

Le "incursioni pericolose" del processo a stelle e strisce nel processo italiano

Alessandra Lanciotti, Cristina Parnetti¹

*"ubi iudicat qui accusat, vis,
non lex valet"*
(Publilio Siro, *Sententiae*)

Nel IV secolo d.C. Giustiniano, imperatore d'Oriente, compila, un'opera poderosa, moderna e forse ineguagliabile quanto a influenza storica, un'opera alla quale è dato il nome di *Corpus Iuris*, intorno alla quale "si svolgerà per secoli una delle creazioni più alte e caratteristiche della nostra civiltà, il diritto comune dell'Europa continentale ed entro certi limiti dell'Inghilterra: diritto ancora condizionante -volenti o nolenti -in larga misura il nostro presente e quello di molti popoli" (ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 36-37). Aveva ben capito il saggio Imperatore che l'osmosi, l'integrazione fra sistemi e ordinamenti diversi avrebbe costituito un *idem sentire* giuridico identitario e fortissimo, nonostante la pluralità di fonti di diversa origine, seppur con le diversità che aveva al suo interno.

Nessuna discrasia ma una soluzione interpretativa "armonica" diremmo, senza antinomie né "aporie" per i vari "diritti" ivi ricompresi. E anche se ci fossero state, comunque il giurista era il grande artefice quotidiano del miracolo dell'interpretazione delle norme e della loro *ratio*.

Questo che può apparire un proemio lontano ed avulso dal tema oggetto di questo commento, in realtà ci conduce dritti al centro della questione.

Ogni ordinamento giuridico e, per quanto di competenza, ogni sistema giudiziario, ha al suo interno dei principi essenziali, sui quali si basa l'intero impianto normativo e che fungono da cardine logico ed interpretativo del sistema, lo connotano e ne formano le linee, i cardini razionali.

Ovviamente, il diritto ha una sua permeazione storica che lo rende adeguato ai tempi nei quali si trova ad operare. Anzi, maggiore sarà la sua aderenza fattuale al circostante e maggiore sarà la sua efficacia, poiché più alto sarà pro-

¹ Alessandra Lanciotti è Professore associato di Diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. Cristina Parnetti è Avvocato nel foro di Arezzo con esperienza di processi negli Stati Uniti.

tabilmente il tasso di spontanea osservanza dei cittadini, che lo sentiranno più vicino alle loro esigenze di “giustizia”.

Purtroppo, tale concetto è stato talvolta frainteso, scambiando questa necessaria esigenza di adeguamento ed aggiustamento del diritto alla realtà storica e viceversa per un cosiddetto “ammodernamento” del diritto stesso. In particolare, si è considerato come punto di riferimento da imitare e da considerare quale faro illuminante il *Common law* e, più precisamente, un’ulteriore *species* dello stesso: *l’American Common law*, soprattutto con riferimento alla materia penale, sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

Ciò è derivato dalla necessità di rinvenire strumenti che in ipotesi potessero “velocizzare” il processo e anche dalla notoria esterofilia degli Italiani, già chiosata dal Machiavelli che ne parla, *mutatis mutandis*, in riferimento alla tendenza della sua epoca ad avvalersi di truppe mercenarie e straniere invece di impiegare forze autoctone nelle campagne militari: “*Uno principe, pertanto, savio, sempre ha fuggito queste arme, e voltosi alle proprie; e ha volsuto piuttosto perdere con li sua che vincere con gli altri, iudicando non vera vittoria quella che con le armi aliene si acquistassi*”.

Il legislatore dell’ultima riforma del codice di procedura penale ha preferito fare frequenti riferimenti a modelli processuali che apparivano più “moderni,” più snelli, rispetto al vecchio prototipo di processo inquisitorio, fino ad allora prevalente. Invero, quando entrò in vigore, nel 1989, in molti si interrogarono se fosse giusto abbandonare completamente il modello di processo inquisitorio in favore del modello accusatorio. Nel modello accusatorio, com’è noto, si tende ad equilibrare il ruolo dell’accusato e dell’accusatore, dando loro pari poteri ed escludendo il giudice da tale rapporto dialettico, speculare e confliggente (pur lasciandogli poteri eventuali di integrazione se una delle parti è carente o incompleta nella ricerca della prova).

