

L'IMPUTATO INNOCENTE E LA MACCHINA PROCESSUALE*

Angelo Alessandro Sammarco**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Algoritmo giuridico; 3. L'imputato innocente; 4. Giustizia formale. Il comma 1 dell'art. 111 Cost.; 5. Funzione e scopo del processo; 6. La macchina processuale al lavoro; 7. Degenerazioni del processo mediatico; 8. Due casi mediatici: il processo Bossetti e il processo ad Amanda Knox

1.- Tra le molteplici prospettive rispetto alle quali può essere esaminato il fenomeno del processo penale, a volte preso ad esempio quale unità di misura della civiltà di un popolo¹ (è il fondamento del garantismo) o, in altri casi, quale espressione del livello dei diritti e delle "garanzie", oppure quale strumento di tipo repressivo² o persino quale avamposto nella lotta alla criminalità³, o tanti altri ancora, manca una riflessione sistematica sul tema, ormai fondamentale e imprescindibile, del rapporto tra l'imputato innocente e il processo penale.

Ciò va considerato anche alla luce del degrado raggiunto dalla prassi giudiziaria e politica, che ne è corresponsabile nella misura in cui, attraverso interventi normativi deboli e semplicemente demagogici o colpevoli omissioni, nei casi in cui sarebbe dovuta robustamente intervenire per impedire liberticidi travalimenti di potere, ha cooperato al trionfo del potere giudiziario che oggi si erge al di sopra della legge, al punto di essere diventato, di fatto, fonte normativa autonoma⁴.

Insomma, di fronte all'insoddisfazione che il processo penale suscita nei c.d. "addetti ai lavori" e, soprattutto, in coloro che lo subiscono a tutti i livelli⁵, è lecito porsi la domanda cruciale della funzione o se si vuole, più semplicemente, dell'utilità del processo penale rispetto all'imputato innocente.

¹* Testo dell'intervento pronunciato durante l'incontro con l'Associazione Giovani Avvocati (AIGA) di Avellino il giorno 16 novembre 2018.

** Professore associato confermato di Procedura Penale presso L'Università di Salerno.

Si riprende la celebre frase di Voltaire: "è meglio rischiare di salvare un colpevole, che condannare un innocente" (in *Zadig o il destino. Storia orientale*, e in *Tutti i romanzi e i racconti e Dizionario filosofico*).

² Secondo Manzini: "l'interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato, in quanto risulti colpevole"; perciò «le norme processuali penali tutelano principalmente l'interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza» (in V. Manzini, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova 1929, 13).

³ "I giudici non sbagliano e un innocente in realtà è un colpevole senza prove"; l'inquietante frase è stata pronunciata dal Dott. Camillo Davigo, presidente di sezione della Corte di cassazione e attuale Presidente dell'ANM nel corso della trasmissione televisiva "Porta a Porta", andata in onda il 1 febbraio 2017 e disponibile sul sito Internet: <https://www.youtube.com/watch?v=qd-hZZZQqNA>.

⁴ La CEDU ha emesso la sentenza in data 14 aprile 2015 sul caso Contrada (*quatrième section Affaire Contrada c. Italie* (n. 3) - *Requête no 66655/13*) nella quale è espressamente attestato: "qu'à l'époque des faits qui lui étaient reprochés, la catégorie de concours externe en association de type mafieux en tant qu'infraction n'était pas prévisible car elle était le résultat d'une évolution jurisprudentielle ultérieure"; sulla base di questa premessa, la Corte ha quindi ravvisato la violazione nei confronti del ricorrente dell'art. 7 CEDU che prevede il principio di irretroattività della legge penale. Al di là della singola e specifica vicenda giudiziaria e dei possibili commenti sull'impatto della sentenza della CEDU sulla sentenza irrevocabile di condanna pronunciata dall'autorità giudiziaria italiana, sta di fatto che la CEDU ha espressamente dichiarato che la figura criminosa del concorso esterno in associazione di stampo mafioso è stata introdotta da un'interpretazione giurisprudenziale. Il punto è talmente importante che avrebbe dovuto immediatamente stimolare una discussione sulle fonti del diritto nel nostro sistema che, come è noto, non prevede il diritto di elaborazione giurisprudenziale. Ma così non è stato.

⁵ Cfr. G. Spangher (cur.), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino 2017.

Una simile prospettiva potrebbe sembrare priva di senso se si adottasse un'angolazione di analisi semplicemente positivista, facendo quindi riferimento alla situazione processuale specifica del riconoscimento dell'innocenza che, evidentemente, può processualmente realizzarsi solo al termine del giudizio, quando cioè il giudice abbia emesso la sentenza che decide sull'imputazione formulata a carico dell'imputato.

Tuttavia, l'analisi del problema *ex post*, ancorché proceduralmente interessante e non priva di spunti importanti, finisce per nascondere un più drammatico e impellente problema di natura sostanziale e che concerne la posizione *ex ante* del soggetto - persona fisica e non semplice figura o maschera processuale⁶ che subisce il processo, nonostante la propria innocenza.

In questa sede, dunque, "l'innocente" è inteso nel senso semplicemente "evangelico" di "colui che non è responsabile del fatto di cui è accusato" (o perché non lo ha commesso o perché il fatto non è giuridicamente fonte di responsabilità giuridica - si tratta di una versione semplificata delle formule di proscioglimento di merito).

Ecco allora che il quesito posto rivela una drammatica natura esistenziale: il processo penale tutela o no l'imputato innocente? E se sì, in modo corretto oppure insufficiente?

Si apre così uno scorcio non ancora sufficientemente approfondito a livello giuridico (ma forse non è un caso), e che, tuttavia, non sembra più differibile perché, proprio oggi, dopo le esperienze storiche che vanno dal "collettivismo" alla "società dei servizi", passando per "la società dei diritti", si avverte la necessità della risposta ad un quesito che sempre più assume i connotati di un enigma profondissimo e che pone il problema del "sacrificio" o della "tutela" dell'imputato innocente e quindi del ruolo che gioca l'innocenza "prima" del processo e non "dopo" il processo, quale, ormai, suo autoreferenziale e immodificabile prodotto.

2.- Se volessimo usare una parola oggi di moda per definire una "procedura" potremmo dire che la stessa è un "algoritmo" e cioè un complesso di istruzioni che, una volta impostate in un certo modo conducono "automaticamente" ad un certo risultato⁷.

Da questo punto di vista, possiamo certamente assimilare il processo penale (o procedimento che dir si voglia) ad uno specifico tipo di "algoritmo", nel quale le "istruzioni" sono le regole del funzionamento, norme giuridiche (di tipo processuale - direttamente, e di tipo sostanziale - indirettamente) e il risultato è il provvedimento (sentenza o decreto penale).

In senso puramente strutturale, dunque, possiamo dire che il meccanismo procedurale è costituito da una concatenazione di atti che, una volta innescata, prosegue fino alla sua conclusione. Il fenomeno è perfettamente inquadrabile nella categoria

⁶ Assoggettata in quanto tale al proprio destino; riecheggiano le parole antiche: "*guardate, ecco Edipo, colui che ha risolto il famoso enigma e che è stato potentissimo; chi dei cittadini non ha provato invidia della sua sorte? Ed ora in quale vortice di tremendo destino è finito! Nessun uomo si può dire felice se deve ancora vedere l'ultimo giorno dell'esistenza, prima che abbia varcato il termine della sua vita senza patire alcun male*"; in Sofocle, *Edipo re*, vv. 1524-1530).

⁷ Sul concetto di algoritmo e l'uso nella società moderna delle macchine pensanti, cfr. P. Domingos, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino 2016; L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano 2017; sui pericoli per la democrazia dell'uso degli algoritmi, cfr. N. Bostrom, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2018; M. Mezza, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma 2018; M. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano 2018; infine, sulla nozione tecnica di algoritmo, cfr. il classico D. Harel, Y. Feldman, *Algoritmi. Lo spirito dell'informatica*, Milano 2008.

giuridica del “procedimento” che è stata ampiamente esplorata negli studi processualistici⁸.

Secondo questa rappresentazione la forza inerziale che spinge il meccanismo processuale/procedimentale è il “nesso di obbligatorietà” che lega gli atti processuali tra loro, nel senso che “il compimento del successivo atto è obbligatorio una volta che sia stato compiuto l’atto precedente”

E così, quando il pubblico ministero, ad esempio, abbia esercitato l’azione penale, necessariamente dovrà intervenire una sentenza (o eccezionalmente un decreto penale) e cioè una pronuncia giurisdizionale obbligatoria e quindi “ineluttabile” (il fenomeno è regolato dal “principio di non regressione” corollario del principio di obbligatorietà dell’azione penale⁹).

