

## CONVEGNI

---

**SANDRO FURFARO**

### **La scena processuale e l'uomo scomparso**

In tempi in cui i casi giudiziari diventano spettacoli televisivi e il legislatore comprime in modo sempre più deciso la partecipazione al processo penale, l'A., attraverso il recupero delle situazioni di base che contraddistinguono il processo penale all'interno dell'ordinamento, individua e propone le ragioni per le quali il processo penale non può sopportare impedimenti nelle declinazioni della partecipazione al processo: l'oralità, intesa come comunicazione e comprensione, e la pubblicità.

*The trial scene and the missing man*

*In times in which judicial cases become television shows and the legislator restricts participation in the criminal process in an increasingly decisive way, the Author, through the recovery of the basic situations that distinguish the criminal process within the legal system, identifies and proposes the reasons why the criminal trial cannot bear impediments in the declinations of participation in the trial: orality, understood as communication and understanding, and publicity.*

SOMMARIO: 1. "O tempora, o mores": la spettacolarizzazione dei casi giudiziari e il progressivo venir meno della partecipazione al processo. - 2. L'humus: le pretese emergenziali che tutto giustificano e tutto sconvolgono. - 3. I fondamenti dimenticati: a) l'esigenza e l'essenzialità del processo. - 4. (Segue): b) la *res iudicanda* nel processo penale. - 5. La coscienza del giuridico e il processo penale. - 6. La relazione qualificata tra gli agenti nel processo e la necessità della scena: a) le declinazioni fondamentali della partecipazione. - 7. (Segue): b) l'oralità, la comunicazione e la comprensione. - 8. (Segue): c) la pubblicità.

1. "O tempora, o mores": la spettacolarizzazione dei casi giudiziari e il progressivo venir meno della partecipazione al processo. È un dato che non ammette discussione: mentre il processo è compresso sempre più nella sua dimensione drammatica, l'attenzione massmediatica è sempre più focalizzata sui casi giudiziari. Questi, costituiscono ormai il pane quotidiano dei palinsesti televisivi che sfruttano e strumentalizzano le fantasie di un pubblico talmente ignorante da non comprendere nemmeno che, se non può esserci giudizio (e giustizia) senza processo, il processo non è quello che malamente scimmietta l'ultimo conduttore *à la page* con a seguito lo stuolo di falsi profeti a loro volta mossi da propri interessi. L'*audience* purtroppo si conquista anche così: facendo sfilare sul palcoscenico televisivo esperti privi di conoscenza effettiva del caso di cui pure parlano, sospettati ai quali è chiesto di dar conto anche delle loro idee e dei loro pensieri, persone più o meno informate sui fatti che non dicono ma ammiccano perché tanto basta, e, poi, avvocati a caccia di facile visibilità, magistrati che anche se in quiescenza hanno bisogno di sentirsi al centro dell'attenzione, *soubrettes* e *maitres a pensée "de noantri"* e chi più ne ha, più ne metta.

Venuta meno la stagione dei romanzi sceneggiati che ha accompagnato l'infanzia e la prima giovinezza di tanti - ahinoi! - non più giovani, nello spet-

tacolo televisivo irrompe la “realtà giudiziaria”, ma non come informazione sui fatti che, più o meno clamorosi, quotidianamente accadono in una società sempre più violenta e corrotta, bensì come vero e proprio processo che di quei fatti fa spettacolo, condotto secondo una prospettiva di indagine che, se il fatto ha già interessato l’autorità giudiziaria, rischia davvero di condizionare la formazione del giudizio che il vero processo deve esprimere.

Diversamente dal tempo lontano in cui la carta stampata teneva banco e spesso adulterava la cronaca – che comunque ognuno sapeva fosse adulterata – il fenomeno attuale è feroce e pervasivo perché il mezzo televisivo è di per sé portato, come il cinema, ad immutare il vero, rendendolo malleabile, confuso, lontano: una storia che non è la vera storia e una scena che non è la vera scena diventano così soltanto l’occasione, la cornice per dire altro o per fomentare questa o quella conclusione.

Se i romanzi sceneggiati sono stati la trasposizione pressoché fedele di opere letterarie di solido portato etico e morale ed hanno avuto il pregio di avvicinare tanti ai classici della letteratura sollecitando un po’ tutti a tendere “a egregie cose”, l’odierna, esasperata attenzione verso i casi giudiziari, non soltanto non può sollecitare alcunché di positivo in quel vasto uditorio di privati che compone un pubblico comunque disperso e distante (che dunque non è vero pubblico), ma determina l’instaurarsi di percorsi gnoseologici perversi dai quali per l’invasività assunta dallo strumento televisivo nessuno può dirsi immune<sup>1</sup>.

Tanto clamore deve fare riflettere. E non soltanto perché, andando avanti di questo passo, si avrà sempre più un’opinione pubblica – composta ovviamente anche da magistrati e giudici – che dai frutti proposti dallo spettacolo potrà rimanere condizionata nel giudizio, quanto perché, rimasto ormai quasi senza scena, il processo – quello vero – ha sempre meno strumenti per rimettere le cose in chiaro e riaffermare che al di fuori di ciò che compiono, secondo i rispettivi ruoli e nel rispetto delle regole, le *dramatis personae* che lo compongono non esiste possibilità di accertare alcunché di compiuto rispetto a qualsivoglia fatto che abbia rilievo penale.