Forse il legislatore nazionale avrebbe dovuto seguire, almeno in una prima fase di adattamento alla riforma del processo penale, l’esempio dei Romani, che in epoca repubblicana, avevano mantenuto ben due modelli processuali distinti (uno di tipo accusatorio e l’altro inquisitorio), che venivano seguiti a seconda che l’imputato fosse cittadino romano (*cives*) o appartenesse a una delle popolazioni sottomesse. In sintesi, nell’antica Roma, il sistema accusatorio valeva nel processo che aveva il *cives* per imputato, del quale si dovevano salvaguardare diritti e dignità, con accusa e difesa che presentavano liberamente le prove, che controinterrogavano i testi, introducendo quella che poi i moderni chiameranno *cross examination*, con una scansione delle fasi processuali simile a quella odierna (istruttoria, dibattimento e giudizio). Il sistema

inquisitorio, invece, valeva per gli abitanti delle Province ed era funzionale all'affermazione della supremazia del potere di Roma. Qui il giudice conduceva l'intero *iter* processuale e decideva l'entità della pena, quindi era direttamente coinvolto quale organo d'accusa, con un'evidente disparità di posizioni fra accusa e difesa.

Solo per fare un accenno alla grande civiltà giuridica che dobbiamo comunque riconoscere, giova ricordare che già nel 45 a.C. il giurista Publio Siro aveva acutamente compreso che l'elemento della terzietà del giudice e il rispetto dei ruoli processuali erano la garanzia, il baluardo di un giusto processo, laddove in una delle sue *Sententiae* osservava: "*Ubi iudicat qui accusat, vis, non lex valet*" ("ove giudica colui il quale accusa, non vale la legge ma la forza").

Nonostante l'esempio dei Romani, continuiamo a "pescare" norme altrove, con risultati spesso deludenti o comunque discrasici.

Dal punto di vista processuale potremmo, con buona approssimazione, affermare che con l'introduzione dei cd. "riti alternativi" (come la *discovery* e la *cross examination*) si è avuta la più evidente implementazione nell'ordinamento italiano di istituti e procedure "alieni", pressoché sconosciuti al nostro sistema, sia dal punto di vista funzionale che applicativo.

Ebbene, tali istituti di provenienza aliena dopo oltre vent'anni dalla loro introduzione, a colpi di sentenze costituzionali, di prassi giudiziaria e talvolta di buon senso, hanno sì avuto in parte la funzione deflativa che ne aveva giustificato l'adozione, ma non sono stati certo la panacea dei mali del processo italiano, come li si voleva invece connotare e presentare.

Se dovessimo descrivere in una breve *summa* il perché di una così ampia mole di zone grigie nell'applicazione di questi "riti alternativi", la potremmo riassumere nell'assoluta mancanza nel nostro sistema processual-penalistico del concetto di *plea bargaining*.

Ciò vale, in particolare, per il rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (il cd. patteggiamento). Cosa si intenda per *plea bargaining* nei sistemi anglosassoni è pragmaticamente espresso in uno dei più accreditati *Law Dictionary* come "il processo all'interno del quale l'imputato e la pubblica accusa concordano negoziando una sentenza soddisfacente per entrambi rispetto a quel caso. Adeguatamente usato è da incoraggiare." ("*the process whereby the*

*accused and the prosecutor negotiate a mutually satisfactory disposition for the case (...). Properly administered, it's to be encouraged")*².

E qui emerge una prima, grande differenza.

Il sistema giudiziario americano si fonda sulla totale ed incondizionata libertà d'azione di cui dispone la Pubblica Accusa, tanto da poter affermare che il patteggiamento è la regola, per frequenza con la quale è utilizzato, e il processo l'eccezione.

In tale sistema la Procura ha il completo controllo della situazione, non vale il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (come accade in Italia), bensì è il PM (generalmente il *District Attorney*) a decidere se procedere o meno e, in caso positivo, a chiedere perfino la pena di morte (magari dopo essersi consultato con la famiglia della vittima) oppure a far intendere all'avvocato dell'imputato che questa è la sua intenzione, così da far diventare l'ipotesi della pena capitale quasi la minaccia per ottenere un patteggiamento della condanna e risparmiare sui tempi e i costi della giustizia. In tal guisa si instaura una vera e propria trattativa - appunto *bargaining* - che verte sulla qualifica del fatto-reato, sulla personalità del reo, sulle spese di un eventuale giudizio e, ovviamente, sulla "qualità e quantità" della pena.