Ma anche la semplice iscrizione della notizia di reato nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p. (peraltro, anch’essa obbligatoria ai sensi del comma 1 dell’art. 335 c.p.p.) dà vita ad uno sviluppo procedimentale, “necessario” quale lo svolgimento delle “indagini preliminari”, a sua volta destinato a dare origine ad un’iniziativa del pubblico ministero, o di tipo “attivo” (azione penale) o di tipo “omissivo” (richiesta di archiviazione, e cioè richiesta di “autorizzazione” al “non” esercizio dell’azione penale - obbligatoria ex art. 112 Cost¹⁰).

Il discorso sui “nessi procedimentali” potrebbe proseguire a lungo, fino a comprendere l’intero fenomeno processuale che, come detto, è pienamente inquadrabile nella struttura del “procedimento” che, per quanto detto, è rappresentabile come “algoritmo giuridico”.

3.- “Qualcuno doveva aver diffamato Josef K. perché, senza che avesse fatto nulla di male, una mattina venne arrestato”¹¹.

Da un punto di vista psicologico, si può immaginare la sensazione che deve provare la persona che si trovi coinvolta in una “procedura” per fatti non commessi.

Nel romanzo kafkiano il protagonista finirà stritolato dal meccanismo del quale neppure mai comprenderà il significato ultimo; il processo moderno non dovrebbe condurre al sacrificio dell’innocente e la macchina processuale dovrebbe funzionare nel senso di proteggerlo.

In pratica, l’algoritmo giuridico che governa il processo dovrebbe, in qualche misura, consentire all’imputato innocente di controllare la propria vicenda al fine di poter evitare la condanna ingiusta.

Ciò che invece accade è che la macchina processuale va avanti automaticamente in modo impersonale secondo le sue scadenze e tempistiche e non risente, se non in minima parte, dell’esigenza dell’innocente che, suo malgrado, vi si trovi coinvolto, se non invischiato.

Si consideri l’aspetto processuale e giuridico del fenomeno.

Se è vero che una persona coinvolta in un processo può essere “innocente”, è altrettanto vero che può essere “colpevole”; sicché dare il governo o un maggior controllo dell’algoritmo processuale all’imputato significherebbe, inevitabilmente, vanificare l’intero sistema della giustizia penale, posto che ogni imputato impiegherebbe il processo per essere prosciolti dall’accusa che gli è stata contestata; ecco perché, non solo ciò non è

⁸ Sulla nozione tecnica di “procedimento”, cfr. l’imprescindibile G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Milano 1955, 3 ss. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 373ss.

⁹ Sul punto, da ultimo, cfr. E. Catalano, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2017 104ss.

¹⁰ Sia consentito il rinvio a A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993 57ss.

¹¹ Inizia così il romanzo di Franz Kafka, *Il processo*, ed. Roma 2010, 19.

possibile, ma, la figura dell'“imputato” deve essere costruita in modo astratto, deve cioè essere una “fattispecie”, un centro di “imputazione giuridica¹²” con determinate caratterizzazioni che può “in concreto” riferirsi ad ogni persona coinvolgibile nella vicenda processuale.

4.- Naturalmente, il tema dell'imputato innocente si incrocia in modo evidente e spesso drammatico con quello della giustizia, nel senso che la forma più importante della giustizia è quella che viene o che deve essere riconosciuta all'innocente. È proprio infatti l'innocente ad avere bisogno della giustizia, intesa come riconoscimento della correttezza del proprio operato e, essenzialmente, tutela rispetto all'abuso degli strumenti repressivi che lo Stato pone in essere nei confronti di coloro che si sono ribellati commettendo un fatto illecito.

È dunque indubitabile che in un'ideale rappresentazione del sistema processuale, giustizia e innocenza debbano trovare una naturale coincidenza: la giustizia deve essere cioè il riconoscimento dell'innocenza e il riconoscimento dell'innocenza deve essere l'attuazione della giustizia.

Tuttavia, questo assioma è soltanto astratto, essendo cioè frutto di un'idea, di un'aspirazione, di un ideale, e quindi di istanze che, per loro natura, non sono proprie del mondo reale, caratterizzato dalla sua intrinseca e inevitabile imperfezione rispetto ad ogni immaginabile modello teorico¹³.

In altre parole, è ben evidente che allorché in un processo sia travolto un imputato innocente, il nesso che dovrebbe essere indissolubile tra giustizia e innocenza risulterebbe irrimediabilmente strappato. In questo caso, allora, la giustizia, non potrebbe più realizzarsi come riconoscimento dell'innocenza, se non, esclusivamente, sul piano ideale, quale aspirazione al superamento della singola e specifica vicenda umana che abbia condotto al sacrificio dell'innocente.

Viene così in luce il significato dicotomico della parola giustizia che in se stessa contiene tanto il riferimento ad una regolamentazione dei conflitti da parte dell'autorità, quanto il contrapposto riferimento ad un mondo ideale nel quale qualsiasi errore umano sia bandito e l'innocente sia proprio l'incarnazione del giusto¹⁴.

Nella lingua latina la sintesi semantica propria della lingua greca che, come si è visto, unifica i concetti di "pena", "giustizia" e "giudice", è invece frantumata; infatti, subentrano tre parole diverse "justitia"; "judex", "poena". In realtà, la parola "dike" viene dal verbo "deiknumi"¹⁵ da cui deriva il verbo latino "dire" e quindi le parole "judex" e "justitia". Dunque, abbiamo la chiara percezione di un percorso semantico di una

¹² H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, Macerata 2015, 86.

¹³ Sul punto, cfr. A. A. Sammarco, *Danno da giudicato ingiusto. Il giudicato sull'errore di diritto*, in *La vittima del processo*, cit., 427 ss.

¹⁴ Di qui il senso del termine latino di jus-titia. Si è osservato che: "nel latino classico il termine per "diritto" era ius. Secondo la sua radice, che era la stessa del verbo iurare, Ius indicava all'origine un pronunciamento sacro, con cui si interpretava il volere degli Dei e dunque la giustizia (iustitia). Ritroviamo la radice di ius in giudizio, giudice, giudicare; in giure (parola antiquata che significa il diritto) e nei suoi derivati giuris-dizione, giuris-prudenza, giure-consulto, e insieme, appunto, in gius-to e gius-tizia. Termini consimili si ritrovano in francese (jurisprudence, justice) e in spagnolo (jurisprudencia, justicia) e nelle espressioni di origine latina come la tedesca jurisprudenz o l'inglese jurisprudence (che però in inglese significa teoria del diritto) justice, ecc." (P. Zatti, *Introduzione al linguaggio giuridico*, on line su didattica.uniroma2.it/files/scarica/insegnamento/167589...Di.../40439-Programma).

¹⁵ Cfr. F. Cordero, *Morbo italico*, Bologna 2013, 17.

situazione, di un assetto di potere che man mano che evolve si traduce nei termini corrispondenti¹⁶.

Ecco allora che, nel mondo reale, la parola giustizia finisce per assumere un significato ambiguo, sfumato, che allude contemporaneamente ad aspetti diversi ed incompatibili che finiscono per creare enormi confusioni.

Il fatto che un sistema “reale” di giustizia non possa mai realizzare la giustizia “ideale”¹⁷ è particolarmente evidente nel nostro ordinamento giuridico. Il comma 1 dell’art.111 Cost. stabilendo che il “giusto” processo è quello attuato nel rispetto della legge, sancisce l’equivalenza tra legalità e giustizia e quindi codifica il concetto di giustizia “formale” che, per definizione, non può coincidere con la giustizia *tout court*, o sostanziale o ideale che dir si voglia.

Infatti, è sufficiente immaginare un qualunque difetto di normazione, tale da determinare la concreta e specifica condanna di un innocente, per avere la dimensione dello scollamento tra il mondo reale (pratico, che implica il problema della regolamentazione dei conflitti) e il mondo ideale (che invece non tollera il sacrificio dell’innocente) della giustizia.

Addirittura, proprio nel principio costituzionale di legalità è insita la più grande e lacerante contraddizione, quando ci si accorge che lo stesso rispetto della legge può essere la causa dell’ingiustizia e ciò nel momento in cui il rispetto della legge conduca alla condanna dell’innocente.

Gli esempi possono essere diversi e tutti ugualmente drammatici.

Ne prenderò in considerazione due.

Si immagini la condanna in primo grado di un imputato innocente, il quale non presenti, nei termini previsti e neppure attraverso il proprio difensore, l’appello avverso la sentenza di condanna (“ingiusta” in quanto pronunciata nei confronti di un innocente) per mera dimenticanza, sua, del proprio difensore, o di entrambi.

Ebbene, in tal caso, immaginando che in sede di giudizio di appello l’imputato avrebbe potuto, finalmente, dimostrare la propria innocenza e quindi ottenere la doverosa sentenza di assoluzione, si deve necessariamente concludere che l’attuale sistema processuale nella parte in cui sanziona con l’inammissibilità dell’impugnazione la tardiva presentazione dell’atto di appello, evidentemente, sancisce un concetto di giustizia “formale” che non coincide e non può coincidere con il concetto di giustizia reale.