---

<sup>1</sup> I diversi aspetti e le problematiche connesse ai pericoli della “propensione esponenziale al consumo” della cronaca giudiziaria ammannita dai mass-media sono compiutamente affrontati nel lavoro collettaneo *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al “processo mediatico”*, a cura di Triggiani, Bari, 2022.

Sembra strano dover ribadire cose arcinote ma ogni dubbio che effettivamente sia strano viene meno ponendo mente alla costante, progressiva chiusura della scena del processo al pubblico vero, accompagnata viepiù dall'altrettanto costante e progressivo abbandono dei principi di oralità e immediatezza della decisione che - basta poco per comprenderlo - hanno nella pubblicità del processo una loro sponda. Mentre le telecamere scrutano perversamente i fatti e, spalancando anche le porte della camera da letto di questo o quell'inquisito, appagano il pubblico televisivo attraverso il dire e contraddire confuso di questo o quel personaggio, il processo si chiude; e non soltanto a quel pubblico che costituisce il popolo in nome del quale si giudica ma finanche all'imputato e alle stesse azioni di coloro che dovrebbero occupare la scena del dramma e lì muoversi, eccepire ed opporre, dire e contraddire secondo scansioni immediate fino alla decisione, anch'essa necessariamente immediata, che ne dovrebbe conseguire.

La propensione a concepire il processo penale secondo spinte di "privazione" e "privatizzazione" è evidente. E se per quest'ultima il risultato era più che prevedibile già a considerare che la scelta di fondo del Codice del 1988 era orientata nel senso di lasciare libero il pubblico ministero nella direzione delle indagini e nella scelta delle prove da utilizzare<sup>2</sup>, per ciò che riguarda la "privazione" cui oggi si assiste può ben dirsi che tanto prevedibile non fosse. Il contrasto con quanto nei decenni passati si era consolidato è, infatti, troppo evidente: l'imputato, pronuba la pandemia, per partecipare al processo d'appello deve espressamente richiederlo (e per giunta tramite il suo avvoca-

---

<sup>2</sup> Sulla scelta del materiale probatorio tanto ai fini dell'azione cautelare (l'art. 291 c.p.p. autorizza il p.m. a scegliere quanto più gli aggrada ai fini della domanda cautelare), quanto, soprattutto, ai fini dell'ostensione degli atti prima della richiesta di rinvio a giudizio, laddove, in mancanza di controllo alcuno su ciò che effettivamente il pubblico ministero deve ostendere, non è infrequente la cosciente esclusione dal fascicolo delle indagini di materiale probatorio che potrebbe essere a favore dell'indagato e l'accantonamento di esso in fascicoli contenitori a carico di ignoti, del contenuto dei quali nessuno mai avrà cognizione. È indubbiamente strano che, nato come strumento di garanzia, proprio il doppio fascicolo abbia attuato di fatto ciò che la dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta del Secolo scorso paventava: l'idea che il processo penale potesse essere "privatizzato" e la prova "gestita" dal pubblico ministero secondo i principi di disponibilità ed interesse propri della procedura civile. Purtroppo bisogna prendere atto che l'opera di "privatizzazione" è abbondantemente avanzata e, anzi, baldanzosamente procede, sospinta, com'è, dalla ritenuta non doverosità delle indagini pro indagato, dalla gestione del materiale probatorio acquisito a seconda delle scelte da compiere, dalla conseguente possibilità di separazione di esso e dalla creazione di fascicoli autonomi che altro non sono che banche dati probatorie alle quali attingere alla bisogna o, peggio ancora, fascicoli contenti lo scarto di ciò che non giova all'accusa ma potrebbe giovare all'imputato.

to, anche se è detenuto); il riciclo del materiale probatorio utilizzabile è la regola (le prove acquisite da altro giudice sono ormai valutabili senza effettiva rinnovazione); l'oralità nelle fasi delle impugnazioni è sostituita dal contraddittorio scritto e costituisce eccezione alla regola la richiesta di trattazione partecipata (che, in chi la propone, fa sorgere dubbi immaginabili ipotizzando il fastidio che può apportare); l'escussione dell'imputato detenuto altrove rispetto al luogo del processo e quella di determinati soggetti ristretti in località protette avviene in video conferenza, con l'impossibilità, soprattutto nel caso di questi ultimi che sono offerti in visione sempre di spalle, di verificare quale sia il loro modo di comunicare e, quindi, cogliere dalla complessità dei gesti e delle parole l'attendibilità dei narrati; l'udienza pubblica, al di là del giudizio di primo grado, è di fatto tollerata ... Tutto ciò - e altro ancora - compone "chiusure" che si muovono in un unico senso facilmente apprensibile: la burocratizzazione del processo penale che - paradosso dei paradossi - è ormai relegato in e dentro un ufficio.

