

CAMERA EUROPEA DI GIUSTIZIA – NAPOLI (NA)

CONCORSO : “GIUSEPPE PECORELLA, GIURISTA”

IN NOME DEL POPOLO

I giudici popolari e l'apparente armonia del giudizio

Candidato: *Raffaele MARZO*

ANNO 2013

«Togli il diritto – e allora cosa distingue
Lo Stato da una grossa banda di briganti?»

Agostino D'Ippona, *De civitate Dei*, IV, 4,1.

«...Se la storia delle pene è una storia di
orrori, la storia dei giudizi è una storia di
errori».

Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, Laterza, Bari,
1996, pp. 619-641.

INDICE

Introduzione.....	pag. 1
1. Ai prodromi dell'istituzione della giuria (<i>jury</i>). Storia, mito e realtà.....	pag. 5
1.2 Profili costituzionali dell'amministrazione della giustizia.....	pag. 7
1.3 La scelta della legge n. 287/1951 e l'istituzione dei giudici popolari.....	pag. 10
2. Errore giudiziario e la tortura del presunto colpevole.....	pag. 12
3. I giudici popolari al confine dei requisiti di competenza, consapevolezza e responsabilità.....	pag. 16
4. Giudizio e indipendenza. (ovvero necessità e conflitto).....	pag. 20
Conclusioni.....	pag. 22
Bibliografia.....	pag. 26

Introduzione.

Per le prospettive di realizzazione umana e sociale che suscita la celebrazione di un processo ha conquistato un discreto numero di osservatori in tutti i campi delle scienze sociali e non solo. A tale osservazione ha fatto seguito una insistente spettacolarizzazione delle vicende giudiziarie perlopiù affidata ai programmi televisivi nei quali, però, molto spesso si inneggia al presunto colpevole di turno perpetrando, in tal modo, il totale svilimento delle norme che regolano il processo e dei diritti costituzionalmente garantiti alle parti interessate.

E' ormai palese in Italia la preoccupante proliferazione di giurie televisive le quali oltre a discutere su vicende giudiziarie particolarmente delicate esaltando soluzioni semplicistiche su fatti, non di rado, appena conosciuti, contribuendo a creare nebulose confusioni. Gli occhi attenti dei telespettatori seguono questi graziosi simposi, armonizzati ad arte con luci ed effetti speciali, che finiscono per convincere chi guarda e ascolta che la giustizia sarebbe meglio amministrata se affidata al popolo.

I commenti più cruenti, non a caso, si sprecano. “E’ un atto disumano!”; “Io lo richiuderei in carcere e butterei via la chiave!”; “E’ un mostro! Va fatta giustizia!”. Sono queste alcune delle espressioni ricorrenti del popolo che giudica sul solco dell’emotività, nascondendo però un’armonia apparente, tale solo in superficie.

Tutto questo per ora accade solo in talk televisivi, eppure nelle aule dei tribunali la presenza di giudici popolari è percepita come necessaria, intesa come un intimo bisogno di garantire “più giustizia”. Sì, ma di quale giustizia si tratta? Quella delle regole o quella che si nasconde dietro la sete di vendetta?

Sin da queste prime note introduttive si palesa il filo conduttore di questo contributo ossia la proposizione di interrogativi e quesiti scomodi, questioni in apparenza solo marginali. La necessità di cimentarsi nell’analisi di alcune domande inerenti alla funzione dei giudici popolari cela l’intimo desiderio di capire, l’ansia di sapere, riflettere, e -perché no- la curiosità di scoprire.

L’*ars interrogandi*, intesa e descritta nella Nuova Eloisa (1971) di Rousseau l’operazione più complicata, è necessaria e propedeutica per ogni lavoro di studio.

In alcuni celebri vicende giudiziarie come il caso Daniele Barillà, la trattativa Stato-mafia, il clamoroso caso di Enzo Tortora, solo per citarne alcuni, hanno evidenziato un elevato grado di tecnicismo nella ricostruzione e nella ponderazione delle prove processuali lasciando trasparire inquietudine circa la presenza di giudici non esperti, come i popolari.

Nei processi appena accennati, quale valore aggiunto ha comportato la presenza accanto ai giudici togati? L'azione dei giudici popolari è posta a garanzia dell'applicazione della legge o di una fantomatica missione morale della giustizia? E se ciò fosse la strada realmente perseguita, quali sarebbero gli effetti sulla società e sull'ordinamento? Esiti catastrofici o positivi?

Paventare risposte immediate è chiaramente impossibile. Inoltre la ragione di questa ricerca non è pensata nel rendere le pagine in lettura come contenitori di verità assolute, inconfutabili ed indiscusse, semmai l'esatto contrario.

Pertanto riflettere sulla presenza, nel contesto particolarmente specialistico del rito giudiziario, dei giudici popolari è una faccenda di non poco conto anche in ragione del coinvolgimento di vite umane.

L'argomento come detto è di estrema complessità, sicuramente non incline a facili definizioni.

Ciò premesso, prima di addentrarsi nella discussione, occorre quindi esplicitare alcune complessità di carattere generale insite nel tema proposto. Queste riguardano sia all'ampiezza di taluni richiami ed influenze inerenti ad altre discipline (ad es. la sociologia, la filosofia, etc.) sia la conseguente difficoltà di isolare un piano di indagine propriamente tecnico-giuridico.

Dalle primissime considerazioni accennate, pare inevitabile che il presente scritto, al fine di essere il più esaustivo e completo possibile, debba necessariamente districarsi tra i principi e le norme del diritto costituzionale e del diritto penale, nonché delle norme previste per l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario e di quelle regolatrici il rito del processo, per ricondurre il tutto ad un esame il più possibile scevro da chiusure ideologiche. Occorre quindi precisare, che verranno abbattuti i muri invalicabili sorti per dividere i settori del diritto e del sapere, aderendo in maniera convinta allo studio di Karl Popper, per il quale «non ci sono discipline, ma problemi con l'esigenza di risolverli»¹.

Il contributo in lettura, senza pretese di completezza, si prefigge di stimolare l'intendimento della funzione del giudice popolare nell'odierna società liquida², nella

¹ POPPER K., *La logica della scoperta scientifica*, trad. it., Einaudi, Torino 1998. A tal proposito molto propriamente par giusto richiamare l'insegnamento secondo il quale «l'impulso alla ricerca deve provenire dalle "cose" e dai "problemi"» cit. HUSSERL E., *La filosofia come scienza rigorosa*, trad. it. F. Costa, Paravia, Torino, 1958. L'aspetto della ricerca globale e sistematica "per problemi" rappresenta un'esigenza anche per i giuristi, infatti è stato scritto che «il diritto è frazionato in una pluralità di settori, questa frantumazione ha una finalità didattica. In realtà il diritto non va studiato per settori ma per problemi, nella consapevolezza che esistono principi fondamentali del complessivo sistema» cfr. PERLINGERI P. – FEMIA P., *Manuale di diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2005, p. 156.

² E' noto il pensiero di Zygmund Bauman che ha inteso spiegare e definire l'odierna società come «società dell'incertezza», «modernità liquida», «società individualizzata». Cfr. BAUMAN Z., *La società*

convinzione però che la prospettiva giuridica rimane il punto di osservazione privilegiato, tra altrettanti esistenti, necessario per capire come e in quale direzione la giustizia italiana è proiettata.

* * *

Il giudice popolare che altrove, collegialmente organizzato a mo di giuria, è stato definito come una vera e propria «istituzione politica»³ ha assunto in Italia tratti peculiari e comunque difficilmente riscontrabili in altri ordinamenti. Molto spesso chiunque si sforzi a studiare, senza ambiguità e fanatismi, taluni aspetti della giustizia italiana è guardato con diffidenza e sospetto.

Come detto, però, alcuni interrogativi però necessitano delle risposte chiare mediante una disamina non solo del *corpus* normativo riferito ai giudici popolari ma verificando possibili interazioni nel quotidiano, scongiurando il rischio di rincorrere giudizi sommari e punizioni arbitrarie.