Infatti, nel caso di specie, un innocente sarebbe condannato non per aver effettivamente commesso il fatto di reato oggetto del processo, ma perché si sarebbe dimenticato di presentare l’impugnazione nei termini previsti dalla legge.

Insomma, il legislatore, preoccupato di definire la vicenda processuale in atto, ha trascurato la posizione dell’imputato innocente e ha preferito occuparsi della diversa posizione, assolutamente formale e astratta dell’imputato per così dire “solerte” che cioè debba necessariamente essere attento alla propria vicenda (ammesso che ne sia venuto a conoscenza, tenuto conto che anche in materia di conoscenza legale del processo da parte dell’imputato il legislatore, apprendista stregone, ha introdotto una normativa alquanto lacunosa, imprecisa, e imperfetta¹⁸; ma è fin troppo evidente che l’imputato accorto e

¹⁶ Non è un caso che nel mondo antico la giustizia sia considerata una divinità, *Dike*, per la cultura greca, cfr. E. Severino, *Dike*, Milano 2015, 17.

¹⁷ Vedi H. Kelsen, *Che cos’è la giustizia?* cit. 125.

¹⁸ Con la legge n. 103/2017 che ha equiparato l’“assente” al “presente”, con un’inquietante finzione giuridica, e così’ ancor più violando la regola del giusto processo del divieto di processi *in absentia*, come più volte contestato all’Italia dalla CEDU; sul punto cfr. R. Casiraghi, *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018 207 ss.

consapevole della propria posizione processuale non necessariamente è quello innocente (anzi, il più delle volte, sono proprio coloro che spesso hanno avuto a che fare con la giustizia, per avere commesso illeciti in serie e quindi i “colpevoli” ad essere i più “pratici” e i più scaltri nell’uso dei mezzi legali di difesa). Dunque, un disinteresse conclamato della legge processuale per l’imputato innocente.

Consideriamo il caso diverso dell’imputato innocente condannato con sentenza divenuta irrevocabile e fondata su un errore di diritto.

Anche in questo caso, la risposta dell’ordinamento processuale è sconcertante: infatti, semplicemente, non è previsto alcun rimedio. Il che significa che quando, in ipotesi - certamente astratta, ma non per questo irrealizzabile, soprattutto quando si pensi ad alcuni spaventosi approdi interpretativi giurisprudenziali, abroganti, modificatori o comunque manipolatori del testo normativo, la condanna definitiva di un innocente dovesse scaturire da un errore di diritto, quest’ultimo non avrebbe più alcuna tutela da parte del diritto processuale che, anzi, nella sua più perfetta espressione di “legalità”, si presenterebbe come “sanzione” estrema di una condotta non commessa dall’imputato-condannato costretto a subire la conseguenza-pena prevista dall’ordinamento, secondo la legge giuridica dell’imputazione¹⁹ in contrasto con la legge di verità- giustizia che invece regola il mondo naturale. Dunque, la giustizia giuridica formale che si contrappone e si afferma rispetto alla giustizia naturale e sostanziale.

Ma, al di là dell’astratto inquadramento terminologico, è ovvio che a fare le spese di una simile impostazione strutturale del sistema giuridico non può che essere l’imputato innocente, vittima sacrificale di un’organizzazione sociale che lo inquadra come mero “oggetto” del “servizio”- giustizia da offrire ai consociati.

Ci si accorge così dell’inquietante contraddizione insita nel testo stesso dell’art. 111 Cost. che pomposamente si occupa delle garanzie del giusto processo, richiamando, e per la verità replicando, l’art. 6 della Convenzione dei diritti dell’uomo che riconosce la legalità- giustizia formale, ignorando che questa, in concreto, potrebbe manifestarsi come ingiustizia sostanziale, nella misura in cui, proprio il rispetto della legge autorizza la violazione della legge stessa (quando l’*error iuris*-violazione di legge sia divenuto irrimediabile perché contenuto in una sentenza irrevocabile²⁰).

Dunque, il destino processuale dell’imputato innocente non è necessariamente garantito contro il rischio di un’attribuzione di responsabilità che sarebbe certamente, dal punto di vista soggettivo, ingiusta.

5.- Per quanto riguarda la funzione del processo penale, si possono concepire affermazioni di significato opposto che scandiscono due distinte versioni del processo penale, inteso in un caso come strumento di tutela della collettività e nell’altro, come strumento di protezione dell’individuo accusato.

Potremmo considerare il processo penale in una prospettiva di “giustizialismo”, come mezzo di attuazione della giustizia e, in un’altra prospettiva di “garantismo”, come mezzo di tutela e di difesa delle garanzie dell’individuo.

Tenendo presenti le due indicazioni contenute nelle relazioni governative al codice del 1930 e al codice del 1988 e quindi i due distinti momenti legislativi, saremmo tentati di osservare che, in effetti, considerato che il codice del 1988 è quello attualmente vigente che ha sostituito il precedente del 1930, dovrebbe essere senz’altro prevalsa la prospettiva

¹⁹ Cfr. H. Kelsen, *Che cos’è la giustizia?* cit. 6ss.

²⁰ Cfr. A. A. Sammarco, *Danno da giudicato ingiusto. Il giudicato sull’errore di diritto*, in G. Spangher (cur.), *La vittima del processo*, cit. 427ss.

“garantista”, che dovrebbe essere cioè quella vigente, e superata, in quanto abrogata dalla nuova legge, la prospettiva “giustizialista”.

Senonché, garantismo e giustizialismo non sono funzioni normative, quanto, piuttosto, punti di vista che racchiudono un sistema di valori rispetto al quale il processo penale viene considerato e quindi valutato²¹.

Ecco perché oggi la visione giustizialista è quanto mai prevalente, nonostante, come detto, il contesto normativo vigente, invece, dovrebbe essere “garantista”²².

Perciò, il giustizialista vedrà con sospetto, fastidio e preoccupazione l’aumento dell’area delle garanzie, mentre il garantista censurerà e considererà particolarmente pericolosa l’eventuale svolta autoritaria del processo penale attuata attraverso la soppressione o la riduzione delle garanzie.

Dunque, rispetto ad un qualunque sistema processuale di diritto positivo, giustizialismo e garantismo saranno sempre distinte e alternative prospettive di analisi, di studio, di ricerca e, anche, di interpretazione delle norme vigenti.

Possiamo così ora comprendere che “garantismo” e “giustizialismo”, in quanto prospettive “sul” processo, punti di vista che ne analizzano lo svolgimento e la struttura, sono, per definizione, collocate all’esterno di esso, e, quindi, attengono al piano dello “scopo” del fenomeno processuale, cioè, al campo degli obiettivi da raggiungere.

Si immagina quindi che il processo debba perseguire uno “scopo”, servire da “strumento” per raggiungere un effetto (ad esempio l’accertamento dei reati); svolgere un “servizio” (ad esempio la “giustizia”); realizzare un obiettivo sociale (ad esempio la prevenzione generale e speciale).

In questo terreno, “garantismo” e “giustizialismo” si contendono, appunto, l’obiettivo, nel senso che secondo la prima prospettiva, il processo deve tendere a proteggere l’imputato dagli eventuali abusi dell’autorità; secondo la diversa prospettiva giustizialista (oggi purtroppo in voga), il processo, invece, deve tendere alla repressione dei reati²³.

Diverso è, invece, il campo dell’osservazione quando si prenda in considerazione il meccanismo processuale dal suo interno e se ne osservino, cioè, per così dire “gli ingranaggi”, nel loro specifico e oggettivo funzionamento.

In questo caso, assume rilievo la “funzione” del processo, intesa, appunto, come modalità di funzionamento, di operatività, di caratteristica di uno specifico congegno in azione.

Ritengo che mentre la funzione del processo sia un’invariante, e costituisca, cioè, un elemento strutturale, uno specifico carattere invariabile e connaturato all’essenza stessa del processo, ciò non sia per lo “scopo” che, come si è detto, è invece variabile a seconda dei punti di vista.

Come esempio, possiamo pensare al “processo politico” che, inteso come fenomeno a sé stante e abbastanza caratterizzato da poter essere studiato come forma storica del

²¹ Sul binomio giustizialismo - garantismo, cfr. da ultimo, I. Borasi, *Prolegomeni a un diritto processuale penale dell’effettività*, in *Teoria e prassi della giustizia penale contemporanea*, Ariccia (RM), 2016 11 ss.

²² È di questi giorni il provvedimento normativo che abroga (a partire dall’anno 2020) la prescrizione dei reati dopo il giudizio di primo grado; il che darebbe luogo al “processo perenne”, alla sostituzione della sentenza di assoluzione con il “carico pendente” dell’innocente, invischiato per sempre nell’ordigno processuale e per questo per sempre pregiudicato e impedito nell’esercizio dei propri diritti; c’è poi da dire sull’ipocrisia normativa; o, comunque, sulla tendenza “naturale” inquisitoria del processo che è strutturalmente “antigarantista”.