In altre parole, si tratta di una vera e propria mediazione concertata fra accusa e difesa, dove però il *District Attorney* ha indubbiamente il coltello dalla parte del manico, dal momento che è in gioco spesso la vita stessa dell'imputato. Non esistono praticamente limiti all'applicazione di tale istituto in America: il *plea bargaining*, oltre che in un assai diverso quadro di principi giuridici, si spiega anche con una non meno diversa politica giudiziaria, in cui appaiono difficilmente concepibili processi-teoremi che crollano come castelli di carte, come sovente accade nel nostro Paese. Ad esempio, nel caso di procedimenti contro la criminalità organizzata, il *plea bargaining* statunitense costituisce spesso il passaggio ineludibile che consente al coimputato di collaborare con la giustizia, testimoniando contro i suoi complici, in cambio della rinuncia dell'accusa a procedere nei suoi confronti per taluni capi di imputazione, o addirittura della sua totale impunità.

Per contro, era facile immaginare che l'introduzione dell'istituto del *plea bargaining* in un sistema processuale come quello italiano, in cui all'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) si abbina l'istituto della

² GIFT H. S., *Law Dictionary, Barron's Legal Guides*, 5a ediz., New York, 2010, p. 379.

connessione (in forza del quale il reato più grave “assorbe” quelli minori), avrebbe incontrato formidabili ostacoli. Non solo ma, così come appare formulata nel nostro codice di procedura penale, l’applicazione della pena su richiesta (appunto il cd. “patteggiamento”) appare come un’aberrante versione nostrana del *plea bargain* di *Common law* di cui tradisce lo spirito, mentre “sembra consistere in un’anomala concessione di circostanze attenuanti all’imputato che si dichiari colpevole” (DE FRANCHIS F., *Law Dictionary*, Vol. II, Milano, 1996 p. 1058-1059).

A dimostrazione di come viene concepito il patteggiamento oltreoceano, si consideri che a Washington (lo Stato di provenienza di Amanda Knox) un *serial killer* ha potuto patteggiare ben 48 omicidi. Impensabile per il nostro sistema! (Infatti, benché il codice di procedura penale italiano contempli cd. patteggiamento “allargato”, vi pone evidenti limiti quantitativi e qualitativi). Invero anche da noi, in caso di giudizio di colpevolezza, il calcolo per l’applicazione della sanzione dipende da una molteplicità di fattori, di valutazioni soggettive, che variano in modo rilevante anche a seconda della collocazione “geografica” del collegio giudicante all’interno dello Stivale. Così, un patteggiamento sullo stesso fatto e la relativa riduzione di pena che l’istituto consente potrà assumere una differente quantificazione a seconda che lo si effettui a Milano, Perugia, Firenze o Reggio Calabria.

Oltre a ciò, ulteriore oggetto di perplessità per noi è il ruolo che la Giuria ha nel diritto statunitense (peraltro un ruolo diverso per molti aspetti da ogni altro sistema di *Common law*). Essa si compone di dodici giurati, estratti a sorte tra i cittadini del luogo in cui si svolge il processo, ma che non hanno alcun obbligo di dare spiegazioni o esternare i fondamenti del loro pensiero, né debbono esplicitare le ragioni in base alle quali hanno abbracciato una tesi invece che un’altra. La giuria decide, mentre non è previsto l’intervento di una parte civile “tecnica”, con un suo ruolo quale parte processuale.

Dato il ruolo preminente, gli avvocati studiano i soggetti che compongono la Giuria, le loro preferenze, le loro abitudini, i loro orientamenti, le loro fobie, e su questi dati “ritagliano” i discorsi introduttivi (“*opening statements*”) e le arringhe finali (*closing arguments*), in modo che risultino per i giurati persuasivi e più facilmente comprensibili ed efficaci, modulandoli a seconda della composizione del singolo gruppo di giurati che forma il collegio nel caso di specie.