E allora ancora interrogativi: quale competenza può garantire l'opera del giudice popolare in seno alle Corti giudiziarie? Quale indipendenza è possibile scorgere nell'ufficio del giudice popolare? Ed ancora, a fronte delle richieste di maggior sicurezza e giustizia provenienti dal sentire comune, sarebbe opportuno rafforzare il ruolo e la funzione del giudice popolare? Se sì, in che misura questi potrebbe contribuire a rendere “giusto” un processo? Quali i vantaggi e quali i rischi?

Non si tratta ovviamente di elucubrazioni tecniche tanto care ai giuristi, poiché proprio la scienza giuridica ha un grave compito, cui verrebbe meno, ove indirizzasse la discussione ad una lettura arida dei testi di legge, sottraendosi ad indagare le categorie concettuali nel loro poliedricità.

Sarà necessario quindi scrutare l'agire delle istituzioni formali al fine precipuo di rendere più limpido l'apparato giudiziario che agli occhi dei non addetti ai lavori appare confuso e incomprensibile cercando, per quanto possibile, di riportarlo alla funzione che gli è propria, vale a dire quella di custode della legalità.

dell'incertezza, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1999; BAUMAN Z., *Modernità liquida*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2002; BAUMAN Z., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2002.

³A tal proposito si v. DE TECQUEVILLE A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1999. Nel testo citato, p. 276, si legge «la giuria è soprattutto un'istituzione politica...bisogna considerarla come un mezzo di dominio del popolo...la giuria è la parte della nazione incaricata di presiedere all'esecuzione delle leggi come la Camera è incaricata di farle». Inoltre lo stesso autore ha anche sottolineato che «l'istituzione della giuria è sorta in una società ancora primitiva, nella quale si ricorreva ai tribunali per semplici questioni di fatto; e non è facile adattarla ai bisogni d'un popolo molto incivilito, quando i rapporti fra gli uomini si sono moltiplicati e hanno preso un carattere dotto ed intellettuale», p. 274.

A parziale scusante di ogni possibile omissione del contributo in lettura, deve preliminarmente segnalarsi la peculiarità della situazione italiana nella quale ogni tipo di emergenza, sia essa politica, sociale o economica, ha assunto negli anni il carattere di perdurante continuità.

In tale inusitato contesto anche il terreno giudiziario è stato oggetto di taluni contraccolpi dovute a riforme frettolose, perciò solo una riflessione a carattere pluridisciplinare potrebbe rendere, pur con gli accennati limiti, un apporto sistematico e il più possibile sistematico.

1. Ai prodromi dell'istituzione della giuria (*jury*). Storia, mito e realtà.

Ogni ricerca che si propone di studiare un istituto giuridico, a prescindere dalla sua utilità, si presenterebbe monco ed incompiuto se non adeguatamente sorretto da una ricostruzione, seppur sintetica, dalla sua evoluzione storica.

La sensatezza di voler proporre una breve introduzione storica, nasce dalla convinzione che ogni cittadino, ma soprattutto il giurista sarebbe decapitato, se non è capace di possedere la dimensione storica del diritto. In tal senso il Cavanna, nella sua monumentale opera di Storia del Diritto Moderno in Europa, ha spiegato che «la forma mentis del giurista richiede la sensibilità alle trasformazioni, la percezione dell'evoluzione; il diritto è anche storia in quanto si muove e cresce nella storia»⁴.

La storia, per comune insegnamento, non si piega a semplificazioni e frettolose riduzioni. Tuttavia in estrema sintesi e brevità è possibile asserire che alcune forme di partecipazione popolare nell'amministrazione della giustizia fossero presenti già nell'antica Grecia. Ad Atene infatti la giustizia seppur amministrata in molteplici tribunali⁵ prevedeva un proprio tribunale popolare che rappresentava il più importante organo democratico⁶ del tempo. Anche l'ordinamento romano prevedeva una partecipazione del popolo mediante la *provocatio ad populum*⁷ istituto reso necessario affinché i *cives* di fronte alla *coercitio* da parte del magistrato potevano reclamare l'instaurazione di un processo dinanzi ai *comitia*⁸. Sebbene, come accennato, già agli albori della civiltà l'amministrazione della giustizia prevedeva meccanismi del popolo, la prima ruvida apparizione di un organismo propriamente inteso come giuria popolare nel sistema processuale italiano risale al XVII sec. quando, sulla scorta dell'esperienza inglese e poi della rivoluzione francese, molti ordinamenti recepirono l'istituto del *jury* inteso come giudice autonomo del fatto.

Sebbene con nell'era Napoleonica la giuria scomparve del tutto, questa ritornò ufficialmente nel 1848 con l' "editto sulla stampa" che di fatto proponeva una giuria di

⁴ CAVANNA A., *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero*, vol. I°, Guffrè, Milano, 2006, p. 8.

⁵ BERZOT C., *La giustizia nella Grecia Antica*, Carocci, Roma, 2008, pp. 69-70.

⁶ STOLFI E., *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 43-54.

⁷ Tale introdotto dalla *lex Valeria de provocatione*. La *provocatio* veniva invocata di fronte ad un atto coercitivo del magistrato che non poteva essere qualificato come un atto di giurisdizione, bensì come un atto amministrativo e conseguentemente questo comportava l'instaurazione di un processo in primo ed unico grado.

⁸ Per tutto quanto riassunto si v. SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 21-28.

stampo classico composta da dodici giurati effettivi che giudicavano dei soli reati commessi a mezzo stampa pronunciando un verdetto privo di motivazione⁹.

Il codice di rito del 1913 apportò alcune modifiche sia con riguardo alla composizione, venne infatti ridotto il numero dei laici (da dodici a dieci), sia riguardo la competenza, prevedendola per molti delitti politici e riservando alla sua cognizione delitti per i quali la legge stabiliva la pena dell'ergastolo.

Chiaramente la funzione della giuria, intesa come “giudice di fatto”, trovò particolari resistenze durante il periodo fascista che aveva impresso all'Italia la propria ideologia prevalentemente ispirata alla repressione e al controllo. Emblematico in tal senso fu il r.d.l. n. 3288/1923 con il quale veniva devoluta ai tribunali ordinari la cognizione dei reati previsti dall'editto sulla stampa. La totale erosione della competenza della Corte d'Assise si ebbe con la L. n. 2008/1926 che attribuì ai tribunali speciali, istituiti per la difesa dello Stato, la competenza per numerosi delitti politici sui quali precedentemente si pronunciava appunto la Corte d'Assise.

Nel 1925 si tornò nuovamente a discutere sul ruolo e la funzione di tale organo. La legge delega affidata al governo per la modifica dei codici penali portò, nel 1931, ad un assetto completamente nuovo dell'istituto.

Per la prima volta infatti si pensò alla creazione di un collegio misto (c.d. sistema combinato), composto da due togati e da cinque laici che doveva pronunciarsi con sentenze sorrette da una motivazione in fatto unitamente ad una competenza di tale Corte individuata con riferimento alla specie e alla entità della pene edittale.

Caduto il regime fascista, con il decreto legislativo n. 560 del 31 maggio 1946 si ebbe un sostanziale ritorno alla giuria popolare intesa come istituzione di giudici autonomi del fatto ma tale progetto, secondo alcune ricostruzioni storiche, rimase inattuato.

I ricorsi storici rendono l'idea di una presenza, quale quella dei giurati, fortemente legata ai costumi del tempo e praticata per rendere equa la distribuzione del potere mediante un particolare sistema di bilanciamento.

Venuto meno il regime fascista, l'assemblea Costituente ebbe modo di occuparsi, con non pochi contrasti, della partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia elaborando un sistema di principi e norme costituzionali concernenti l'intero ramo della magistratura.

⁹ Cfr. AA.VV., *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, coll. diretta da S. Patti, vol. 7, Milano, 2007, GIU-INP, pp. 60 e ss..

