo scientifico, inteso come procedimento di ricerca basato sul rispetto di regole e principi che garantiscono l'attendibilità e la verificabilità dei risultati ottenuti. È già insito nel concetto stesso di "metodo" il rispetto di prescrizioni relative allo svolgimento di un'attività in modo ottimale. Quando si parla di metodo scientifico si dovrebbe intendere quell'insieme di regole e principi che la comunità scientifica di riferimento prescrive nell'attività di ricerca, sia con finalità descrittive esplicative del dato empirico, sia con finalità più propriamente prescrittive. L'avvento del metodo scientifico era destinato a modificare i mezzi di acquisizione delle conoscenze e, quindi, le conoscenze stesse. Fino a quel momento altri erano i mezzi di acquisizione: erano stati, infatti, illustrati cinque modelli concettuali, ricercati nell'ostinazione, intuizione, autorità, ragionamento ed esperienza.

Fondamentale risulta essere la questione relativa alla prova scientifica nel contraddittorio. Se, dunque, il principio del contraddittorio, inteso come metodo di confronto e contrapposizione tra le opinioni, viene generalmente inteso come il metodo cognitivo più efficace ai fini della conoscenza, non vi è dubbio che questo principio trova nella prova scientifica un vero fondamento.

La prova scientifica, prima della legge n. 517 del 1955 che attribuì alle parti private la facoltà di nominare consulenti tecnici privati, era nella completa disponibilità del giudice e veniva svolta in segreto. L'esperto individuava le leggi scientifiche, applicava la metodologia e forniva la valutazione del dato probatorio. I risultati erano noti alle parti e venivano posti alla base della decisione finale del processo. Il controllo sull'attività del perito era esercitato nei fatti dal solo giudice, senza che le parti potessero nominare consulenti che fossero presenti durante la perizia. Il contraddittorio nella perizia era considerato sostanzialmente un auspicio, poiché si riteneva che l'imparzialità del giudice fosse, comunque, tale da rendere pressoché inutile l'intervento della difesa.

Successivamente, nel 1955, venne accolto, quanto meno in significato debole, il contraddittorio come possibilità per l'imputato e la persona offesa di nominare il proprio consulente tecnico e con diritto di presenziare nello svolgimento della perizia. I consulenti tecnici, ben inteso, erano soltanto ausiliari tecnici e non contribuivano con il loro apporto di conoscenza "mezzi di prova". La regola voleva che rimanessero spettatori delle attività del perito nominato dal giudice, salvo proporre osservazioni finali sul lavoro di quest'ultimo. Il contraddittorio aveva, dunque, una funzione retorico-argomentativa perché, così facendo, si consentiva alle parti di conoscere le premesse sulle

⁹³ FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, 1994.

⁹⁴ MONTAGNA, *Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense in L'assassinio di Meredith Kercher*, 2012.

quali il giudice avrebbe deciso e si permetteva loro di interloquire sul valore da attribuire alla prova scientifica ai fini della decisione.

Con il modello accusatorio, recepito dal codice vigente, si è passati da un contraddittorio debole ad un modello di contraddittorio che si cala all' interno del processo formativo della prova. L'attività dei consulenti tecnici non si limita soltanto al diritto di assistere allo svolgimento della perizia e a presentare memorie finali, ma si estrinseca attraverso il diritto processuale di concorrere nella formazione dell'atto istruttorio, esercitando quelle attività in grado anche di produrre risultati diversi da quelli che si produrrebbero attraverso il solo lavoro del perito. Si passa, così, da una conoscenza giuridica che presumeva neutro il momento dell'acquisizione delle conoscenze, ad un apposito paradigma teorico che ritiene le conoscenze il risultato finale del metodo per conseguirle⁹⁵. Il legislatore del nostro codice non ha ritenuto di dover fornire un criterio espresso che stabilisse quando una prova è da considerarsi scientifica e, quindi, introdotta nel processo. I requisiti per l'ammissione delle prove sono quelli che impongono che la prova sia pertinente, non sovrabbondante e non vietata dalla legge. La prescrizione che deriva dall'art. 220 c.p.p. stabilisce che il giudice deve servirsi di un perito tutte le volte in cui occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche tecniche scientifiche. In questo caso gli ulteriori requisiti sono quelli delle "specifiche competenze" e dell'"occorrenza". La valutazione della prova tecnica-scientifica costituisce uno dei temi più delicati dell'esperienza giuridica.