²³ Come si vede, il garantismo rappresenta un’angolazione soggettiva, incentrata sull’individuo e le sue garanzie inviolabili; il giustizialismo rappresenta un’angolazione oggettiva, incentrata sul fenomeno della criminalità che deve essere combattuto e represso.

processo penale²⁴, intanto è qualificabile in tale senso, in quanto lo sia per lo “scopo”, dato che struttura e configurazione processuale sono quelle previste nel diritto vigente in una data epoca storica, mentre lo “scopo” è quello che cambia e varia nel tempo storico, fino al punto di trasformare il processo in mezzo di affermazione del potere politico, con tutte le ovvie e conseguenti deformazioni del rito.

Ecco allora che ci imbattiamo nel fenomeno della “forzatura” delle norme processuali, che possiamo intendere *latu sensu* come elusione, manipolazione, abrogazione tacita del testo normativo, per effetto di “interpretazioni” mirate, e cioè finalizzate allo “scopo” di utilizzare il processo, appunto, in senso teleologico, per raggiungere cioè un obiettivo prestabilito²⁵.

Partendo da questa premessa, secondo cui il problema interpretativo di una norma processuale nasce dalla tensione tra la funzione e lo scopo della norma, tensione che è tanto più elevata, quanto più siano distanti funzione e scopo²⁶, possiamo considerare il processo anche analizzando il livello dell'intensità della tensione tra funzione e scopo dell'impianto normativo processuale, che può essere verificato non soltanto, in generale, rispetto, cioè, al fenomeno processuale nel suo complesso, ma anche sul piano delle singole norme processuali (chiaramente quelle più significative e caratterizzanti dell'ordinamento processuale), che, a loro volta, potrebbero risentire della pressione interpretativa indotta dall'intenzione di un'applicazione finalistica, cioè improntata al raggiungimento di uno specifico scopo.

6.- Da alcuni esempi storici si comprende molto bene quale sia stata e sia in fondo, ancora oggi, la funzione sociale del processo penale legata al rito antichissimo del “capro espiatorio”²⁷.

Il processo a Gesù è un giudizio direttissimo; un giudizio che si svolge subito dopo l'arresto.

Pilato alla fine convalida l'arresto e procede al giudizio.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che vigesse già all'epoca il giudizio direttissimo, ma che gli schemi, le strutture, e cioè la “funzione” è sempre la stessa; e questo ci deve far pensare, quando, ogni tanto, utilizziamo l'espressione di “codice di rito”, alludendo al rito religioso che, da un lato, richiama l'origine del diritto, religiosa²⁸ e, dall'altro, appunto, ad un funzionamento che è sempre lo stesso e che, detto molto in generale, si presenta sempre come sequenza, concatenazione di atti che partono da un inizio e giungono ad una conclusione che è il compimento del rito, religioso o giudiziario che sia.

Insomma, le prassi sono antichissime²⁹ e sono confluite nelle forme attuali che ancora mantengono l'antica cadenza.

Dunque, nel sistema di oggi ci sono le tracce evidenti delle strutture antiche, dei meccanismi antichi, dei ruoli che sono e saranno sempre gli stessi: l'accusa sarà sempre accusa in qualunque sistema; l'imputato sarà sempre imputato, qualunque sia stato o sarà il rito; il giudice sarà sempre giudice.

²⁴ Sul processo politico cfr. il classico, J. M. Verges, *Strategia del processo politico*, Torino 1997; ed anche, A. A. Sammarco, *Il processo politico. analisi delle pratiche repressive della macchina giudiziaria*, Milano 2008.

²⁵ Esiste anche, comunque, il processo politico, strutturalmente e funzionalmente tale, cioè costruito normativamente per finalità politiche di cui abbiamo esempi storici nei vari processi caratteristici di alcuni regimi dittatoriali, come ad esempio il processo staliniano, o il processo dinanzi al tribunale speciale del fascismo.

²⁶ Vedi H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?* cit. 40ss.

²⁷ Vedi R. Girard, *Il capro espiatorio*, Milano 1999.

²⁸ Vedi A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino 2005 41ss.

²⁹ Cfr. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981 14ss.

Queste strutture sono sempre le stesse; cambiano nel corso del tempo i contesti culturali e ambientali, ma le strutture sono immutabili.

Da questo punto di vista, viene in rilievo la struttura profonda del processo in rapporto alla logica, non tanto intesa, sotto questo aspetto, come strumento di conoscenza, quanto piuttosto, come invero, attuazione nella realtà di uno schema concettuale; il λόγος che si realizza in un meccanismo³⁰.

Prendiamo l'esempio storicamente importantissimo del processo a Socrate che si svolse ad Atene nel 399 A.C. e che costituisce il paradigma del processo politico che servì per il consolidamento della democrazia ateniese, in quel momento in forte crisi, appena finito il periodo dei trenta tiranni³¹.

E' importante considerare che l'accusa per la quale Socrate fu condannato a morte era di natura religiosa.

Sembra incredibile che in una società evoluta, nella quale fiorivano le arti e le scienze, i costumi erano liberi e si incoraggiava la libertà di pensiero³², un uomo noto ed importante come Socrate possa essere stato condannato a morte per motivi esclusivamente religiosi.

Si stenta insomma a credere che Socrate sia stato giustiziato semplicemente perché non professava l'ortodossia religiosa, fondata, per di più, sull'elementare visione antropomorfa delle divinità, sostanzialmente mutuata dalla mitologia omerica.

Se però Socrate ha subito il supplizio capitale, ciò deve essere avvenuto a causa del coinvolgimento di aspetti fondamentali della società del tempo, al punto da scatenare la repressione più brutale nella forma ritualizzata del processo.

Dalle principali fonti sul processo, costituite dai dialoghi platonici, risulta che Socrate sarebbe stato colpevole "in quanto corrompe i giovani e non crede negli dei in cui crede la Città, ma in divinità diverse e nuove"³³; nel medesimo senso il seguente passo tratto da un altro dialogo platonico, l'*Eutifrone*, dove in occasione di un incontro tra Socrate e quest'ultimo davanti al Tribunale, si parla dell'accusa mossa nei confronti di Socrate da Mileto il quale "dice che io sono un creatore di dei e che, in quanto creo nuovi dei, non credo ai vecchi. E a difesa di questi, dice, lui, ha promosso l'accusa"³⁴; "e dunque ha intentato contro di te questo processo, ritenendo che tu introduca novità nelle cose divine, e viene certo in tribunale con l'intento di calunniarti, sapendo che, nei confronti della folla, cose di questo genere si prestano facilmente alle calunnie"³⁵.

Si può notare che l'addebito della credenza in nuovi divinità, alternative a quelle cittadine, è associata, nell'accusa, alla corruzione dei giovani.

Dunque, la colpa di Socrate non sembra essere stata la personale mancanza di fede, quanto, piuttosto, la diffusione, da lui operata tra i giovani, della sua supposta falsa credenza.

Il punto è confermato da un altro passaggio dell'*"Eutifrone"*, laddove, parlando con il suo interlocutore, esponente della più gretta ortodossia religiosa, Socrate rivela che "...gli ateniesi, a mio parere, se ritengono che uno eccella per il suo sapere, non si preoccupano

³⁰ "Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος, καὶ ὁ λόγος ἦν πρὸς τὸν θεόν, καὶ θεὸς ἦν ὁ λόγος. οὗτος ἦν ἐν ἀρχῇ πρὸς τὸν θεόν. πάντα δι' αὐτοῦ ἐγένετο, καὶ χωρὶς αὐτοῦ ἐγένετο οὐδὲ ἓν...Καὶ ὁ λόγος σὰρξ ἐγένετο καὶ ἐσκήνωσεν ἐν ἡμῖν" - In principio era il Verbo, e il Verbo era presso Dio e il Verbo era Dio. Questo era, in principio, presso Dio: tutto è stato fatto per da lui e senza di lui nulla è stato fatto di ciò che esiste ... E il Verbo si fece carne e venne ad abitare in mezzo a noi" - Vangelo Gv 1,1-18.

³¹ L. Canfora, *Critica della retorica democratica*, Bari, 2002, 6 ss.

³² Cfr. Canfora, *Critica della retorica democratica* cit. 6.

³³ "Apologia di Socrate", in Platone, *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano 1991, 30

³⁴ In Platone, *Tutti gli scritti* cit. 4.

³⁵ In Platone, *Tutti gli scritti* cit. 4-5.

gran che, purché egli non intenda far da maestri ad altri. Ma se ritengono che uno, essendo sapiente, sappia render anche altri sapienti come lui, allora si irritano, sia per invidia,.. sia per qualche altro motivo... io invece temo di apparire ai loro occhi, per effetto della mia socievolezza, come uno che prodiga a chiunque, senza distinzione, tutto ciò che ha da dire: e faccio questo, non solo senza ricevere ricompensa, ma anzi, dando volentieri del mio, se possibile, a chiunque abbia desiderio di ascoltarmi..”³⁶.