1.2 Profili costituzionali dell'amministrazione della giustizia.

La Costituzione del 48' all'art. 101, co.1., con il famoso evocativo «la giustizia è amministrata in nome del popolo» depone a favore del principio della sovranità popolare. La previsione costituzionale dei giudici soggetti si spiega mediante l'atto formale di legge che il Parlamento approva e nel quale è racchiusa la volontà popolare di coloro i quali essendo stati eletti, in virtù del principio di rappresentanza, rappresentano il popolo. In altre parole, seppur la raffinatezza giuridica dei Costituenti non necessita certo di spiegazioni, l'elemento della sovranità popolare è enucleato proprio dal nesso esistente tra il popolo, che elegge i propri rappresentanti in Parlamento e questi che approvano la legge. E' di logica conseguenza intendere, quindi, che i giudici, ritenuti soggetti solo alla legge, sono in un certo senso sottoposti alla volontà popolare.

A quanto appena detto, però, deve aggiungersi che proprio l'art. 101 Cost., co. 1, non depone a favore di una legittimazione ad oltranza della figura del giudice popolare, prevista in quei processi che destano maggior allarme sociale, prevedendo infatti la presenza molto più confortante dei giudici togati. Credere ed asserire che la Costituzione induca e quasi esorti all'istituzione di un giudizio affidato alla diretta ed immediata disponibilità del popolo significherebbe paventare un'interpretazione che travalica i confini costituzionali anche in ragione del dibattito che animò i Costituenti.

Tra i vari interventi susseguitisi in Assemblea Costituente l'on. Nobili Tito Oro osservò che «la sovranità, dalla quale la giurisdizione deriva, procede dal popolo, al pari della sovranità della Repubblica»¹⁰ volendo con ciò rimarcare lo stretto collegamento tra popolo e magistratura. Inoltre lo stesso Costituente appena citato propose l'aggiunta della disposizione contenuta nell'art. 96 (attuale art. 102 Cost., co. 3) inerente alla possibilità di partecipazione diretta del popolo all'esercizio della giurisdizione nei processi di Corte d'Assise poiché -disse- «mentre nel primo comma è affermato che la giurisdizione è esercitata in nome del popolo, il che implica il riconoscimento che il potere di giustizia risiede originariamente nel popolo, io chiedo che al popolo sia riservato di partecipare direttamente ai procedimenti di Corti d'Assise»¹¹.

Quanto riportato sopra non deve indurre a conclusioni affrettate giacchè solo la lettura completa e d'insieme degli atti dell'Assemblea Costituente può dare contezza della circostanza per la quale i Costituenti erano persuasi, seppur con ovvie differenze,

¹⁰ Atti A. C., seduta plenaria del 20.03.1947, p. 2280. Estratto contenuto nella banca dati della Camera dei deputati e consultabile online all'indirizzo: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed297/sed297nc_2265.pdf.

¹¹ Ivi, p. 2281.

dell'importanza di cristallizzare il legame tra giudici e popolo attraverso l'approvazione del secondo comma dell'art. 101 per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», escludendo dall'altra parte la diretta investitura del giudice da parte del popolo; prevedendo espressamente, all'art. 106 Cost., co. 1, che «le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso» non lasciando spazio ad interpretazioni, previste in altri ordinamenti, di elezioni dei giudici.

Il dibattito inerente alla eventuale riproposizione dell'istituto della giuria propriamente inteso, venne esplicitato in seno all'Assemblea Costituente dall'on. Giovanni Leone il quale, intervenendo sulla discussione relativa agli artt. 95 e 96 del progetto (poi confluito nella formulazione finale nell'attuale art. 102 Cost., co. 2 e 3), sostenne che «nella formulazione “sezioni specializzate con la partecipazione di elementi estranei” può entrare la possibilità della ricostruzione della giuria»¹².

Tra le aspre critiche che seguirono su tale proposta molte riserve furono sollevate circa l'incapacità e l'incompetenza del semplice cittadino su cui poteva incombere l'arduo compito di esprimersi in giudizi così difficili¹³.

Un altro Costituente, l'on. Targetti, evidenziò altre perplessità, escludendo che con il nuovo testo fosse compatibile l'istituto della giuria¹⁴. Egli a nome del gruppo socialista disse: «io ricordo che nei tristi inizi del tristissimo periodo fascista di aver trovato maggiore possibilità di giustizia presso i giudici togati che presso certe giurie, che erano influenzate politicamente ed erano costrette a dire una parola diversa da quella che pensavano, per quella intimidazione che si esercitava più facilmente dal fascismo sopra i giurati che non sui magistrati togati»¹⁵.

Il testo finale, che poi è quello oggi in vigore, fu illustrato dall'on. Mastino, ragione per la quale viene di seguito interamente riproposto senza forzature o aggiunte.

«Perché non parlo di giuria? -domandava l'on. Mastino- Non perché voglia rinunciare ad alcune delle conquiste ad alcuno dei vantaggi che la decisione del popolo, attraverso la giuria, può aver rappresentato, ma in quanto io voglio evitare tutti i possibili inconvenienti manifestati finora. Io penso cioè che in sede di legislazione penale e di procedura possa trovarsi una soluzione diversa dalla tradizionale che ci consenta di eliminare quegli inconvenienti che la giuria così come era intesa e praticata, rappresentava».¹⁶

¹² Atti A. C., p. 2333.

¹³ cfr. AA. VV., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, Ed. C. Colombo, Roma, 1948, p. 190.

¹⁴ *Ibidem*, p. 191.

¹⁵ Atti A.C., pp. 2387-88-89.

¹⁶ Atti A.C., p. 2414.

Quindi a ben vedere l'art. 102 Cost., co. 3, nella sua formulazione finale prevedendo che «la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» debba essere considerato come un articolo redatto mediante una forma di compromesso politico volto a frenare la ricomposizione della giuria¹⁷ pur prevedendo al contempo una partecipazione mediata del popolo nell'amministrazione della giustizia.

Nonostante sulla medesima questione seguirono altri emendamenti come quello presentato dall'on. Coppi¹⁸, accolto con favore anche dal gruppo democristiano, tutti gli emendamenti posti a votazione furono respinti rimanendo approvato solo il testo, poc'anzi accennato, dell'on. Mastino.

La ricostruzione proposta, con il fedele richiamo a quanto previsto dalla Costituzione, vanifica le irrealistiche illazioni di coloro i quali pretendono per il rafforzamento del binomio giudizio-popolo; ciò anche in considerazione del fatto che una posizione totalmente favorevole al giudice del popolo se realmente voluta e desiderata dai Costituenti sarebbe stata formalmente esplicitata e deliberata negli articoli definitivi confluiti nella legge fondamentale.

¹⁷ DEL GIUDICE F., *La Costituzione esplicitata*, a cura di, Ed. Giuridiche Simone, Napoli, 2012, pp. 247-249.

¹⁸ Formulazione dell'on. Coppi : «la legge, fissandone i limiti e le forme, può stabilire la partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia nei processi di Corte d'Assise».

1.3 La scelta della legge n. 287/1951 e l'istituzione dei giudici popolari.

La disamina dell'evoluzione storica del reclutamento dei giudici popolari chiarisce, o almeno si spera, come i giudici con la fascia tricolore oggi presenti nei tribunali italiani rappresentano esclusivamente il segno di contingenze storiche ormai del tutto trapassate.

Infatti la prima giuria, proposta come precedentemente annotato con l'editto sulla stampa, introdusse un collegamento diretto tra la figura dell'elettore e del giurato sicchè le procedure di reclutamento si fondavano sulle liste elettorali dalle quali venivano estratti semestralmente duecento nominati per ogni distretto; il medesimo elenco veniva utilizzato per il sorteggio di cinquanta nominativi dai quali nuovamente si sorteggiava i definitivi quattordici giurati.¹⁹

L'accennato meccanismo, connubio elettore-giurato, poco a poco, si sgretolò facendo posto dapprima a commissioni comunali incaricate di scegliere discrezionalmente i giurati fino al 1865 anno in cui si stabilì che il numero dei giurati necessario per il servizio di ogni circolo fosse determinato legislativamente preservando la fase di sorteggio affidata da ultimo al presidente della Corte d'Assise.