I più affermati avvocati penalisti americani, durante l’arringa, citano a memoria fiumi di precedenti illustri relativi a casi analoghi, a parziale copertura di un diritto non scritto. Infatti, data l’assenza di uno *ius positum* nei processi

americani ci si basa quasi esclusivamente sulla prassi giurisprudenziale precedente, che diviene la fonte primaria.

Alla luce di tali elementi, ci è difficile immaginare come si sarebbe svolto il processo nei confronti dei tre imputati di Perugia se si fosse svolto negli USA. Le linee difensive avrebbero potuto favorire il signore di colore (nel caso di Giuria composta in prevalenza da persone con analoghe caratteristiche razziali) oppure la ragazza bianca (nel caso opposto), ma probabilmente le accuratissime indagini difensive degli avvocati, avrebbero potuto ribaltare ogni certezza.

In ogni caso, i tre imputati di Perugia, vale la pena ricordarlo per spirito di patria, non avrebbero avuto diritto all'appello negli USA, poiché questo non è un diritto previsto dalla Costituzione americana; inoltre, a meno che non fossero stati condannati a morte, non avrebbero nemmeno goduto del beneficio della revisione formale del verbale del processo da parte della Corte Suprema.

Nonostante le contaminazioni del processo di *Common law*, in una larga parte della giurisprudenza italiana si rinviene l'esigenza di ribadire il radicamento dei diritti - in particolare di quelli dell'accusato - ai principi della vecchia Europa, al suo spirito rivoluzionario e poi napoleonico, non per un puro e sterile concetto di appartenenza, ma per il motivo assai più logico che la dialettica processuale che permea il processo penale "europeo" è frutto di un distillato ideologico risalente, che ben ha saputo elaborare adeguate teorie garantiste e far nascere un modello processuale accusatorio con precisi meccanismi di contenimento dei ruoli processuali di ogni parte, per lo meno nella teoria.

Ma la forma è la sostanza e, conseguentemente, la presenza di norme di garanzia nei vari sistemi processuali europei funge comunque da punto di riferimento. *L'idem sentire* fra i sistemi europei in merito alla tutela dei diritti del soggetto sottoposto a processo penale nelle rispettive giurisdizioni nazionali, unita all'opera uniformante svolta dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, grazie alle sue pronunce sull'interpretazione dell'art. 6 della CEDU, che sancisce il diritto all'equo processo, ha stabilito un minimo comun denominatore di garanzie per l'accusato.

Difficile, dunque, anche seguendo un machiavelliano concetto di abilità, che deriva dai cambiamenti che la lunga storia giuridica del vecchio continente testimonia, poter pensare che un sistema processuale [diritto], quale quello espresso dal giovane *Common law* americano, abbia molto da insegnarci. È infatti evidente come esso sia la diretta promanazione dello spirito puritano, per quanto ammodernato.

Certo anche nel *Common law* americano vige il principio del “giusto processo”. Il *due process of law*, previsto dal 5° e dal 14° emendamento della Costituzione americana, si sostanzia nel rispetto delle regole processuali e della loro correttezza (la cd. *procedural fairness*), nonché nel principio secondo cui un individuo non può essere privato della vita, della libertà o della proprietà se non in conformità delle regole e delle procedure previste dalla legge. Ora, queste norme costituzionali espongono sì delle garanzie di principio, quasi dei proclami, che però spesso restano lettera morta se non vi è un difensore che li sappia ben applicare a proprio vantaggio. Il principio di *procedural fairness*, infatti, ha di per sé dei contorni piuttosto vaghi, poiché si riferisce appunto al concetto di *legal fairness* che letteralmente può essere tradotto con “correttezza legale, sostanziale e processuale”, ma che evidentemente rimane un concetto alquanto sfocato.

Si noti inoltre che negli Stati Uniti i diritti patrimoniali sono messi esattamente sullo stesso piano dei diritti e delle libertà personali, tanto che ci si può imbattere in sentenze nelle quali si statuisce in modo tautologico che la legge o la sentenza che comprime tali diritti non può essere irrazionale, arbitraria o discriminatoria.

Più fede che ragione verrebbe da commentare.....

Da più parti è stato rilevato che il legislatore italiano, predisponendo norme *ad hoc* nel nuovo codice di procedura penale contenenti le modalità di applicazione dei suddetti “riti alternativi”, ha stravolto una parte del sistema, in quanto ha determinato l’introduzione - strisciante, oseremmo dire - di istituti probatori del processo penale americano che, erroneamente interpretati, modificano di fatto la logica e la *ratio* del processo, pervadono le aule di tribunale e le decisioni che i giudici emettono.