La pericolosità sociale di Socrate derivava, quindi, dall’attività di insegnamento che egli svolgeva tra i giovani e, comunque, a favore di chiunque vi avesse interesse, per di più senza richiesta di compenso; a differenza degli altri maestri del tempo, i sofisti, che in cambio dell’insegnamento nell’arte dell’argomentare, richiedevano laute ricompense³⁷.

Sembra, insomma, che anche la pratica della gratuità dell’insegnamento sia stata percepita come un fatto socialmente eversivo, in quanto in aperto contrasto con il meccanismo economico del corrispettivo, fondamento della società mercantile di cui le stesse professioni intellettuali erano divenute espressione.

L’aspetto più preoccupante per la società dell’epoca rivelato nella dottrina socratica, non era certo la proposta di sostituzione di nuove divinità rispetto a quelle ufficiali, anche perché Socrate non sosteneva l’esistenza di divinità alternative, quanto, piuttosto, l’affermazione di un “metodo” di conoscenza che si sarebbe potuto applicare nel campo dove più erano consolidate le credenze etiche della società.

Il “dio” di Socrate non era altro che la libera coscienza, il “δαίμων” (“dàimon”) che lo ispirava a non seguire le idee preconcepite, i pregiudizi, le superstizioni, le convinzioni aprioristiche fondate sul principio di autorità o sulla tradizione³⁸.

Socrate non crede agli dei in quanto tali³⁹ e insegna il perché non si debba credere a quanto viene imposto per semplice atto di fede.

Egli dimostra che la “santità” degli dei non ha alcun fondamento razionale e che conduce ad un’insanabile contraddizione⁴⁰.

Nel serrato confronto con Socrate, il sacerdote Eutifrone, simbolo dell’ortodossia religiosa, fallisce in ogni argomentazione a sostegno della “santità” degli dei.

³⁶ In Platone, *Tutti gli scritti* cit. 5.

³⁷ E’ noto il paradosso di Protagora che con un suo studente si accordò nel senso che quest’ultimo avrebbe pagato il compenso richiesto non appena avrebbe vinto la sua prima causa; Protagora lo citò quindi in giudizio: se in giudizio avesse vinto Protagora, lo studente avrebbe dovuto pagare il compenso pattuito, ma tale pagamento sarebbe dovuto avvenire ugualmente, anche se in giudizio avesse vinto lo studente, posto che la condizione del pagamento era appunto la vittoria in giudizio (cfr. Russell, *Storia della filosofia occidentale*, Milano 1999, 93). L’aneddoto indica con sufficiente chiarezza l’uso dei sofisti di pretendere un compenso come corrispettivo delle proprie prestazioni professionali

³⁸ Cfr. Demandt, *Processare il nemico*, Torino 1996, p. 15. Sulla voce della coscienza cfr. *Apologia di Socrate* (in Platone, *Tutti gli scritti* cit. p. 37): “questo che si manifesta in me fin da fanciullo è come una voce che, allorché si manifesta, mi dissuade sempre dal fare quello che sono sul punto di fare, e invece non mi incita mai a fare qualcosa”; “Teagete”, (in Platone, *Tutti gli scritti* cit. 681): “tale è la nostra compagnia: se piace al dio, i vantaggi sono notevoli e immediati, in caso contrario, non c’è niente da fare. Sta’ attento che non sia più sicuro per te farti educare da qualcuno di quelli che sono in grado di controllare l’utilità che offrono agli uomini, piuttosto che rischiare, venendo con me, di affidarti al caso”; sull’arte maieutica indotta dal dio, cfr. *Teeteto*, in Platone, *Tutti gli scritti* cit. 202.

³⁹ “..Ma è proprio questa, o Eutifrone, la ragione per cui sono accusato: perché, quando uno mi narra cose simili intorno agli dei, duro fatica ad accettarle. E per questa ragione, evidentemente, si dirà che io sono in colpa” (“Eutifrone”-, in Platone, *Tutti gli scritti* cit. 7).

⁴⁰ “Le medesime cose sono odiate e sono amate dagli dei; perciò queste stesse cose verranno ad essere, ad un tempo, odiose agli dei e care agli dei... e dunque le medesime cose saranno sane e non sane..” (“Eutifrone”, in Platone, *Tutti gli scritti* cit. 9).

Ne consegue che: a) non è possibile dimostrare cosa sia santo; b) il concetto di santità è relativo; c) la santità non è necessariamente associata alla giustizia; d) dunque anche il santo può essere ingiusto⁴¹.

E' questa la portata rivoluzionaria del messaggio socratico: la religione, priva di razionale consistenza e in se stessa opinabile e contraddittoria, è uno strumento di dominio della società che serve a nascondere, falsificare e giustificare la violenza originaria e le azioni che da essa discendono o ad essa si ricollegano o con le quali essa si rinnova, che vengono continuamente compiute per ottenere e mantenere il dominio della società⁴².

Distruggendo la religione Socrate distrugge il fondamento stesso della società, mette in pericolo la convivenza civile. Deve quindi essere giustiziato, ucciso attraverso le forme rituali del processo.

Infatti, solo in questo modo sarebbe stato possibile eliminare il rischio del disordine sociale insito nel messaggio socratico.

La semplice soppressione fisica del filosofo, magari mediante un attentato o un'esecuzione sommaria, lo avrebbe invece trasformato in martire e avrebbe quindi aumentato il potenziale eversivo delle sue idee.

Era dunque necessario il processo, il più regolare possibile, secondo il rito del giudizio davanti all'assemblea popolare.

La "purificazione" sociale⁴³ conseguente alla scrupolosa osservanza del rito di "normalizzazione" collettiva, avrebbe così favorito una nuova riconciliazione sociale, restaurando e rinnovando l'accordo comune sui valori posti in pericolo dall'imputato.

Ulteriori indizi in tal senso sono costituiti dalla caratura dei protagonisti dell'intera vicenda.

Gli accusatori di Socrate furono Meleto, Licone e Anito.

Il primo, un giovane e sconosciuto poeta, aveva presentato e giurato l'atto di accusa; il secondo, un oratore, si era occupato dei preparativi processuali e il terzo, un influente politico, era stato l'ideatore e il promotore dell'accusa e del processo⁴⁴.

Dunque, il processo era nato da una macchinazione di stampo politico; e non avrebbe potuto essere altrimenti, considerata la portata socialmente distruttiva della dottrina socratica.

Lo stesso Socrate incarna alla perfezione il ruolo del libero pensatore, del predicatore della non violenza che, pur di sostenere le proprie idee e di non cedere a compromessi, senza mai ribellarsi alle leggi, è disposto a perdere la vita (in altro contesto, una figura di identico spessore morale è quella di Giordano Bruno, anch'egli vittima di un processo politico-religioso⁴⁵).

Socrate è quindi la vittima sacrificale perfetta, l'uomo attorno al quale per la prima volta nella storia occidentale si costruisce la macchina del processo, come strumento di esercizio e di consolidamento del potere.

Da allora, per lo meno fino all'epoca moderna, mai più nessuno sarebbe stato portatore di un sapere così autenticamente rivoluzionario.

⁴¹ Posta la definizione del santo come ciò che ha cura degli dei, la domanda socratica è distruttiva: "qual è mai quel meraviglioso effetto che gli dei perseguono avvalendosi dei nostri servigi?" (*Eutifrone*, in Platone, *Tutti gli scritti* cit. 15). E' evidente che non essendo minimamente influenzati dai servigi degli uomini, il santo non esiste e non esistono neppure gli dei dei quali il santo è la manifestazione essenziale.

⁴² Cfr. R. Girard, *Il capro espiatorio* cit. 6.

⁴³ Sull'effetto purificatorio dell'accusa, cfr. ancora, *Eutifrone*, in Platone, *Tutti gli scritti*, cit. 6.

⁴⁴ Cfr. REALE, *Platone. Tutti gli scritti*, cit., 18, 47-49.

⁴⁵ Sul processo a Giordano Bruno, cfr. da ultimo, G. Maifreda, *Io dirò la verità. Il processo a Giordano Bruno*, Bari, 2018.

In effetti, come emerge da questi esempi storici e mitici, la funzione fondamentale del processo è la difesa di una collettività e di una struttura sociale poste in pericolo dalla diffusione di idee o comunque di visioni del mondo e della società, tali da poter costituire fattori di disgregazione sociale da distruggere o reprimere.

Si realizza quindi nel processo l'esigenza della difesa sociale rispetto ai pericoli di destabilizzazione riconducibili ad idee contrarie a quelle del regime vigente.

Immaginando ancora un raffronto con lo schema processuale moderno ed attuale possiamo notare che oggetto dell'accusa in questi antichi e paradigmatici processi non fu uno specifico fatto di reato⁴⁶, quanto, piuttosto, un'idea, un complesso di enunciati sul mondo, sul senso della vita e sul rapporto tra l'individuo e la società che, a parte l'elaborazione scritta (avvenuta, peraltro, solo da parte di Giordano Bruno che scrisse diverse opere a contenuto filosofico, mentre, né Gesù, né Socrate, com'è noto, scrissero mai alcunché), non diedero mai luogo a concreti atti eversivi o comunque concretamente dannosi per la società del tempo, ma solo, semmai, alla prospettazione e diffusione di modelli di vita, di concezioni alternative del rapporto tra individuo e società, in quanto tali ritenuti "pericolosi" e meritevoli della più feroce repressione.