Ancora oggi l'indicazione letterale di una "partecipazione diretta" trova più puntuale corrispondenza nella composizione del collegio nei giudizi dinanzi alle Corti d'Assise composte da due magistrati e sei giudici popolari.

In Italia i magistrati e i giudici popolari, a differenza di quanto accade in alcuni Paesi anglosassoni dove il magistrato dirige il processo e la giuria si limita ad emettere il verdetto formale, compongono e costituiscono un collegio unico.

Come detto, proprio secondo quanto previsto dall'art. 3, legge n. 287 del 10 aprile 1951, inerente al riordino dei giudizi di assise, la Corte è composta da un magistrato del distretto scelto tra quelli aventi funzioni di appello; da un magistrato avente qualifica non inferiore a magistrato d'appello ed infine da sei giudici popolari.

L'art. 5 della citata legge indicando il carattere unitario del collegio giudicante prevede che «magistrati e giudici costituiscono un collegio unico a tutti gli effetti» proponendo quindi quale arbitro competente in assise un collegio misto, sistema c.d. scabinato.

Il vigore della legge n. 287/1951 presente nel sistema giuridico italiano rappresenta l'*intentio legis* indirizzata all'accoglimento di una composizione congiunta dell'elemento popolare con l'elemento togato.

¹⁹ Si v. la ricostruzione storica presente in Cfr. AA.VV., *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*...op cit., p. 62.

Sebbene già la riassunta vicenda storica permette di cogliere la problematicità insita nell'istituto in parola ulteriore complessità, molto più preoccupante, è rappresentata dall'esiguità dei requisiti necessari per la nomina a giudice popolare.

A tal proposito deve segnalarsi la sottigliezza terminologia utilizzata dal legislatore che discorre di requisiti e non di competenze. E' di comune sentire infatti che il concetto di requisito differisce dal quello di competenza, conoscenza e professionalità. Questi ultimi per i togati sono acclarati, o per lo meno si spera, dal possesso di un titolo accademico conseguito dopo aver superato un percorso di studi prettamente giuridico ed essendo successivamente vagliati da un apposito esame di ammissione.

A fronte di detta preparazione prettamente giuridica è evidente l'insoddisfazione per un eccessiva subordinazione dell'elemento popolare rispetto a quello togato il quale, di regola, ha una maggiore conoscenza del processo²⁰.

²⁰ Non è annotare che già nel 1959 il Congresso Nazionale Forense auspica una rapida riforma per disporre l'integrale composizione della Corte d'Assise e la Corte d'Assise d'Appello con magistrati togati. A tal proposito si v. AA.VV., *V° Congresso Nazionale Giuridico Forense: Palermo, 28 settembre - 3 ottobre 1959. Atti del congresso. Organizzazione, discorsi e interventi, deliberazioni e mozioni, relazioni individuali.*, Giuffrè, Milano, 1961.

2. Errore giudiziario e la tortura del presunto colpevole.

«Crocifiggilo, crocifiggilo! Disse loro Pilato: Prendetelo voi e crocifiggetelo; io non trovo in lui nessuna colpa. Ma quelli gridarono: Via, via, crocifiggilo!»²¹. La condanna del Cristo, raccontata con le parole dell'apostolo Giovanni, è di evidente eloquenza. Certamente rappresenta, senza con ciò scivolare nella becera blasfemia, l'emblema storico di una condanna gridata e decisa dal popolo.

Il figlio di Dio subì un giudizio inusuale anche per l'epoca. Infatti per il sistema giuridico del tempo, il Sinedrio rappresentava uno strumento, particolarmente sofisticato, di applicazione delle leggi esistenti. La procedura integrava al proprio interno tanto l'accusa quanto la difesa, e a quest'ultima era attribuiva pari dignità. Il numero di componenti minimo era di ventitré membri fino ad un massimo di settantuno. Tale si divideva al suo interno tra giudici di accusa e giudici di difesa e per condannare era necessario una maggioranza di due voti. Tuttavia se ad es. la maggioranza era di 35 su 36 l'imputato veniva prosciolto²². Inoltre mentre una sentenza di assoluzione veniva pronunciata immediatamente, quella di condanna giungeva solo dopo una notte di riflessione utile per consentire ai giudici difensori di tentare di convincere i colleghi a cambiare opinione. Cristo però, estremizzando senza con ciò minimizzare, venne condannato dalla voce del popolo, aizzata -come si legge nei Vangeli- dai sommi sacerdoti.

Con le dovute proporzioni e precisazioni, l'Italia impressiona per la sua innata voglia di adagiarsi su giudizi ritenuti in apparenza giusti solo perché gridati a gran voce dai cittadini. La tentazione che si registra in tempi recenti di affidare le sorti dell'imputato alla valutazione del popolo ha forse nella crocefissione del Cristo il più significativo precedente.

Dai giornali ai cronisti, dai media ai commentatori fino all'ultimo osservatore, tutti sono pronti ad aizzare la folla. Oggi, come allora, si preferisce che la condanna sia affidata al popolo. Non importa se ad essere condannato è un innocente. Il popolo, poi, sull'onda della continua emotività non esita a riproporre quel grido di rabbia: «crocifiggilo, crocifiggilo!». In molti processi chi non è impostato a ragionare secondo schemi normativi è propenso, come accaduto per il caso di Daniele Barillà, a sentirsi maggiormente protetto e condannato con facilità sconvolgente. Già, proprio Daniele Barillà, rappresenta emblematicamente la condanna ingiusta di un uomo innocente.

²¹ Vangelo, Gv, 19, 1,16.

²² Questo "precedente storico" è spiegato e interpretato nell'opera di GINARIA F. – MITTONE A., *L'avvocato necessario*, Einaudi, Torino, 2007, 2007, p. 41.

La cronaca fredda e distaccata del tempo trascorso non rende pienamente ragione ad una vicenda dai contorni terrificanti. Daniele Barillà fu scambiato per un narcotrafficante durante un pedinamento a un boss che aveva una macchina identica alla sua e che differiva solo per un numero di targa.

Per anni l'ordinamento italiano si è macchiato dell'orrore di trattenere in carcere un innocente che aveva la sola colpa di guidare un'auto troppo simile a quella di un narcotrafficante. Imprigionato come il peggiore dei malfattori venne vessato allo stremo affinché collaborasse e facesse i nomi di presunti complici che, per ovvie ragioni, gli erano del tutto sconosciuti.

Comincia per Barillà un viaggio infernale, in cui sono coinvolti una serie impressionante di magistrati: sette giudici della libertà sfavorevoli, rinvio a giudizio, Corte d'Assise, condanna a 18 anni a Livorno, dicembre 1993, l'Appello, riduzione della pena a 15 anni a Firenze.

Prove? Sì, solo in apparenza.

Ritornando per un attimo alla cronaca del tempo, l'unica colpa del Barillà, presunto trafficante internazionale di droga fu quella di possedere, come accennato, un'auto uguale, per tipo e colore, a quella usata da un noto boss della criminalità organizzata.

La Cassazione il 25 ottobre 1996 cala una pietra tombale su Barillà, confermandogli definitivamente la condanna.

L'anno successivo respinge una prima richiesta di revisione del processo.

Barillà rimase stritolato dal sofisticato binomio giustizia e ricostruzioni giornalistiche subendo condanne nei rispettivi gradi di giudizio.

Revisione che poi venne ottenuta solo nel 2001, in uno dei pochi casi andati in porto nella storia patria. Barillà, che venne scambiato per una staffetta di un'organizzazione dedita al traffico in grande stile di cocaina, deve la propria sfortunata

Arrestato, prima, e introdotto nell'inferno carcerario, poi, Daniele Barillà ha perso tre gradi di giudizio prima che una coscienziosa pm milanese, Francesca Nanni, si accorgesse che in quella condanna definitiva a 15 anni di reclusione per traffico di droga qualcosa non tornava.

L'errore che consiste nella condanna di un innocente trova poco spazio a commenti. Perciò è utile attingere a piena mani dalla dottrina penalistica che nel tempo si è spesa a favore di un *ars iudicandi* incline ad accettare come metro di giudizio la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio preferendo dieci colpevoli libero piuttosto che la condanna di un'innocente.