Il giudice, se da un lato è preposto alla valutazione delle prove, non sempre, dall'altro, ha le conoscenze richieste per valutare la rilevanza e l'astratta idoneità della prova scientifica a fondare un accertamento processuale valido. In questo caso il giudice è obbligato ad un rigoroso esame critico della prova offerta, perché non può disattendere la richiesta della parte, sacrificando il diritto della parte stessa alla prova costituzionalmente protetta⁹⁶. Nel nostro sistema manca una regola che imponga al giudice di escludere o ammettere la cosiddetta prova scientifica. Non esiste un'indicazione normativa che consente di valutare a priori l'idoneità della prova scientifica ad assicurare l'accertamento dei fatti.

La giurisprudenza ha voluto in pochissimi casi affrontare la questione legata alla validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati all'estero. A questo proposito, nella ricerca dei requisiti su cui fondare la valutazione della prova scientifica, la Corte di cassazione ha accolto, nel 2010, i criteri della sentenza statunitense *Daubert*, applicandoli nella sentenza *Cozzini*, inerente al caso di esposizione di amianto. A riguardo occorre tener presente che, nel sistema di *common law*, il contributo dell'esperto si realizza per mezzo di una testimonianza introdotta dalle parti ed acquisita nel corso del *trial* attraverso l'esame incrociato di domande, sempre posto dalle parti⁹⁷. In particolare, rispetto al trattamento che il giudice deve riservare alla prova scientifica, si deve fare riferimento a due emblematiche sentenze statunitensi: la sentenza *Frye* del 1923 e la sentenza *Daubert* del 1993.

Nel caso *Frye v. United States* l'imputato, accusato di omicidio, aveva chiesto di essere sottoposto al test della macchina della verità. Il test avrebbe misurato la veridicità delle affermazioni dell'imputato, misurando le variazioni della sua pressione arteriosa nel rispondere alle varie domande. All'epoca nessuno aveva mai richiesto l'utilizzo di un mezzo simile e la Corte d'Appello del *District of Columbia* si era ritrovata nella situazione di dover valutare l'ammissibilità di uno

⁹⁵ DOMIONI, *La prova penale scientifica*, 2005.

⁹⁶ DE CATALDO NEUBURGER, *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*.

⁹⁷ DOMIONI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel processo statunitense*.

strumento la cui validità scientifica appariva discutibile. Di fronte a questo genere di incertezza scientifica, i giudici si sentirono in dovere di rivolgersi alla comunità scientifica di riferimento, cui spettava il potere di decisione, in quanto doveva essere ritenuta valida tale prova da tutto il comitato scientifico. Dalla delega agli scienziati era risultata l'inammissibilità del test della macchina della verità, perché non sufficientemente accettato. Il punto principale della sentenza *Frye* è che con essa veniva fissato il criterio per cui la prova scientifica diventava ammissibile solo se ancorata alla generale accettazione da parte della comunità scientifica. Nel 1993, però, con il caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, la Corte Suprema degli Stati Uniti decise che lo standard *Frye*, circa l'accettazione generale della prova scientifica, non è da solo sufficiente alla valutazione di una prova scientifica incerta. Il caso *Daubert* riguardava i supposti effetti collaterali sul feto del *Benedectin*, un farmaco contro le nausea in gravidanza prodotto dalla Merrell Dow Pharmaceuticals. La Merrell Dow aveva portato in aula lavori scientifici, sottoposti a *peer review* e quindi generalmente accettati, in cui si dimostrava che non vi erano prove che il loro farmaco causasse malformazioni nel feto. I genitori dei bambini nati malformati, per contestare i dati della Merrell Dow, invece, avevano chiesto ai giudici di acquisire anche la testimonianza di altri esperti, in grado di portare evidenze scientifiche contrarie basate su dati non ancora pubblicati, ma che reinterpretavano i risultati ottenuti dalla casa farmaceutica. La Merrell Dow, sulla base del principio *Frye*, si era opposta all'ammissibilità di quel genere di testimonianza: infatti, le prove, essendo state prodotte con metodologie nuove, non riscontravano, all'epoca, l'accettazione generale della comunità scientifica. La Corte, invece, aggirando il principio *Frye*, aveva deciso di applicare i criteri di ammissione della testimonianza esperta e si era così espressa a favore dell'ammissibilità di tutti i testimoni con i requisiti enunciati nella seguente regola, in base alla quale un testimone esperto deve:

- 1) Presentare fatti e dati sufficienti;
- 2) Fondarsi su principi e metodi affidabili;
- 3) Applicare in modo affidabile i principi e i metodi al caso.