La realtà è che l’adozione, anche psicologica, di schemi giuridici appartenenti a sistemi di diversa genia dal nostro, così palesemente differenti per i motivi sopradetti, che hanno portato al sostanziale recepimento di concetti estranei al nostro processo, facendone un uso distorto, hanno fatto sì che sia accettato un riscontro quasi meccanicistico della verità, che spesso non favorisce la “creazione della prova” nel dibattimento, e che talvolta finisce per ridurre il procedimento ad un riscontro ad esito automatico dello stesso giudizio, nel bene e nel male.

Dunque “vincerà” il processo non chi riuscirà a dimostrare meglio dialetticamente i propri pensieri e le istanze di giustizia, invocando l’applicazione corretta ed equa delle norme, ma al contrario sarà vittorioso chi avrà trovato il più bravo, famoso e costoso specialista della materia. Si pensi ai casi Knox,

Stasi E Cesaroni, nei quali i teoremi accusatori hanno avuto quale prova fondante delle perizie.

Invero, le sentenze d'appello di questi casi non hanno capovolto la verità, bensì hanno preso atto del fatto che la prova non era stata raggiunta, poiché non aveva avuto una corretta orogenesi, né i crismi di una adeguata formazione all'interno del processo. Se ne deduce che le perizie - prove regine in tali processi - non dovrebbero essere assunte a parametro unico ed incontrovertibile per incastrare o far liberare l'imputato.

Come osservava il Federico Grosso a proposito del processo di Perugia (in www.lastampa.it del 4 ottobre 2011): "I giudici hanno deciso ed assolto. Non conosco gli atti, ma d'istinto, per quanto sono riuscito a cogliere dalle cronache, ritengo che non potessero fare altrimenti. Spiace che l'assassinio di una giovane donna rimanga in larga misura insoluto (non si può sicuramente dire che la condanna definitiva di Rudy Guede possa tranquillizzare le coscienze; anzi, la nuova sentenza aggiunge perplessità a perplessità). Regole e garanzie del processo penale devono, tuttavia, essere sempre rispettate, e nel caso di specie, garanzia voleva che, di fronte alla contraddittorietà degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale, i giudici non potessero fare altro che assolvere. Non c'erano indizi sufficienti, non c'erano, soprattutto, stante le contraddizioni emerse nel dibattimento, indizi univoci e concordanti. Anche se le regole sono state rispettate, e la sentenza è, verosimilmente, ineccepibile, per la giustizia italiana non è, comunque, una vittoria. È mancato il riscontro probatorio delle accuse; di fronte al dubbio i giudici hanno tratto, inesorabilmente, ma anche giustamente, le loro conclusioni. Si tratta di un'assoluzione che lascia, comunque, l'amaro in bocca".

In definitiva, l'automatica e talvolta algebrica equazione che porta a concludere il processo solo in riferimento al risultato della perizia conduce con frequenza ad uno svilimento del processo, specialmente per il ruolo dell'avvocato difensore, creando un pernicioso automatismo, che limita, quando non annienta, la dialettica processuale di formazione della prova.

Ma tale effetto distorto comprende anche la verità che si dovrebbe cercare e trovare, scindendo spesso la verità processuale da quella fattuale in maniera evidentemente esagerata e patologica, sol che si abbia un minimo di buonsenso e con grande sconcerto anche dell'uomo comune, e i risultati possono sorprendere.

E siccome esiste il presente, poiché c'è un passato, torniamo da dove siamo partiti, da Giustiniano e dal *Liber singularis enchiridii*, al paragrafo che riguarda i nomi e le origini delle magistrature, il "famoso" paragrafo 13 del Li-

bro I del Digesto ripreso da Pomponio, giurista del II secolo d.C: “*Constare non potest ius nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci*”.

Allora se “il diritto non può esistere se non vi è qualcuno esperto del diritto che di giorno in giorno possa migliorarlo ”auguriamoci di fare parte di questa schiera coraggiosa di giuristi, di persone, e non facciamoci incantare inutilmente dalle Sirene d’oltreoceano.