Tale conclusione era già raggiunta e affermata dai grandi Maestri della Scuola Classica fin dalla metà del secolo diciannovesimo. Basti qui ricordare le parole di Francesco Carrara allorché definiva «aurea» la massima *in dubio pro reo* e la riconduceva a quelle «verità eterne che tutti i filosofi ripeterono, tutti i codici rispettarono, tutte le genti venerarono»²³.

Il fondamento logico di una tale conclusione è ben evidenziato nelle parole di un teorico del diritto come Carnelutti, il quale ha sottolineato come «la legge considera una condanna ingiusta come un danno sociale più grave dello ingiusto proscioglimento e perciò esige dal giudice maggior cautela per condannare che non per prosciogliere»²⁴

Il senso stesso del diritto penale risiede infatti nella tutela di interessi sociali, attuata mediante l'inflizione di una sanzione non intesa come strumento di lesione di interessi individuali del condannato²⁵

Proprio la vicenda giudiziale di Daniele Barillà evidenzia la deriva dello Stato che assume una certa pericolosa indifferenza rispetto alle possibili conseguenze di un errore giudiziario, dovendo piuttosto adoperarsi attivamente per indirizzare gli errori giudiziari laddove essi producano il minor danno possibile²⁶

In estrema esemplificazione può essere utile richiamare la posizione di J. J. Thomson per il quale «i danni potenziali per la comunità in caso di condanne di innocenti sono molto superiori ai danni legati alla mancata condanna di un colpevole»²⁷.

Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio ricorre spesso nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti ritenuto come un baluardo intangibile posto a difesa dei diritti di libertà e sicurezza.

Riferimento obbligato nel panorama giurisprudenziale nordamericano è la sentenza *In re Winship* del 1970. Il giudice estensore, William J. Brennan, affermava allora come sia «una convinzione radicata nel profondo di una determinazione fondamentale di valore

²³ CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, 6ª ed., III, Firenze 1910, p. 53 ss.; si v. anche D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione «antica» di Carrara e la lezione «moderna» della Corte di cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 737 e ss.

²⁴ CARNELUTTI F., *Accertamento del reato e favor rei*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 337 e ss.

²⁵ Il pensiero corre a VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di A. A. Calvi, Giuffrè, Milano, 1962, p. 46: «Solo la pena necessaria è giusta. La pena è per noi un mezzo per raggiungere uno scopo. L'idea dello scopo postula però l'adattamento del mezzo al fine e la massima parsimonia nella sua applicazione. Questa esigenza ha particolare valore per quanto concerne la pena, essendo essa infatti un'arma a doppio taglio: tutela di beni giuridici attuata attraverso la lesione degli stessi».

²⁶ Come ha insegnato Rawls «le decisioni che riguardano la collettività devono sempre tener conto della gravità delle conseguenze»; una tale premessa spinge Rawls ad accogliere la regola c.d. del *maximin*, in virtù della quale, dopo aver individuato il peggiore risultato che può derivare dalle varie scelte possibili, «dobbiamo adottare l'alternativa il cui peggior risultato è superiore ai peggiori risultati delle altre». Cfr. RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008, p. 157.

²⁷ Per un'approfondita analisi dell'evoluzione del principio dell'oltre il ragionevole dubbio, con una panoramica delle posizioni dei principali pensatori che si sono occupati del tema, si v. STELLA F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003, p. 114 e ss.

quella per cui sia molto peggio condannare un innocente che lasciar libero un colpevole». Nell'argomentare tale posizione, il giudice Brennan richiama proprio la maggior disutilità sociale originata dalla condanna di un innocente rispetto a quella derivante da un errore di segno opposto.

Trattare la celebrazione di un processo secondo taluni canoni giuridici, specificatamente di estrazione processual-penalistica, espongono il nominato giudice popolare a cimentarsi con un rischio, forse non adeguatamente calcolato dalla legge istitutiva, che è quello di entrare a far parte del variegato mondo del diritto e molto più precisamente di quello processuale. Il giudice popolare, essendo il più delle volte totalmente estraneo alla frequentazioni delle aule di giustizia, non è quindi la migliore garanzia di giustizia. I dubbi a tal proposito sono lampanti.

Si converrà -si spera- nell'ammettere che è facilmente intuibile che un cittadino catapultato in una funzione delicatissima e non conoscendo norme, procedure, istituti è incline, o sarà costretto, a seguire il proprio istinto.

Ciò detto allora occorre con più efficacia e maggior vigore richiamare quella che è la funzione propria del giudice il quale deve avere assoluto rispetto di canoni e procedure poiché queste sono poste a presidio della legalità e del giusto processo.

Di logica conseguenza, per invocare la scrupolosa applicazione delle regole anche da parte dei giudici presuppone come *conditio* la preliminare conoscenza delle medesime regole.

Questo vale solo per i togati o dovrebbe a buon ragione valere anche per i giudici popolari? Non è troppo alto il rischio di affidare la vita di un uomo nella mani di giudici che farebbero molto volentieri a meno dei cavilli procedurali e delle regole per giungere molto più facilmente ad una decisione?

Peraltro il giudice popolare non è semplicemente una carina comparsa presente nell'aule ove si celebra un particolare processo poiché gli stessi, accettando di compiere l'ufficio affidatogli, giurano «di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragione dell'accusa e della difesa»²⁸ e di formare un proprio convincimento «giudicando con rettitudine ed imparzialità»²⁹.

²⁸ Legge n. 287/1951, art. 30, co. 1, derubricato "giuramento".

²⁹ Ivi.

3. I giudici popolari al confine dei requisiti di competenza, consapevolezza e responsabilità.

Volendo con ciò disegnare una ideale linea continua di riflessione, è indubbio che la presenza di giudici popolari -come annotato numericamente superiore a quelli togati- rappresenta una visuale di studio particolarmente delicata, con prospettive di indagine tutt'altro che scontate.

Lo studio in lettura, come dette nel paragrafo introduttivo, mediante interrogativi offerti da opposte ed avverse tesi suole condurre allo sgretolamento di queste facendo posto a dubitativi sull'utilità dei giudici popolari.

All'impostazione poc'anzi accennata e critica in merito alla presenza di non togati c'è invece chi, come Domenico Marafioti, ha obiettato ipotizzando la necessità impellente di una «democrazia giudiziaria»³⁰. Questi mediante uno studio puntuale e preciso del sistema giudiziario ha concluso auspicando la creazione di «un sistema giudiziario di impronta democratica non può che fondarsi, quindi, su una larga partecipazione popolare all'esercizio della funzione giudiziaria»³¹.

Anni prima Ennio Amodio in una delle poche pubblicazioni specificatamente riferite all'istituto di partecipazione popolare auspicava, e quasi prediligeva, l'esistenza di un «modello partecipativo dell'amministrazione della giustizia, veicolo di perseguimento dei suoi fini attraverso apparati di carattere democratico effettivo»³².

Sulla tale medesima conclusione anche Achille Battaglia ebbe a sostenere, mediante un richiamo alle dottrine di Constat e Tocquville, la favorevole reintroduzione della giuria quale «strumento di giustizia democratica nonché fondamento e scuola di educazione giuridica e di libertà civile»³³.

Non a caso si è voluto richiamare teorie contrarie al pensiero di fondo che anima il presente lavoro, nella convinzione che proprio la discussione ed il confronto con le citate dottrine contrarie permette di far emergere gli aspetti più oscuri e volutamente trattati come argomenti minori.

³⁰ MARAFIOTI D., *A passo di giudice. Democrazia e «rivoluzione giudiziaria»*, E.S.I., Napoli, 1994, p. 16.

³¹ Ibidem, pp. 24-25.

³² cfr. AMODIO E., *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Giuffrè, Milano, 1979. Dello stesso autore si v. *Giustizia dei laici ed esperienza comparativa* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, pp. 119 e ss.