Nella sentenza *Daubert*, il giudice non si era limitato a ribadire che:

- 1) il principio della generale accettazione da parte della comunità scientifica, ma, posto di fronte all'ammissibilità di una prova nuova, il giudice avrebbe anche dovuto valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure utilizzati dall'esperto. Questa valutazione deve essere condotta tenendo in considerazione anche altri principi quali:
 - 2) la possibilità di sottoporre la teoria o tecnica scientifica a verifica empirica, falsificarla e confutarla;
 - 3) l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore;
 - 4) l'indicazione del margine di errore noto o potenziale e il rispetto degli standards relativi alla tecnica impiegata.

Da quel momento la sentenza *Daubert* è diventata il punto di riferimento per la valutazione della prova scientifica. Anche quando i criteri di questa sentenza non dovessero risultare tutti applicabili alla prova in esame (come il *peer review* o le pubblicazioni) spetta ai giudici valutare le metodologie tecnico – scientifiche utilizzate dai testimoni esperti. Con questa sentenza, i giudici, in quanto custodi della legge, hanno ribadito che spetta a loro avere l'ultima parola sulla validità delle conoscenze prese in giudizio. Seppure riconoscano di avere bisogno della scienza per fare luce su questioni particolarmente complesse e per le quali non possiedono gli strumenti necessari a una loro interpretazione, i giudici si riservano il diritto di decidere a chi riconoscere la qualifica di scienziato;

saranno gli strumenti processuali stessi a garantire la qualità del risultato e a far inevitabilmente emergere la migliore scientificità⁹⁸. Questo percorso, seguito dalla giurisprudenza statunitense, sembra un progressivo avvicinamento al principio del libero convincimento del giudice, e alla figura del giudice come *peritus peritorum* (perito dei periti) vigente nel nostro ordinamento. Infatti, nell'ordinamento italiano, è il giudice a dover prendere la decisione finale sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato, sulla base del proprio libero convincimento e a emettere una sentenza; ed è a lui che spetta anche il compito di valutare l'affidabilità e l'attendibilità delle risorse tecnico – scientifiche utilizzate nel processo.

Applicazione del metodo scientifico nella sentenza di Perugia

Una lettura molto interessante appare quella delle sentenze riguardanti l'omicidio della studentessa americana Meredith Kercher, perché alla base di tali sentenze c'è un approccio radicalmente diverso davanti ad un processo indiziario che ha portato ad una condanna in primo grado, e ad una assoluzione nel secondo grado di giudizio. La sentenza di assoluzione è, nei fatti, un atto di accusa durissimo e senza precedenti al lavoro della polizia scientifica⁹⁹. Il verdetto, in sostanza, afferma che la polizia scientifica ha sbagliato nell'attività di refertazione. C'è da dire che sia i pm, che autorevoli membri della comunità scientifica, hanno, invece, affermato che a fare gravi errori sono stati i due periti nominato dalla Corte stessa. La sentenza di assoluzione pone al centro della questione le prove scientifiche sul coltello e sul gancetto. La Corte ha fatto proprie le conclusioni dei periti che, come detto in precedenza, hanno accusato duramente il lavoro della scientifica. Così, nell'ottica dei giudici d'appello, al processo è venuto a mancare un elemento "certo". Di qui parte tutto e qui finisce tutto: gli altri numerosi indizi, tra cui i testimoni, la mancanza di alibi e tanto altro vengono visti come pianeti di un sole che essendosi spento, non riscalda più. Nell'analisi di ognuno di questi pianeti non si guarda più all'interconnessione tra loro e alla loro coerenza complessiva, ma vengono isolati l'uno dall'altro e messi singolarmente in dubbio. Insomma, bisognava cercare un "gancio" certo, una pistola fumante, ma non avendola trovata né nelle prove scientifiche e né negli indizi, si apre la strada dell'assoluzione. Contraddicendo il quadro emerso fino a quel momento, si comprende che le probabilità di ipotesi accusatoria possono essere anche superiori alle ipotesi difensive, ma ciò non basta a condannare (dando qui una interpretazione della locuzione "al di là di ogni ragionevole dubbio" molto diversa da quella data dai pm). In primo grado, invece si era guardato alla coerenza dell'insieme dei numerosi indizi, e siccome la coerenza teneva bene, si era aperta la strada per la condanna.