Oggi, secondo gli attuali valori e paradigmi giuridici processuali, queste antiche imputazioni sarebbero inconcepibili, in quanto concernenti mere idee e quindi espressione del diritto di manifestazione del pensiero che costituisce uno dei diritti fondamentali dell'individuo, non solo nella nostra costituzione ma anche negli ordinamenti costituzionali di quasi tutti Paesi democratici e in tutte le convenzioni internazionali che si occupano di diritti fondamentali.

Eppure, i citati processi, antichissimi e persino mitici, non appaiono poi così distanti dalla nostra epoca se si pensa alla "funzione" del processo che, come allora, è anche oggi la difesa dell'ordine sociale.

Insomma, se il passaggio al principio di offensività, come indefettibile presupposto della responsabilità penale, giustificabile solo sulla base della concreta ed effettiva lesione di un bene protetto mediante un'azione concreta e attribuibile ad uno specifico autore, e quindi non più per il solo fatto di avere manifestato il proprio pensiero, costituisce un progresso della civiltà giuridica, dal punto di vista, per così dire "funzionale", possiamo dire che l'ordigno processuale non ha mutato da tempo millenario la propria funzione.

Infatti, ancora oggi, la giustificazione della punizione, e quindi del processo che ne è il primo segmento operativo, risiede, perlomeno in parte, sull'esigenza della difesa della società⁴⁷.

Per il momento, occorre soffermarsi sull'invariante funzionale, a cui ne possiamo aggiungere un'altra, se pensiamo alla dimensione sociale del rito processuale che, in quanto tale, è "celebrazione" della giustizia, condivisione tra i consociati del fenomeno dell'attuazione della giustizia (il λόγος che si incarna e si realizza nella società).

Ecco perché non è dissociabile dal fenomeno processuale l'aspetto "pubblico", inteso non tanto come provenienza e promanazione da un organo "pubblico" (direttamente o comunque sempre immanente nell'applicazione della giustizia), quanto, piuttosto, come riferito al "pubblico", cioè alla comunità dei consociati che riceve la giustizia compiuta in suo nome o nel suo interesse⁴⁸.

⁴⁶ Oggi oggetto di imputazione che deve contenere *l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto* di reato addebitato l'imputato ex art. 429 c.p.p.

⁴⁷ Cfr. V. Mathieu, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Macerata, 2007, 199ss.

⁴⁸ Oggi è "nel nome del popolo italiano; un tempo era nel nome del re che era il *pater* dei cittadini, l'autorità che su di essi vegliava e dei quali si curava, fino ad arrivare allo Stato; cfr. E. Cassirer, *Il mito dello Stato*, Milano, 2010, 65ss.

Prendiamo un caso atipico ma famoso di “pubblicità”: “.. *Poi non si accontentava dei processi in Senato, ma assisteva anche alle udienze in tribunale, seduto in disparte per lasciare la sedia curule al pretore. Molte sentenze in materia di corruzione o di pressione dei potenti furono pronunciate in sua presenza. Tutto questo serviva la giustizia, ma minava la libertà*”⁴⁹..

In questo celebre passo tratto dagli *Annali*, lo storico romano Tacito parla dell'imperatore Tiberio che non disdegnava la “pubblicità” del processo, anzi, ne approfittava, quasi fosse un *quisque de populo*, per presenziare personalmente nelle aule di giustizia.

La concisione, peraltro proverbiale, del testo tacitano non consente di comprendere appieno se con il termine “*libertas*” il celebre storico alluda al giudizio del giudice - “libero convincimento”, diremmo oggi - oppure, alla tutela dell'imputato dalle interferenze del potere politico - “libertà” dell'individuo che deve essere tutelata dalla giustizia. In ogni caso, appare evidente che la presenza dell'imperatore durante il corso del processo fosse un condizionamento “oggettivo”, tale da turbare e quindi asservire chiunque, giudici e parti, ai voleri del Capo supremo dello Stato).

Riporto un altro brano famoso: “*Damiens era stato condannato, era il 2 marzo 1757, a «fare confessione pubblica davanti alla porta principale della Chiesa di Parigi», dove doveva essere «condotto e posto dentro una carretta a due ruote, nudo, in camicia, tenendo una torcia di cera ardente del peso di due libbre»; poi «nella detta carretta, alla piazza di Grève, e su un patibolo che ivi sarà innalzato, tanagliato alle mammelle, braccia, cosce e grasso delle gambe, la mano destra tenente in essa il coltello con cui ha commesso il detto parricidio bruciata con fuoco di zolfo e sui posti dove sarà tanagliato, sarà gettato piombo fuso, olio bollente, pece bollente, cera e zolfo fusi insieme e in seguito il suo corpo tirato e smembrato da quattro cavalli e le sue membra e il suo corpo consumati dal fuoco, ridotti in cenere e le sue ceneri gettate al vento». «Alla fine venne squartato, - racconta la 'Gazzetta di Amsterdam'. - Quest'ultima operazione fu molto lunga, perché i cavalli di cui ci si serviva non erano abituati a tirare; di modo che al posto di quattro, bisognò metterne sei; e ciò non bastando ancora, si fu obbligati, per smembrare le cosce del disgraziato a tagliargli i nervi e a troncarli le giunture con la scure... Si assicura che, benché fosse stato sempre un grande bestemmiatore, non gli sfuggì alcuna bestemmia; solamente i dolori eccessivi gli facevano lanciare grida orribili, e spesso egli ripeté: 'Mio Dio. abbi pietà di me; Gesù soccorrimi. Gli spettatori furono tutti edificati dalla sollecitudine del curato di San Paolo che, malgrado la sua tarda età, non lasciava un momento di consolare il paziente». E il sottufficiale di cavalleria Bouton: «Venne acceso lo zolfo, ma il fuoco era così debole, che la pelle, del disopra delle mani solamente, non fu che assai poco danneggiata. Poi, un aiutante del boia, le maniche rimboccate fino al di sopra del gomito, prese delle tenaglie d'acciaio fatte apposta, di circa un piede e mezzo di lunghezza, lo tanagliò prima al grasso della gamba destra, poi alla coscia, poi alle due parti del grasso del braccio destro; in seguito alle mammelle. Questo aiutante, benché forte e robusto, fece molta fatica a strappare i pezzi di carne, che prendeva con le sue tenaglie due o tre volte nello stesso posto, torcendo, e quello che egli toglieva formava ogni volta una piaga della grandezza di uno scudo da sei lire. Dopo questi tanagliamenti, Damiens, che urlava forte senza tuttavia bestemmiare, alzava la testa e si guardava; lo stesso tanagliatore prese poi con un cucchiaino di ferro, dalla marmitta, un po' di quella droga bollentissima e la gettò a profusione su ciascuna piaga.*

⁴⁹ “..*nec patrum cognitionibus satiatus iudicii adsidebat in cornu tribunalis, ne praetorem curuli depelleret; multaue eo coram adversus ambitum et potentium preces constituta. Sed dum veritati consulitur, libertas corrumpebatur*” (Tacito, *Annales*, I, 75, 1).

Poi vennero annodate con delle corde sottili le corde destinate ad attaccare i cavalli, poi i cavalli furono attaccati ad ognuna delle membra, lungo le cosce, gambe e braccia. Il sieur Le Breton, cancelliere, si avvicinò diverse volte al paziente per chiedergli se avesse qualche cosa da dire. Disse di no; egli gridava come si dipingono i dannati, manco a dirlo, ad ogni tormento: «Perdono, mio Dio! Perdono Signore'. Malgrado tutte le sofferenze sopra dette, egli alzava di tanto in tanto la testa e si guardava coraggiosamente. Le corde, strette tanto forte dagli uomini che ne tiravano i capi, gli facevano soffrire mali inesprimibili. Il sieur si avvicinò di nuovo a lui e gli chiese se non volesse dire qualche cosa; disse di no. I confessori si avvicinarono più volte e gli parlarono a lungo; egli baciava di buon grado il crocifisso ch'essi gli presentavano; allungava le labbra e diceva sempre: 'Perdono, Signore'. I cavalli diedero uno strappo, tirando ciascuno una delle membra per diritto, ogni cavallo tenuto da un aiutante. Dopo un quarto d'ora, stessa cerimonia, e infine dopo numerosi tentativi si fu obbligati a far tirare i cavalli: ossia quelli del braccio destro verso la testa, quelli delle cosce girando indietro dalla parte delle braccia, il che gli ruppe le braccia alle giunture. Questi tiramenti furono ripetuti diverse volte senza riuscita. Egli alzava la testa e si guardava. Si fu obbligati a mettere altri due cavalli, davanti a quelli attaccati alle cosce, il che faceva sei cavalli. Nessuna riuscita. Alla fine il boia Samson andò a dire al sieur Le Breton, che non c'era mezzo né speranza di venirne a capo, e gli disse di chiedere ai Signori se volevano che lo facesse tagliare a pezzi. Il sieur Le Breton, tornato dalla città, diede ordine di fare nuovi sforzi, il che fu fatto; ma i cavalli scartarono e uno di quelli attaccati alle cosce cadde sul selciato. I confessori, ritornati, gli parlarono ancora. Egli diceva loro (l'ho sentito io): 'Baciatemi, Signori'. Il signor curato di San Paolo non avendo osato, il sieur di Marsilly passò sotto la corda del braccio sinistro e andò a baciarlo sulla fronte. Gli aiutanti si riunirono fra loro e Damiens diceva loro di non bestemmiare, di fare il loro mestiere, che egli non ne voleva loro; li pregava di pregare Dio per lui e raccomandava al curato di San Paolo di pregare per lui alla prima messa.