³³ BATTAGLIA A., *Diritto e libertà (scritti e discorsi di un giurista militante)*, a cura di G. Armani, Ed. Archivio Tip., Roma, 1988, pp. 185-186. Tesi anche poi contenuta nel volume sempre di BATTAGLIA A., *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954.

La eccepita incompetenza dei giudici popolari a fronte della dei togati, però, non può essere considerato un argomento minore, anzi rappresenta una delle maggiori preoccupazioni, non solo per la scienza giuridica ma anche, se non soprattutto, per gli imputati che si apprestano ad essere giudicati.

Il diritto e assieme alle norme che regolano il processo richiedono conoscenze e competenze tecniche particolarmente stringenti; ogni errore può essere fatale e può determinare una decisione dalle conseguenze devastanti.

Non ci si può esimere allora dal richiamare il pensiero espresso da Luigi De Ruggiero in merito all'apporto tecnico dei giudici per il quale «i giudici privi di investitura popolare, secondo il metodo rappresentativo costituirebbero un'eccezione, a motivo della preminenza e della peculiarità della loro funzione di salvaguardia del sapere giuridico, la loro natura di tecnici, assunti per competenza fungerebbe da capacità legittimante».³⁴

La competenza dei giudici quindi, peraltro meglio espressa dalla Costituzione, è l'effettiva e reale esplicazione della loro stessa legittimazione.

A tal riguardo Alessandro Pizzorusso, autorevole giurista, discorrendo in merito alle competenze richieste per i giudici, ha spiegato la relazione per la quale «si intravede un contributo della cultura giuridica al funzionamento delle istituzioni distinguendo tra momento politico della formazione del diritto, di competenza degli organi elettivi, e fattore culturale spettante al ruolo autonomo del corpo dei giuristi, di cui è rilevante espressione la magistratura nel processo di creazione ed applicazione del diritto».³⁵

La competenza richiesta per giudicare è quindi tutt'altro che un argomento debole proposto per avversare i giudici del popolo in quanto il processo, inteso come momento di ricomposizione dei conflitti sociali, contrappone alla violazione perpetrate dall'inosservanza del diritto una riparazione basata sempre sulle norme dell'ordinamento giuridico.

Inoltre anche le istituzioni preposte da tempo vanno ripetendo che «lo Stato non ripaga mai con la vendetta, ma vince con le armi del diritto e dell'applicazione scrupolosa delle regole e della legge»³⁶.

³⁴ cfr. DE RUGGIERO L., *La legittimazione del potere del giudice oggi in Italia*, in *Questioni di giustizia*, n. 1, p. 156 e ss.

³⁵ PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico istituzionale*, Torino, Einaudi, p. 55-57.

³⁶ Intervento della Guardasigilli Prof. Paola Severino in occasione dell'inaugurazione dell' anno giudiziario tenuto presso la Corte d'Appello di Catania, 28.01.2012, consultabile on line sul sito istituzionale del Ministero all'indirizzo:
www.giustizia.it/giustizia/prot/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_1_1&contentId=NOL726322.

La conoscenza del diritto quindi è fondamentale perché accusa e difesa si fronteggiano dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

Quindi proprio in ragione degli interessi che sono coinvolti nel processo penale la competenza tecnica unitamente alla conoscenza dei precetti nomativi rappresenta una, se non la prima, forma di garanzia; sicchè discorre, come fatto da alcuni autori, di «egemonia della giustizia dei giudici togati»³⁷, appare un'aberrazione concettuale posta al solo fine di giustificare l'affidamento della giustizia al popolo.

Un paese come l'Italia che a fatica si è imposto precetti e regole costituzionali è fondamentale presupporre che queste valgano per tutti ed in ogni situazione. Certamente, come precedentemente annotato, la Costituzione prevede nei suoi articoli la partecipazione di giudici tecnici nulla dicendo espressamente con riferimento ai giudici popolari, come invece accade in altri ordinamenti in cui la giuria è consacrata dai testi costituzionali³⁸.

E' indubbio che quando la realtà circostante si mescola con la realtà processuale possono nascere situazioni che nulla hanno a che fare con lo svolgimento classico, previsto dai codici, e che finirebbero per creare situazioni drastiche e spesso inique come la ricerca di un capro espiatorio.³⁹

Il cittadino comune non sempre conosce le norme giuridiche e il modo con il quale queste si sono consolidate in quel corpus via via sempre più complesso e, come tale, inaccessibile alle persone non specializzate.⁴⁰

In buona sostanza la presenza dei cittadini con la fascia tricolore schierati accanto ai magistrati nelle aule di udienza, rappresenta una ingombrante zavorra di cui la giustizia penale potrebbe (e dovrebbe) meglio rimodulare.

I concetti di conoscenza, consapevolezza e responsabilità inevitabilmente stridono con soggetti non sorretti da adeguate e specifiche conoscenze; la giuria infatti non fu reintrodotta dopo il fascismo perché «venute meno le ragioni politiche che avevano portato alla sua abolizione, rimasero valide per non ricostituirla le ragioni tecniche»⁴¹

Francesco De Giovine nella monografia risalente al 1862, proponendo un accurato studio favorevole alla giuria popolare, si domandava se «i Giurì, composti da individui per la

³⁷ MARAFIOTI D., *A passo di giudice...* op. cit., p. 21.

³⁸ In generale si v. AMODIO E., *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga...*, op. cit. ed ancora

³⁹ GINARIA F. – MITTONE A., *L'avvocato...* op. cit., p.69.

⁴⁰ Ivi, p. 41.

⁴¹ Sono queste parole del giurista e membro della Costituente Piero Calamandrei. Cfr. CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, p.93.

maggior parte ignoranti e privi di qualsiasi disciplina intellettuale, sieno per soddisfare alle gravi esigenze della giustizia ?»⁴²

A detto interrogativo, l'autore così rispondeva: «pronuncinadoci quindi sinceramente e senza passioni, non esitiamo un solo istante a dichiarare che il danno qui è quistione esiste pur troppo; ma in pari tempo ci rendiamo solleciti a soggiungere che esso è in proporzioni assai tenui».⁴³

Le preoccupazioni riguardanti la presenza dei non togati in processi delicati, sono peraltro oggetto di recenti raccontati dalle cronache giornalistiche. Infatti a Taranto, durante un'udienza del processo per la morte di Sarah Scazzi mentre il presidente della Corte (giudice Rina Trunfio, a latere Fulvia Misserini) chiudeva l'istruttoria e disponeva una pausa dell'udienza prima di calendarizzare la fase della discussione, si verificava la grave incertezza di uno dei giudici popolari, il quale incorreva nel grave e grossolano errore di abbandonarsi ad un giudizio su di un teste⁴⁴.

Palese imprudenza con buona pace del rituale processuale.

⁴² DE GIOVINE F., *Il giurì e le Corti di Assise: manuale teorico pratico*, Tip. Napoli, Napoli, 1862, pp. 58-59.

⁴³ Ivi, p. 60. Nella sua opera De Giovine contrapponendosi ad un altro autore, il Pisanelli, aggiungeva questa riflessione: «Allorchè i Giurati seco loro l'elemento della probità le persone dotte si avvarranno delle loro conoscenze solamente per meglio illuminare i Giurati ignoranti e non mica per sopraffarli...dunque nella miscela dei Giurati dotti con quelli che sono ignoranti, non che possa avvenir il male che si teme al contrario può e sole succedere tutto il bene possibile, appunto per la naturale contemperanza della dottrina che mentre illumina non cerca di opprimere, e dell'ignoranza che mentre apprende può modificare in meglio ma non rinunciare il suo convincimento.» cfr. DE GIOVINE F., op. cit. pp. 66-67.

⁴⁴ CAMPICELLI L., *Il delitto di Avetrana. Giudice astenuto ultima battaglia sul processo show.*, in «Nuovo Quotidiano di Puglia», edizione di Lecce, 30.01.2013, anno XIII, n. 29, p. 7.