Colpo di scena si ebbe il 25 marzo 2012, giorno in cui la Corte di cassazione avrebbe dovuto decidere se mettere la parola fine a questa drammatica vicenda, confermando l'assoluzione per i due imputati, o se percorrere una strada diversa. La Corte ha optato proprio per quest'ultima, annullando la sentenza di assoluzione, con la conseguenza di un nuovo processo dinanzi alla Corte d'Assise d'appello di Firenze.

⁹⁸ Riv. Trim.dir. proc.civile 1996, p. 263.

⁹⁹ TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*.

2.6 Partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia: posizioni favorevoli e sfavorevoli, pregiudizi e vantaggi

A conclusione di questa trattazione sul ruolo della giuria popolare nel processo penale, l'ultima questione che resta da affrontare attiene allo schieramento di posizioni favorevoli e contrarie in merito alle modalità di partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, come disposto dall'art. 102, 3° comma, Cost.

Quest'ultimo trae origine dall'art. 96 del Progetto di Costituzione, il quale prevedeva che: "Il popolo partecipa direttamente all'amministrazione della giustizia mediante l'istituto della giuria nei processi di Corte d'Assise." Tale testo fu poi modificato a seguito dell'acceso dibattito emerso in assemblea costituente riguardo alla giuria popolare.

Come rileva Pizzorusso: "Anche dopo l'entrata in vigore della norma costituzionale in esame e delle leggi ordinarie che hanno dato attuazione ad essa, la struttura delle Corti d'Assise ha continuato a dar luogo a dibattiti *de iure condendo*, nell'ambito dei quali è stata sostenuta, talora, l'opportunità del ritorno alla giuria popolare e talora, per contro, l'opportunità di una riduzione o eliminazione della partecipazione dei giudici popolari alla decisione degli affari penali."¹⁰⁰

All'inizio dello scorso secolo Alimena lo definiva «l'organo dell'ordinamento giudiziario senza pace».

Iniziando appunto dal dibattito svoltosi in Costituente, emersero molte posizioni di parte contraria all'istituto in questione, mentre poche voci si levarono a favore della giuria. Sul primo fronte emergono soprattutto le opinioni degli onorevoli Turco, Mastino e Ciampitti.

"La nostra tesi è nitida e precisa: noi siamo contrari ad un istituto imperfetto ed imperfettibile, la cui riapparizione, se può ritenersi giustificabile nel tempo e pel tempo di eccezionale, transitorio, arroventato clima politico nel quale riapparve, non può essere accettata definitivamente." Con queste parole l'on. Turco tentò una giustificazione storico-politica della giuria: se questa poteva avere una qualche ragione d'essere nel periodo concitato immediatamente successivo al fascismo, l'istituto risultava inadeguato nel clima politico ormai mutato durante il quale operava l'Assemblea Costituente. E continuava: "Solo i giurati debbono permanere a perturbare sempre, con il loro *ictus* irragionato, incorreggibile ed irresponsabile il tremendo flusso della giustizia punitiva? Per noi, che abbiamo lungamente vissuto l'avventura giudiziaria dei giudici popolari, è doverosa la testimonianza che il verdetto dei giurati, in buona metà dei giudizi in Assise, quando non era il risultato di sopraffazione (o intellettuale o politica o, peggio, finanziaria), era semplicemente il risultato dell'azzardo, del meccanico sorteggio, di quei giudici improvvisati. Voglio dirvi un'ultima parola, o signori: una parola di vita palpitante di umana realtà. I destini degli uomini sono imperscrutabili ed irreversibili. Niente può mettere al sicuro il più giusto, il più puro, il più forte degli uomini dal trovarsi impigliato, attore o vittima, in una macchinosa vicenda giudiziaria. Quale giudice voi preferireste per la tutela della vostra libertà, del vostro onore, dell'avvenire dei vostri figli: il giudice improvvisato ed irresponsabile, o il giudice conscio, esperto, addestrato, indipendente e responsabile?"¹⁰¹

¹⁰⁰ PIZZORUSSO, *La partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia*, in *Commentario della Costituzione*, Branca, 1994, p. 331 ss.