Dopo due o tre tentativi, il boia Samson e quello che lo aveva tanagliato tirarono ciascuno un coltello dalla tasca e tagliarono le cosce dal tronco del corpo; i quattro cavalli essendo al tiro, portarono via le due cosce, ossia: quella del lato destro per la prima, poi l'altra; in seguito si fece lo stesso alle braccia e alle spalle e ascelle e alle quattro parti; bisognò tagliare le carni fin quasi all'osso; i cavalli tirando a tutta forza staccarono il braccio destro per primo e poi l'altro. Staccate queste quattro parti, i confessori scesero per parlargli, ma l'aiutante del boia disse che era morto”⁵⁰.

In questo brano è rappresentata, in atto, la funzione del processo; si comprende come l'ordigno funzioni *ad terrendum* e *ad deterrendum* al tempo stesso, e come elemento essenziale per la realizzazione della funzione che oggi definiremmo di “pubblicità”: assistendo alle esecuzioni, il popolo riunito nella piazza principale della città riceve “la giustizia” e cioè lo “stabilizzatore sociale” che assicura al sovrano il mantenimento pacifico del proprio potere, e alla collettività la tranquillità e il senso di sicurezza perché il colpevole, il trasgressore dell'ordine costituito subisce la giusta punizione.

Come si vede, il meccanismo non è mai cambiato; cambiano soltanto alcuni aspetti per così dire “esteriori”, come il tipo di pena o il tipo di rito, ma la struttura rimane sempre uguale, fissa e immutabile nel tempo.

Anche la “pubblicità” non è poi così “moderna”.

⁵⁰ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, titolo originale: “*Surveiller et punir. Naissance de la prison*”, Torino, 1993, 2.

7.- Nel processo di regime la stampa e ogni altro mezzo di comunicazione di massa sono asserviti, svolgendo la funzione essenziale di propaganda di coloro che esercitano il comando della società e delle Istituzioni.

Proprio perché il potere è totalitario, anche l'informazione, che ne costituisce una necessaria e imprescindibile espressione, coincide con il vertice dell'organizzazione che dirige lo Stato e le Istituzioni.

Non essendo concepibile all'interno di un regime totalitario l'esercizio di una libera stampa e di una libera espressione del pensiero, l'informazione è monopolizzata ed ha come obiettivo l'amplificazione del potere costituito.

E' allora evidente che in un simile contesto anche il processo politico, utilizzato come mezzo di epurazione, o di controllo sociale, è in perfetta sintonia con gli organi di informazione che ne scandiscono ogni singolo passaggio.

Così, i successi predestinati dell'accusa sono esaltati, mentre la figura dell'imputato è sistematicamente demonizzata per meglio giustificare l'ineluttabile condanna.

Il processo di regime nasce quindi dall'incrocio dell'istituzione giudiziaria con l'istituzione mediatica: i funzionari incaricati del processo e quelli incaricati dell'informazione si coordinano per raggiungere l'obiettivo comune di dare alla procedura giudiziaria la massima efficacia e risonanza.

In una società pluralista, il processo esercita la sua funzione di mezzo di attuazione e difesa del potere e di regolatore dell'ordine sociale, servendosi dell'informazione, che, quanto meno in una fase iniziale, è all'origine dell'attivazione del meccanismo giudiziario.

Il processo, a sua volta, diviene un mezzo di amplificazione mediatica, essendo l'occasione per lo svolgimento della campagna di informazione orientata che serve all'obiettivo sociale, di "ordine pubblico" prestabilito.

La strategia mediatica assorbe così il processo che ne diviene parte integrante.

Ciò spiega perché attraverso una sapiente e organizzata campagna di aggressione mediatica, anche un processo iniziato in modo fisiologico nel pieno rispetto dei principi e delle regole che ne assicurano il rispetto delle garanzie fondamentali possa, in effetti, divenire terreno di conquista da parte del potere che si ponga come obiettivo la protezione delle Istituzioni o l'ordine sociale.

E così, l'antica piazza dove si celebravano le esecuzioni o l'assemblea cittadina dove si celebrò il processo a Socrate oggi si sono trasformate nella platea mediatica dove si celebrano i processi e dove giornalisti saccenti e queruli, in realtà, corifei del regime, amministrano una giustizia circense di stampo colpevolista per celebrare l'antico rito della purificazione sociale, insito nei meccanismi ancestrali dai quali ha avuto origine il processo e secondo i quali, ancora oggi, come detto, funziona la macchina processuale.

Quanto al principio di pubblicità, come affermato dalla Corte Costituzionale in plurime pronunce, *"la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale, in forza dell'articolo 101, co.1 della Costituzione, trova in quella sovranità la sua legittimazione"*⁵¹.

Infatti, anche se deputato ad esercitare il potere giudiziario è il giudice, titolare e depositario di quel potere è pur sempre il popolo, a cui bisogna dar conto (es. motivazione della sentenza ex art. 111, comma 6) e a cui spetta il controllo.

E tra gli strumenti di tale controllo rientra appunto la pubblicità delle udienze e delle sentenze.

Sebbene, dunque, la trattazione in forma pubblica delle udienze sia contemplata tra i diritti fondamentali dell'individuo da numerose disposizioni internazionali (l'art.10 della

⁵¹ Sentenza n. 80 del 2011.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.6 par.1 CEDU, l'art.47,par.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art.14, par.1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici), e, pur in assenza di un'espressa norma interna, sia possibile riconoscerla come tale anche nel nostro ordinamento, va comunque sottolineato che il fine ultimo di tale principio è quello della libertà, del *quisque de populo* di assistere ai fatti e agli atti che avvengono in tale contesto; sicché, le legittime aspettative di trasparenza della collettività finiscono per conformare oggettivamente la stessa fisiologia del processo penale, le cui dinamiche ed i cui esiti devono essere controllati e controllabili esternamente.

Quanto al diritto di informazione, va detto che, seppur non espressamente riconosciuto nelle disposizioni costituzionali, assurge al rango di diritto fondamentale costituzionalmente garantito per il tramite del disposto di cui all'articolo 21 Cost., che, sancendo la libertà di manifestazione del pensiero, riconosce il "diritto ad informare". Tuttavia, il suddetto diritto di informazione non si risolve unicamente in quest'ultimo aspetto, ma ricomprende anche il "diritto ad essere informati", nell'ottica dei principi personalista e pluralista che trovano cittadinanza nella carta fondamentale.

L'exasperazione di tale aspetto può conferire ai mass media - fonte di informazione per eccellenza - un eccessivo potere di fatto, che si presta a facili strumentalizzazioni e aberrazioni.

Da questo cortocircuito non è esente il processo penale.

Sebbene, infatti, la sua sede naturale sia rappresentata dai palazzi di giustizia, la sempre più pressante ingerenza del sistema di informazione e la sempre maggiore richiesta di coinvolgimento da parte dei cittadini hanno fatto sì che i *talk show* e le testate giornalistiche siano divenute, come detto, improprie aule di udienza.

Questa traslazione ha avuto come conseguenza quella dell'aggiunta al tradizionale binomio "verità storica - verità processuale", il *tertium genus* della "verità mediatica", destinata a condizionare e prevalere sulle altre.

Si sviluppa così un processo parallelo a quello ufficiale, raramente obiettivo e spasmodicamente tendente alla ricerca del "nemico pubblico" da colpevolizzare attraverso la spettacolarizzazione degli aspetti più accattivanti, aggressivi e toccanti del fatto.

Naturalmente, il processo legale subisce alcune distorsioni, quali, principalmente, la dislocazione della fase di acquisizione e formazione della prova al di fuori delle sedi processuali tipiche, con la conseguenza inevitabile che l'accertamento dei fatti processualmente rilevanti avviene attraverso modalità e pratiche non previste dalla legge e prive dei requisiti di validità legale e parte di soggetti (giornalisti e ospiti delle varie rubriche televisive o comunque mediatiche) non legittimati.