4. Giudizio e indipendenza. (ovvero necessità e conflitto).

Il riferimento ad ipotesi di conflitto è evidentemente una provocazione forte ma necessaria. Il diritto è, per comune intendimento, una tecnica di risoluzione dei conflitti sicché indagare la prospettiva statica degli istituti giuridici sarebbe pressoché inutile. Non a caso Federico Sorrentino, studioso costituzionalista, ha spiegato che «i casi senza i principi esibiscono una scienza giuridica cieca, i principi senza i casi una scienza giuridica vuota».⁴⁵

Per tali ragioni, l'indagine sui requisiti di indipendenza ed imparzialità dei magistrati e più segnatamente dei giudici popolari, assume valenza solo se corroborata dalla prospettiva concreta e reale.

In via generale rimanendo alla lettura maggioritaria concessa dalla dottrina giuridica è ormai evidente come nelle società contemporanee si stia assistendo alla progressiva crescita dell'importanza e dell'incidenza, anche dal punto di vista «politico», dell'attività giudiziaria.⁴⁶

La nota vicenda della trattativa Stato-mafia rappresenta il caso più eclatante nel quale scorgere l'esistenza di questo conflitto. Sinteticamente potrebbe ricordarsi che di recente il Gup, Piergiorgio Morosini, ha disposto il rinvio a giudizio per i dieci imputati del processo per “attentato al corpo politico dello Stato”, alias processo per la “trattativa Stato-mafia”.

Il rinvio a giudizio rende giudizialmente esistente “trattativa Stato-mafia”, quella trattativa che è stata la causa scatenante dell'accelerazione dell'assassinio di Paolo Borsellino.

L'atto formale seguente alla decisione del Gup è il prosieguo con la fase dibattimentale di un processo che, secondo il dispositivo di rinvio a giudizio, non si svolgerà davanti a un semplice tribunale ma davanti alla Corte d'Assise: ci saranno quindi dei giudici popolari che, in rappresentanza del popolo italiano, affiancheranno i due giudici togati.

Ad essere giudicati, sedendo per la prima volta fianco a fianco sui banchi degli imputati, saranno 4 appartenenti alla mafia e 5 uomini delle Istituzioni oltre al figlio di un mafioso che compare nel processo nella doppia veste di testimone e di imputato.

E' di tutta evidenza, almeno a giudicare dalle strette interconnessioni rinvenibili tra principi costituzionali e la natura del *munus* esercitato dal giudice popolare, che costoro sono esposti ad un difetto di indipendenza insito nella loro stessa funzione.

⁴⁵ SORRENTINO F., *L' "ultima lezione" accademica*, in Consulta OnLine (<http://www.giurcost.org/studi/>), 5.10.2012 anche pubbl. in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012.

⁴⁶ In tal senso si v. SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 147, ove si afferma che «il punto di equilibrio tra tutela della libertà e tutela dell'imparzialità non può essere più lo stesso di qualche decennio addietro».

E' errato credere che i non togati, non essendo interessati al *cursus honorum* dei magistrati, siano immuni da dipendenze poichè costoro, presi emotivamente da taluni spetti umani, finiscono per condannare innocenti.

In questa prospettiva quindi non può tralasciarsi di considerare con evidente perplessità che l'indipendenza propria di un giudice popolare rappresenta un paradosso. Una sorta di contraddizione in termini. E' impensabile credere che dopo aver udito per lungo tempo voci e opinioni, senza la schermatura del linguaggio giuridico, il giudice popolare si segga a decidere serenamente. Di fatto è palese una forma di ingerenze *ab interno* dei designati a ricoprire la carica di giudici popolari che, commissionata ad una sorta di ingerenza *ab externo*, crea un mix esplosivo.

Alcuni indici di tale fisiologico conflitto tra giudizio e indipendenza, possono riscontrarsi ogni qual volta si volga lo sguardo alla realtà concreta. Qui le parole servono a ben poco e la nota vicenda di anni ed anni di attività di indagine e processuali sulla trattativa Stato-mafia non ha bisogno di ulteriori esemplificazioni.

Conclusioni.

Honoré de Balzac, drammaturgo francese, in un avvincente romanzo sostenne che «la chiave di tutte le scienze è indiscutibilmente il punto di domanda»⁴⁷.

In una sorta di illogicità quasi romanzesca anche questa ricerca ha avuto come fedeli compagni di viaggio punti interrogativi.

Un punto d'arrivo comune è possibile scorgerlo ammettendo l'impossibilità di considerare l'opera dei popolari ex se espressione assoluta di garanzia e giustizia. Anzi, è l'esatto contrario.

La soluzione? Affidarsi ai principi e ai valori contenuti nella Costituzione.

Nel prossimo presente, infatti, l'unico modo per invertire la rotta è quello di rimettersi allo scrupoloso rispetto delle norme costituzionali evitando di scivolare in pericolose derive plebiscitarie. Se è incontestabile che anche i giudici togati al pari dei giudici popolari possono fallire condannando innocenti quantomeno la conoscenza dell'ordinamento giuridico rende loro capaci di arrestarsi un attimo prima che ciò avvenga. I togati comprendono molto bene che la pena, secondo Costituzione, deve tendere alla rieducazione del reo pertanto, non avrebbe senso alcuno il recupero di colui che non avendo commesso il fatto di reato non ha certo bisogno di essere rieducato.

Seguendo senza riserve la Costituzione, fonte prima del diritto italiano, il processo deve intendersi quale momento di riscontro della responsabilità dell'imputato, responsabilità che dovrebbe -rectius deve- venir meno se il giudice nel condannare non fosse sicuro, oltre ragionevole dubbio, che questi è colui che ha commesso il fatto. Emblematicamente è stato affermato, per stessa ammissione degli studiosi del diritto penale, che il «fulgido mosaico costituito da norme costituzionali fondamentali rappresenta il baluardo della nostra democrazia la quale non si definisce soltanto come quel regime nel quale vige e si esprime la sovranità popolare, bensì come costituzionalismo, cioè, come un quadro normativo di riferimento per l'individuazione del diritto vigente basato sui principi, primi fra tutti, i principi costituzionali».⁴⁸

Luigi Ferrajoli, noto studioso del diritto, soffermandosi sull'analisi del diritto moderno ha riscontrato tre punti cardini: il primo riguarderebbe la caratteristica del diritto inteso come argine al dilagare della violenza; il secondo elemento attiene al diritto che, nascendo dalla ragione, sostituirebbe all'arbitrio delle autorità oggettive e positive, poste dallo Stato che

⁴⁷ DE BALZAC H., *La pelle del zigrino*, trad. it. a cura di C. Ortesta, Garzanti, Milano, 2006.

⁴⁸ Cfr. CALISTI R., *Il sospetto dei reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3.

ha il monopolio della produzione giuridica; terzo ed ultimo cardine riguarderebbe l'importanza del diritto che promana dalla Costituzione.

Lo stesso studioso poc'anzi citato ha ben argomentato in più circostanze che proprio il costituzionalismo facendo propri certi diritti e valori ha posto nel tempo dei limiti alla stessa autorità del legislatore.

Quest'ultimo aspetto, anche in ragione di quanto asserito in questa ricerca, merita un ultimo sintetico approfondimento.

Come si è avuto modo di dimostrare i giudici popolari seppur non esplicitamente previsti nella Costituzione sono stati istituiti con legge ordinaria, immaginando che la loro presenza avrebbe garantito, in determinate vicende giudiziarie, una maggiore legittimazione del potere giudiziario e delle stesse sue decisioni.

In realtà, almeno in Italia, è proprio attraverso i principi e le norme previste dalla Costituzione che si è creato una sorta di inscindibile connubio tra giustizia e diritto; così che la giustizia viene affidata al rispetto del diritto, del diritto positivo.

Giustizia è diritto sono categorie concettuali peculiari, certamente non omogenee. Ciò che più preoccupa quindi è proprio quell'anelito di giustizia del popolo che tenta di prevaricare il diritto concedendo un'armonia apparente. «L'ideale di giustizia -è stato giustamento scritto- non è un fattore di giustificazione, di autoassoluzione, di autoaffermazione»⁴⁹.