¹⁰¹ TURCO, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, seduta pomeridiana del 7 Novembre 1947.

L'on. Mastino si mantenne su questa linea affermando che non è necessario che la partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia avvenga attraverso la giuria, che egli considerava addirittura una "infiltrazione di tendenze demagogiche". Perciò evidenziava altre modalità attraverso le quali il popolo partecipa all'amministrazione della giustizia: "informandone le leggi, rendendole più moderne, nel senso di renderle più adatte, più attuali, più adeguate all'ambiente; nel senso che la legge ha da essere modificata, rimodernata, resa viva, di modo che contempra i fatti umani così come si verificano nell'ambiente e nel periodo di tempo in cui deve essere applicata."¹⁰²

Ed infine l'on. Ciampitti si soffermò sulla scarsa capacità dei giudici di estrazione popolare di esprimere un giudizio tecnico-giuridico nella valutazione di questioni particolarmente complesse legate alla commissione di reati di una certa gravità: "Ora, come può un giudice improvvisato, e quindi impreparato ed inesperto, accingersi alla ricerca della verità, quando egli non ha pratica, quando egli può essere facilmente travolto ed ingannato da equivoche apparenze e da falsi testimoni? (...) L'onorevole Enrico Ferri, a proposito della funzione giudiziaria che si attribuiva alla giuria popolare, ricorse ad un esempio banale, ma significativo. Egli si esprimeva così: «Sarebbe lo stesso come affidare la riparazione di un orologio ad un calzolaio». (...) Del resto, se si parla di percezione logica o di intuito da parte dei cittadini che dovrebbero costituire la giuria popolare, io mi permetto di osservare che tutto ciò non basta. Occorre che vi sia una preparazione giuridica e che si abbia il sussidio di scienze complementari, oltre che pratica e tecnica giudiziarie, per rendere meno frequenti gli errori, il che con la giuria popolare non si può conseguire. Ora, i rappresentanti del popolo si smarriscono molto spesso in quella che è la ricerca della verità, perché è soltanto la lunga pratica giudiziaria che può mettere i giudici in genere in condizione di poter ricercare la verità e corazzarsi contro tutte le insidie. Questa non è opera che può essere attribuita a qualunque cittadino; non si possono improvvisare i giudici, specialmente quando alle Corti di Assise si assegnano le cause per delitti più gravi di quelli che competono al tribunale."¹⁰³

In conclusione, dall'analisi delle posizioni di alcuni tra i membri della Costituente, emerge sicuramente un forte dissenso fondato talora sulla irrazionalità, impulsività ed emotività di comuni cittadini chiamati a formulare un giudizio in materia penale, talora sulla mancanza di un'adeguata preparazione tecnica degli stessi.

Questa impronta di dissenso sul ruolo della giuria popolare ha percorso gli itinerari della dottrina anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione fino ai nostri giorni.

In particolare, è innegabile che il processo davanti ad una giuria comporta rilevanti costi non solo in termini economici ma anche temporali, come efficacemente rilevato da Hazard: "Anche i più appassionati difensori della giuria riconoscono che la trattazione di una causa dinanzi ad essa impegna più tempo rispetto alla trattazione della stessa causa davanti al giudice." Inoltre lo stesso autore evidenzia come il fatto che i componenti di una giuria possano staccarsi dalla mera legalità del testo di legge per applicare una giustizia sostanziale, vuol dire anche che questi possono "fare pura e semplice ingiustizia, come nel caso in cui faccia valere il pregiudizio popolare contrariamente all'intento legislativo di tutelare le minoranze impopolari."¹⁰⁴

Infine in ambito europeo l'atteggiamento scettico rispetto al modello anglosassone di giuria popolare si è incentrato sulla "inadeguatezza dei cittadini comuni a giudicare delle azioni di altri

¹⁰² MASTINO, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, 1947.

¹⁰³ CIAMPITTI, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, 1947.