Ovviamente, tutto ciò determina significative distorsioni del convincimento del giudice, inevitabilmente condizionato dal *battage* mediatico.

8.- Processo Bossetti.

Il caso di cronaca nera dell'omicidio di Yara Gambirasio ha assunto notevole rilevanza mediatica non solo per la giovane età della ragazza (13 anni) e per la brutalità del crimine, ma anche per i numerosi colpi di scena che hanno caratterizzato la prima fase del procedimento.

L'imputato Massimo Giuseppe Bossetti è stato sottoposto ad una vera e propria gogna mediatica sin dal momento del suo arresto (2014).

Emblematico al riguardo è l'episodio della diffusione, ad opera di emittenti televisive e siti web italiani, del filmato relativo ad un colloquio in carcere tra Bossetti –

detenuto in custodia cautelare - e la moglie, in cui la donna chiede più volte al marito se ha qualcosa da dirle in merito all'assassinio della tredicenne senza ottenere risposta⁵².

Come è noto, il caso Bossetti si fonda da un punto di vista procedurale sulla corrispondenza tra il profilo genetico rinvenuto sugli indumenti della vittima e quello dell'imputato da verificare in sede di accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p., al quale la difesa dell'imputato non ha potuto partecipare, non potendo così neppure nominare un proprio consulente tecnico di parte, poiché al momento dello svolgimento dell'atto investigativo il procedimento pendeva nei confronti di ignoti e, quindi, non sarebbe stata in alcun modo possibile la convocazione dell'indagato e del suo difensore per partecipare all'accertamento tecnico.

Sul punto, la Cassazione ha enunciato un laconico principio secondo cui: *“laddove al momento dell'accertamento tecnico irripetibile si procede contro ignoti ovvero contro un soggetto diverso da quello successivamente indagato - come nell'ipotesi che si sta considerando - nessuna garanzia difensiva deve essere rispettata, non essendo stato identificato l'indagato eventualmente beneficiario delle garanzie previste dall'art. 360 cod. proc. pen. Tutto questo comporta l'utilizzabilità degli accertamenti tecnici irripetibili eseguiti, sul presupposto processuale che, al momento dell'incarico, non risultava indagato il soggetto poi divenuto tale”*⁵³.

Stupisce che il massimo organo giurisdizionale, deputato all'interpretazione della legge e alla tutela della legge stessa attraverso i principi di diritto enunciati nelle proprie sentenze (funzione di “nomofilachia” ai sensi dell' 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12), abbia potuto così platealmente ignorare il principio fondamentale del processo penale sancito nel comma terzo dell'art. 111 Cost del contraddittorio nella formazione della prova.

Infatti, per quanto sorretta, secondo la prospettiva accusatoria, da evidenze scientifiche, la dimostrazione della corrispondenza tra il profilo genetico rinvenuto sulla vittima e quello del soggetto poi divenuto imputato, non può mai assumere valore di “prova piena”, così come ritenuto dalla Cassazione, proprio perché non si è formata a seguito di contraddittorio.

⁵² Sull'episodio è stato intervistato l'avvocato Riccardo Polidoro, responsabile dell'Osservatorio carcere dell'Unione camere penali italiane, che così si è espresso: *“E' chiaro che questi sono atti che può avere solo l'autorità giudiziaria. Colui che ha ceduto le immagini lo avrà fatto per gloria o per denaro? [...] Il giornalista che è riuscito ad avere il filmato riterrà forse di aver conseguito un ottimo risultato professionale, si sarà sentito autore di uno “scoop” nella gara mediatica dove in nome di un presunto dovere all'informazione ogni pudore è quotidianamente calpestato. Entrambi oggi saranno fieri di aver reso pubblico un atto di indagine, coperto da segreto istruttorio”*. L'avvocato prosegue poi focalizzandosi sulla “mediatizzazione” dei processi: *“il punto è che aver reso pubbliche quelle immagini non ha alcun senso investigativo, perché esse non apporteranno nulla di nuovo alle indagini. Credo che sia stato pubblicato solo per un interesse voyeuristico, tipico ormai di trasmissioni che conducono le indagini quasi in diretta. Ci stiamo avvicinando al processo per televoto. [...] Mi chiedo se mai si arriverà a delle giurie popolari che da casa, comodamente sedute sul divano, con il telecomando pronunceranno le sentenze. D'altra parte, siamo giunti al Quarto grado televisivo, per riprendere il nome di una popolare trasmissione TV: gli autori della stessa devono aver deciso il titolo in un momento di “umiltà”, visto che la trasmissione supererebbe anche il terzo grado della Cassazione. I processi, oramai, sono solo mediatici. [...] Con questo tipo di trasmissioni TV o articoli non si fa informazione, ma si condiziona l'opinione pubblica, e si superano le regole necessarie della vita civile. L'opinione pubblica va informata, giustamente, anche sull'andamento delle indagini, ma non si può superare il confine del condizionamento, che avviene dando in pasto continui retroscena, presunte svolte nelle inchieste anche a base di una continua gogna mediatica”*.

⁵³ Principio affermato in sede di giudizio cautelare da Cass. pen., Sez. I, 25/02/2015, n. 18246 e poi confermato dalla medesima Cassazione che ha respinto il ricorso dell'imputato confermando la sentenza di condanna di Bossetti all'ergastolo.

Addirittura, il vizio della formazione della prova è talmente grave da essere espressamente previsto in una specifica e tassativa disposizione costituzionale assolutamente inderogabile.

Dunque la prova della colpevolezza dell'imputato era processualmente inutilizzabile, ma la giurisdizione e per ultima la Cassazione hanno ignorato la costituzione, pur di giungere alla condanna che mediaticamente era già stata decretata e annunciata.

Il processo per l'omicidio Kercher.

Nella notte tra il primo e il due novembre 2007 fu uccisa a Perugia la studentessa inglese Meredith Kercher, al tempo in Italia in occasione del programma Erasmus.

L'iter processuale, per due degli imputati, Amanda Knox e Raffaele Sollecito, si concluse definitivamente solo il 27 marzo 2015, con la sentenza n. 36080 della V sezione penale della Corte di Cassazione che annullò senza rinvio la sentenza di condanna pronunciata nei confronti degli imputati.

Nella sentenza della Cassazione si legge che il processo per l'omicidio Kercher *“ha avuto un iter obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono, però, la risultante anche di clamorose défaillance o amnesie investigative e di colpevoli omissioni nelle attività di indagine”*, che se non si fossero configurate, *“con ogni probabilità avrebbero consentito, sin da subito, di delineare un quadro, se non di certezza, quanto meno di tranquillante affidabilità, nella prospettiva, vuoi della colpevolezza, vuoi dell'estraneità.”*

Sempre nella medesima sentenza si legge che *“non hanno certamente giovato alla ricerca della verità il clamore mediatico esasperato e i riflessi internazionali che la vicenda ha avuto, che hanno provocato una improvvisa accelerazione delle indagini nella spasmodica ricerca di colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale”*.

In questo caso, è la stessa Corte di Cassazione a riconoscere la violenza con la quale il processo è stato affrontato dai media in tutto il mondo e che il condizionamento mediatico è stato pesante e determinante, sia per le iniziali condanne degli imputati, sia per gli errori investigativi commessi, decisivi ai fini della definitiva pronuncia di annullamento della condanna.

È interessante notare che il Ministro della Giustizia, all'indomani della pronuncia, rilasciò la seguente dichiarazione: *“i tempi del processo devono essere assolutamente più rapidi. Per questo stiamo affrontando alla Camera un disegno di legge che tratterà” per esempio “le modalità dell'impugnazione ...”*⁵⁴.

Posto che, poi, una riforma in tema di impugnazioni, sia pure timida e tremebonda, ma pur sempre restrittiva, è stata effettivamente approvata e su impulso del Ministro della Giustizia, è possibile interpretare la riportata dichiarazione del Ministro nell'immediatezza della sentenza di annullamento senza rinvio nel processo per l'omicidio Kercher nel senso che, se fosse stato per il Guardasigilli, le impugnazioni sarebbero già state modificate “nelle modalità” al punto di divenire più difficili; il che, proprio nel caso dei due imputati riconosciuti innocenti solo all'esito di un lungo e complesso iter di impugnazioni (compreso il ricorso per cassazione) avrebbe potuto comportare una perdita di *chance* di ricorribilità, con la conseguenza dell'aumento del rischio di conferma di una sentenza di condanna ingiusta (in quanto emessa nei confronti di imputati innocenti).

Insomma, il punto di vista del Ministro fu solo “funzionale”, avendo avuto di mira esclusivamente il tema della durata del processo, contrastata dai mezzi di impugnazione che causano inevitabili “ritardi” dell'iter processuale, e prescinde dal problema della possibile condanna definitiva dell'innocente, rischio che aumenta proporzionalmente in

⁵⁴ Su “Controradio News” del 30 marzo 2015, in www.controradio.it.

conseguenza dell'aumento delle difficoltà escogitate per la presentazione dell'impugnazione.