Ecco spiegata l'irrinunciabile necessità che nelle aule di tribunale, specie in quelle in cui si decidono le sorti della vita di uomini, primeggi il diritto, le regole, la tecnica giuridica, e che la loro applicazione sia affidata ad giudice terzo ed imparziale.

In caso contrario regnerebbe la confusione. I giudici popolari, catapultati in un sistema di regole particolarmente astruso ed enigmatico, sarebbero facilmente esposti a confondere l'infrazione della pena, propria del processo penale, con la vendetta. Vendetta e pena sono pericolosamente inclini ad essere confusi come termini simultanei.

Questa prospettiva deve essere prontamente contrastata ed inibita perché accecati dalla sete di vendetta si finisce poi, come accaduto nei casi analizzati, per condannare degli innocenti con la convinzione di “aver fatto giustizia”.

Se il diritto dovesse esser bandito in un solo colpo e sopraffatto dall'azione dei popolari, l'artificio dell'umano pensiero produrrebbe senza dubbio strampalate forme di pseudo condanne.

Esiste un pericolo che affidandosi a “giudici del popolo” ci si appelli a far giustizia a costo di andare contro al diritto?

⁴⁹ LA VALLE R., *Giustizia e amore*, in Quaderni della Fondazione Ernesto Balducci, Firenze, n.1/2001, pp. 87 e ss.

Più che di pericolo deve parlarsi di certezza e in tal modo sarebbe molto più semplice, dopo essersi liberati dai cavilli giuridici, avere “decisioni giuste”.

A buona ragione Marco Olivetti in un meditato editoriale apparso sul quotidiano *Avvenire* si domandava se in Italia «stimo abbandonando lo “stato di diritto” (con l’applicazione di regole predefinite per l’accertamento di responsabilità penali) per scivolare verso una “stato di giustizia”». ⁵⁰

* * *

Come, si spera, si è avuto modo di far emergere è in atto una pericolosa tendenza che spinge il cittadino italiano ad affidarsi con maggior bontà al “giudizio del popolo”, preferendo finanche abbandonare taluni cardini del processo penale, uno per tutti: la sottrazione dei privati dal diritto di farsi giustizia da sé.

E’ incontestabile che la funzione del giudice, quella che gli è propria, risiede primariamente nelle repressioni causate da coloro i quali hanno violato la legge penale. Purtroppo però nella pratica tutto questo, per varie ragioni, non sempre accade. Finanche i giudici togati cedono alla tentazione di ridurre le aule dei tribunali in tristi ed avviliti palcoscenici dove l’unico obiettivo è quello di “dare giustizia” alle vittime. Tale opera non fa altro che alimentare il clamore sociale, travolgendo molti anni di conquiste della civiltà italiana ed acquisizioni del diritto.

A tal riguardo, intervenendo sulla nota vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera, il giudice Salvarani aveva sostenuto come «la magistratura che emette giudizi etici e rincorre il consenso della gente appartiene ai sistemi totalitari...il processo penale ha come protagonisti uomini in carne ed ossa di cui deve accertare la responsabilità penali secondo regole ben precise che reclamano l’accertamento di condotta...il processo non deve avere una finalità promozionale degli interessi in gioco, il giudice imparziale non deve immedesimarsi nella passioni in gioco e negli interessi delle parti in conflitto, semmai deve essere consapevole dei valori in gioco soprattutto di rilievo costituzionale». ⁵¹

La trascritta riflessione, unitamente ai problemi accennati, induce a ritenere che nel processo penale il giudice popolare potrebbe causare ulteriori cortocircuiti. Questi ultimi passando da una tranquilla quotidianità a divenire protagonisti di un giudizio che interviene sulla vita di esseri umani, sarebbero esposti a cedere facilmente alla tentazione di intendere il processo come arena in cui applicare le loro concezioni personali della giustizia, in raccordo con le aspettative di un determinato ambiente sociale.

⁵⁰ OLIVETTI M., *No allo stato di giustizia*, in «Avvenire», 24.12.2012.

⁵¹ SALVARANI N., *Il rispetto delle istituzioni*, in «il Gazzettino», Quotidiano del Nord Est, 9.03.2000.

Il processo è altra cosa. Questo si nutre delle regole e di talune procedure poste affinché l'imputato sia considerato innocente sino all'ultimo grado di giudizio. Principio di legalità, prevedibilità dell'evento, nesso di causalità, responsabilità personale, termini, sono tutti elementi che compongono la giustizia di uno Stato di diritto. In tutto questo la presenza dei giudici popolari non può che assumere un carattere del tutto residuale affinché non si confezionino giudizi sorretti da un'apparente armonia.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA. VV., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, Ed. C. Colombo, Roma, 1948.

AA.VV., *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, coll. diretta da S. Patti, vol. 7, Milano, 2007, GIU-INP.

AA.VV., *V° Congresso Nazionale Giuridico Forense: Palermo, 28 settembre - 3 ottobre 1959. Atti del congresso. Organizzazione, discorsi e interventi, deliberazioni e mozioni, relazioni individuali.*, Giuffrè, Milano, 1961.

AMODIO E., *Giustizia dei laici ed esperienza comparativa* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978.

AMODIO E., *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Giuffrè, Milano, 1979.

BATTAGLIA A., *Diritto e libertà (scritti e discorsi di un giurista militante)*, a cura di G. Armani, Ed. Archivio Tip., Roma, 1988.

BATTAGLIA A., *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954.

BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1999;

BAUMAN Z., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2002.

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2002;

BERZOT C., *La giustizia nella Grecia Antica*, Carocci, Roma, 2008.

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.

CALISTI R., *Il sospetto dei reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Giuffrè, Milano, 2003.

CAMPICELLI L., *Il delitto di Avetrana. Giudice astenuto ultima battaglia sul processo show.*, in «Nuovo Quotidiano di Puglia», edizione di Lecce, 30.01.2013, anno XIII, n. 29.

CARNELUTTI F., *Accertamento del reato e favor rei*, in *Riv. dir. proc.*, 1961.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, 6ª ed., III, Firenze 1910.

CAVANNA A., *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero*, vol. I°, Giuffrè, Milano, 2006.

D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione «antica» di Carrara e la lezione «moderna» della Corte di cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.

DE BALZAC H., *La pelle del zigrino*, trad. it. a cura di C. Ortesta, Garzanti, Milano, 2006.

DE GIOVINE F., *Il giurì e le Corti di Assise: manuale teorico pratico*, Tip. Napoli, Napoli, 1862.

- DE RUGGIERO L., *La legittimazione del potere del giudice oggi in Italia*, in *Questioni di giustizia*, n. 1.
- DE TECQUEVILLE A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1999.
- DEL GIUDICE F., *La Costituzione esplicita*, a cura di, Ed. Giuridiche Simone, Napoli, 2012.
- GINARIA F. – MITTONE A., *L'avvocato necessario*, Einaudi, Torino, 2007, 2007.
- HUSSERL E., *La filosofia come scienza rigorosa*, trad. it. F. Costa, Paravia, Torino, 1958.
- LA VALLE R., *Giustizia e amore*, in *Quaderni della Fondazione Ernesto Balducci*, Firenze, n.1/2001.
- MARAFIOTI D., *A passo di giudice. Democrazia e «rivoluzione giudiziaria»*, E.S.I., Napoli, 1994.
- OLIVETTI M., *No allo stato di giustizia*, in «*Avvenire*», 24.12.2012.
- PERLINGERI P. – FEMIA P., *Manuale di diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2005
- PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico istituzionale*, Torino, Einaudi, 1990.
- POPPER K., *La logica della scoperta scientifica*, trad. it., Einaudi, Torino 1998.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- SALVARANI N., *Il rispetto delle istituzioni*, in «*il Gazzettino*», *Quotidiano del Nord Est*, 9.03.2000.
- SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1998.
- SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.
- SORRENTINO F., *L' "ultima lezione" accademica*, in *Consulta OnLine* (<http://www.giurcost.org/studi/>), 5.10.2012 anche pubbl. in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012.
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003.
- STOLFI E., *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Giappichelli, Torino, 2006.
- VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di A. A. Calvi, Giuffrè, Milano, 1962.