¹⁰⁴ HAZARD, *Il processo con giuria come modello processuale* in *Rivista trimestrale di dir. e proc. civile* 1991 p. 480.

attraverso il diritto.(...)Sebbene non vi sia unanimità nel rintracciare le cause di tale inadeguatezza, cause che vanno dall'atteggiamento compassionevole, ai pregiudizi razziali, all'ignoranza, o alla grettezza dei comuni mortali, la cultura giuridica europea è quasi unanime nel nutrire forti sospetti se non addirittura sdegno nei confronti della giuria". In particolare, un caso che ha fortemente sconvolto l'opinione pubblica europea, è stato quello accaduto a Los Angeles dove un cittadino di colore di nome Rodney King è stato massacrato di botte da poliziotti bianchi, poi assolti da una giuria composta quasi interamente da bianchi. "L'istituto della giuria è in declino un po' ovunque. E tuttavia è in Europa, molto più che altrove, che la giuria è pressoché scomparsa.(...) In tutti i casi comunque, la critica centrale mossa sempre più di frequente all'istituto della giuria popolare è quella di essere troppo umana."¹⁰⁵

Ma se l'istituto della giuria presentasse soltanto i difetti visti finora, quali sono i motivi che spinsero alcuni tra i membri della Costituente a proporre l'inserimento nell' art. 96 del Progetto di Costituzione? Tra le posizioni favorevoli che emersero nel dibattito del '47 vi sono soprattutto quelle degli onorevoli Vinciguerra e Carboni.

Il primo, nel confutare la tesi dell'on. Mastino secondo il quale ci troveremmo di fronte ad una "infiltrazione di tendenze demagogiche", affermò che "sarebbe bastato dire che i giurati vanno selezionati, prescelti da categorie sociali che offrano le dovute garanzie, e dire ancora che alle corti d'assise vanno riservati i delitti politici, i reati passionali, per vedere semplificato enormemente il problema e non sentirsi autorizzati a prospettarlo sotto la forma di una Demagogia che invade."

Del resto, oggi ci si avvede di come il legame indissolubile della giuria con le istituzioni democratiche sia stato un postulato ricorrente nell'opinione di quegli autori che hanno sottolineato come i regimi autoritari si siano preoccupati di far scomparire ogni strumento di partecipazione popolare per riaffermare la supremazia totalizzante dello stato rispetto alla società civile.¹⁰⁶

Altri argomenti giocano a favore della giuria, in particolare il rilievo che essa è chiamata ad effettuare alla valutazione del fatto umano nella sua naturalità e passionalità davanti alle quali il giudice togato, abituato al tecnicismo giuridico, spesso rimane "opaco ed inaccessibile".

Infine L'on. Vinciguerra diede spazio ad un'ultima valutazione sostenendo che è innegabile che l'istituto in esame abbia reso grandi servizi alla libertà, "un istituto che comunque ci viene dalla libera Inghilterra, la quale, se non erro, non è poi il paese più arretrato ed analfabeta di questo mondo."¹⁰⁷

Ma nel dibattito in seno all'Assemblea Costituente non è questa l'unica voce che si levò a favore della giuria. Infatti, contro la presunta impulsività e irrazionalità dei giudici popolari si schierò l'on. Carboni, che sottolineò l'aspetto positivo del grado di umanità e giustizia che questi riescono a trasfondere nel processo penale: "Il magistrato togato, attraverso l'abitudine costante e quotidiana dell'applicazione della legge scritta, talvolta diventa schiavo del formalismo giuridico, che in qualche caso si risolve in un'ingiustizia sostanziale. Per contro, i giurati hanno impresso sovente un impulso rinnovatore e adeguatore della legge alla mutata coscienza giuridica del popolo. Le frequenti assoluzioni di mariti imputati di uxoricidi commessi per sorpresa in flagrante adulterio, che sotto un punto di vista formale furono qualificate scandalose violazioni della legge, in sostanza non rappresentavano altro che la ribellione del sentimento popolare ad irrogare una pena ritenuta

¹⁰⁵ CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, p. 19 ss.

¹⁰⁶ AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione in I giudici senza toga*, vedi nota 18 p. 9.

¹⁰⁷ VINCIGUERRA, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, 1947.

eccessiva. (...) Basterebbero queste osservazioni per consigliare maggiore ponderatezza prima di respingere l'istituto della giuria.”¹⁰⁸

Anche sul fronte delle posizioni favorevoli alla giuria, il rilievo di aspetti positivi non si è arrestato in sede di Assemblea Costituente, ma è stato evidenziato nel dibattito attuale grazie ai contributi di Lucia Corso e Ennio Amodio.

In particolare, l'argomento su cui fa leva il discorso della prima è la fiducia nel senso di giustizia che i comuni cittadini possono introdurre nel processo penale, rilevando che è proprio la voce dei cittadini comuni, il loro scambio di opinioni in maniera vivace e diretta all'interno di un dibattito che lasci emergere le loro posizioni più veritiere che permette di contribuire ad un progresso anche morale della società politica. Soprattutto attraverso il canale del processo. Nel sostenere la sua tesi, l'autrice si avvale della giurisprudenza della Corte Suprema americana, che più volte nelle sue pronunce ha ribadito l'importanza della giuria come “fotografia della società” in forza del legame di affinità che intercorre tra chi giudica e chi è giudicato e facendo leva poi sulla “freschezza” di giudizio che contraddistingue persone al di fuori di un circuito burocratico di organizzazione della giustizia. La Corso non nega che questa ricostruzione, esportata nell'ordinamento giuridico italiano, sembrerebbe scontrarsi con principi costituzionali, quali la competenza giuridica del giudice (art. 106, comma 1, Cost.), la sottoposizione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) e la sua indipendenza da altri poteri (art. 104, comma 1, Cost.). Ma “affidare il verdetto alla giuria non significa rinunciare alla *rule of law* né uscire dallo stato di diritto. Però significa mettere in discussione alcune ideologie che stanno dietro alla progressiva burocratizzazione delle funzioni pubbliche, ivi comprese quelle per cui solo l'appartenenza ad un ordine professionale di magistrati (di conoscitori della legge) è garanzia di giustizia.”

E vengono allora in rilievo le considerazioni di due personaggi del passato: Hamilton “secondo cui l'unico modo di contrastare l'ambizione di un uomo (e di un uomo di potere in particolare) è contrapporgli l'ambizione di un altro uomo, in quanto la circostanza che egli ricopra una carica non è di per sé garanzia sufficiente;” e Jefferson “il quale, memore dell'avvertimento dell'amico Madison secondo cui il potere giudiziario non è un potere nullo, ma un potere terribile, si lasciava sfuggire: se dovessi essere costretto a scegliere se lasciare il popolo fuori dal potere legislativo o da quello giudiziario, direi sarebbe meglio tenerlo fuori da quello legislativo. L'esecuzione delle leggi è più importante che il farle.”

Stesse premesse da cui muove la Corte Suprema nel sostenere che “una giuria composta da soli impiegati pubblici desta forti sospetti di faziosità: perché la debolezza umana (...) pervade tutti i settori; anche quello degli impiegati e funzionari pubblici che possono avere qualche difficoltà a mettere la propria dipendenza dallo Stato totalmente fuori dal giudizio.”¹⁰⁹

Lungo questa stessa linea di pensiero si colloca anche la riflessione di Ennio Amodio, secondo il quale sono mutati i tempi per sostenere le vecchie argomentazioni della “incompetenza e fragilità emotiva del giudice popolare”. Questi, infatti, come abbiamo visto, “hanno sempre rappresentato il cavallo di battaglia degli avversari della giuria nel dibattito intensissimo sviluppatosi attorno all'istituto dalla seconda metà dell'ottocento fino al dopoguerra.” Chi continua ad insistere riproponendo il motivo della obbiettività della toga contrapposta alla passionalità del laico dimostra di non tenere conto del mutamento dei tempi e della società, nella quale quei concetti costituiscono

¹⁰⁸ CARBONI, *Le discussioni in Assemblea Costituente a commento degli articoli della Costituzione* in www.nascitadellacostituzione.it, 1947.

¹⁰⁹ CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, p. 239 ss.

ormai dei retaggi del passato. “Come lo stereotipo del giudice popolare repressivo, anche quello più risalente del laico ignorante e irrazionale è frutto della logica dei manichini: prescindendo da qualsiasi verifica empirica o da un semplice raffronto con specifiche strutture sociali, si isolano certi caratteri definiti tipici dei soggetti estranei alla magistratura, dando per scontata la rappresentatività del modello rispetto alla media della popolazione.”¹¹⁰

In conclusione, considerato che attualmente, nel nostro ordinamento giuridico, dall’analisi effettuata risulta passivo il ruolo dei giurati nel processo penale davanti alla Corte d’Assise, si è anche giunti a formulare, nel dibattito più recente, la soluzione più drastica: la soppressione dell’istituto.

“Il modello partecipativo sul quale sembra decisamente puntare la cultura giuridica (...) si incentra oggi su strumenti che conferiscono ai laici poteri esterni all’esercizio della *iurisdictio*.” Lo stesso Amodio propone degli esempi: “le azioni collettive a tutela degli interessi diffusi, (...) la critica delle sentenze resa possibile da una migliore informazione sui problemi giudiziari”. Senza considerare che vi potrebbero essere anche ulteriori alternative: già solo la presenza nel nostro ordinamento dei giudici onorari, che non entrano nella macchina dell’amministrazione della giustizia tramite concorso pubblico, oppure la possibilità di ammettere l’esercizio dell’azione penale non solo da parte del pubblico ministero ma anche da altri soggetti, tutte forme di partecipazione diverse da quelle che realizzano un ‘intervento diretto’ e che si configurano al contrario come forme di “intervento esterno”. Ovviamente, nonostante parte della dottrina ritenga addirittura superiore questa modalità di partecipazione rispetto a quella diretta, non si può negare che questo comporti un “effetto partecipativo ridotto” e che “alla base di questa sorprendente operazione che scava la fossa alla Corte d’Assise si colloca una interpretazione a dir poco manipolativa dell’art. 102, comma 3, Cost. La norma costituzionale, secondo cui “la legge regola i casi e le forme di partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia” dovrebbe intendersi riferita non già all’intervento dei giudici popolari nei processi penali per i reati più gravi, ma a tutto un ventaglio di forme partecipative indirette, sintomatiche di una più ampia impostazione”.¹¹¹

L’unico modo per non abolire la giuria è procedere a una riconfigurazione dell’istituto stesso. In che modo? Interessante è la ricostruzione di Amodio, secondo il quale si potrebbe decidere di dar vita ad un collegio autonomo, formato da membri scelti esclusivamente dal popolo, che si occupino della risoluzione delle sole questioni di fatto, con l’obbligo di rendere conto delle valutazioni probatorie. Un modello mutuato dalla tradizione di *common law*, ma non privo di contaminazioni continentali. Lo stesso autore si rende conto che oggi manca uno stereotipo a cui ci si debba necessariamente attenere per realizzare un modello di giustizia popolare che permetta la partecipazione dei comuni cittadini all’attività giurisdizionale. Quindi, perché non abbattere quel connotato tipico della *jury* che le impone la pronuncia di un verdetto immotivato? Perché non mettere i giurati di fronte alla responsabilità di dover rendere conto alla comunità di cui fanno parte del percorso che li ha portati a prendere quella decisione? Certo, lo stesso Amodio si rende conto delle obiezioni che questa conclusione potrebbe suscitare: “gravi perplessità riguardano l’attitudine dei laici a redigere una motivazione capace di superare la prova del penetrante sindacato del giudice di cassazione”. Ma anche questo rilievo può essere superato: “restringendo la competenza della giuria alle sole questioni di fatto e limitandone l’intervento a particolari reati, come quelli politici, in cui meno frequenti si prospettano i problemi di carattere tecnico.” Quindi, per superare il modello

¹¹⁰ AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione in I giudici senza toga*, p. 7 ss.

¹¹¹ AMODIO, op. cit., p. 2 ss.

attuale di giuria, ossia lo scabinato, e dare attuazione all'art. 102, comma 3, Cost. ci si trova di fronte a questa alternativa: o ridimensionare la portata della norma costituzionale che impone l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari, restando così fedeli al modello della *jury* anglosassone, con la conseguenza di avere un verdetto privo di valutazioni probatorie; oppure "una nuova versione della giuria popolare"¹¹² che renda conto dell'apprezzamento probatorio. E qui si lasciano aperti i problemi pratici in ordine agli strumenti concreti che il legislatore futuro dovrà apprestare per attuare una simile soluzione.

¹¹² AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria* in *Riv. Dir. processuale*, 1970, p. 462 ss.