2. *L'humus: le pretese emergenziali che tutto giustificano e tutto sconvolgono.* È noto che l'andamento della normazione in Italia si muova sempre secondo il ben oliato *leit motif* dell'emergenza: ieri c'è stata la pandemia; oggi, il rispetto dei tempi del PNRR; l'altro ieri furono le stragi di mafia; prima ancora, il terrorismo e, ripassando ben bene la storia patria dagli Anni Cinquanta del secolo scorso in poi altro ancora certamente vien fuori. Mai alcuna cosa pare essere veramente ponderata se l'emergenza - vera o presunta che sia - continua a costituire occasione per scombinare senza ritorno le carte in tavola promuovendo scelte che, in nome di essa, sono proclamate come momenti di efficienza.

Gli è, però, che nonostante si pensi il contrario, l'emergenza, al di là dell'assonanza, spesso e volentieri non fa affatto rima con l'efficienza. A meno di non voler ritenere, infatti, che ogni forma di risoluzione, il più possibile rapida dei problemi (e, quindi, anche la pena capitale inflitta da una corte marziale) sia, per ciò solo, sempre efficiente, i concetti sottesi ai due lemmi, soprattutto quando in gioco sono processo e diritti, devono essere tenuti ben distinti.

Ciò "che emerge" - l'emergenza, appunto - di solito è una disfunzione, un disordine che solo laddove sia strutturale mette in discussione l'efficienza. Questa, infatti, anche secondo lessico, è la capacità costante di rendimento e

di rispondenza a date funzioni, per cui la relazione capacità-funzione sviluppa un sistema ordinato entro il quale la situazione emergente, salvo appunto carenze strutturali, dovrebbe poter trovare sempre la sua risoluzione. E, invece, pare non sia così. La storia nazionale, infatti, ha insegnato che ogni emergenza (*rectius*: ogni situazione che emerge) deve, quasi per forza, prescindere dal sistema preesistente, cosicché, in ricaduta, essa comporta reazione, urto, contrapposizione rispetto a quel sistema, come se proprio a quel sistema, in ultima analisi, sia da imputare la contingenza.

Due sono le costanti rilevabili in tema di (presunta) situazione emergenziale: l'aggiramento programmatico delle regole basilari del sistema (che comunque si proclamano ferme) e la costituzione di un diverso ordine di valori che si sviluppa come fonte di un pragmatico approccio interpretativo anche degli stessi testi normativi fondamentali. Ottenuto che sia un qualsivoglia risultato utile in tema di ordine pubblico e sicurezza sociale, speditezza e quant'altro, la legislazione emergenziale ha, infatti, sempre mostrato una caratteristica: che alla prima, entusiastica "conquista", ha fatto seguito un diverso (deviato) approccio culturale verso qualsiasi questione che potesse accedere. Il "costo emergenziale", che nell'immediato si pone in termini di *deminutio* di garanzie, nel medio e lungo termine diventa vero e proprio vizio di considerazione dei problemi e, conseguentemente, del modo di approcciarsi ad essi. Il sistema e i principi equilibratori dei rapporti che costituiscono lo stato di diritto e la società democratica, allora, scemano e il riferimento ad essi come limite alla legislazione quasi scompare o, nella migliore delle ipotesi, rimane confuso nel panorama dei più contorti distinguo.

Si definiscono, quindi, emergenziali situazioni che a livello di struttura del sistema, sono tutt'altro che tali. Anche laddove i fenomeni sociali attuali paiono essere di portata eccezionale (come per la pandemia o per la fretta di attuare il PNRR, ai quali altri comunque se ne potrebbero aggiungere), nondimeno, la gestione di essi secondo collaudati strumenti di confronto, controllo, rispetto dei diritti e delle garanzie non sembra necessariamente implicare deviazioni dalle regole e dai principi. I problemi commessi a tali fenomeni rischiano, però, di risultare, come si diceva, vere e proprie occasioni per restringere ancor più (e senza ragione) confronto, controllo, garanzie e diritti dei cittadini, posto che è naturale - e noto - che, evocata un'emergenza, segua sempre una restrizione.

Nel circuito perverso nel quale la contingenza è assunta come parametro di una sorta di incomprensibile “universale in atto”, è l’eccezione, contro ogni criterio logico e ontologico, a diventare regola e la disciplina particolare, elevata a momento sistemico che prescinde dal sistema, si pone, naturalmente, contro la realizzazione dei fini e delle priorità che esso esprime.

3. *I fondamenti dimenticati: a) l’esigenza e l’essenzialità del processo.* Il processo – si sa – è un’esigenza<sup>3</sup>. Prima ancora, però, che la serie, più o meno ordinata, di atti che a seconda dei tempi e dei luoghi definisce un certo procedere per l’accertamento di un fatto, esso è sempre espressivo della necessità che gli effetti di un’azione conseguano ad un giudizio (*nulla culpa, nulla poena sine iudicio*)<sup>4</sup>. In tal senso, il processo è sempre “essenziale”, posto che è soltanto attraverso quella serie preordinata di atti che può esserci un giudizio. E ciò è tanto più vero ed evidente laddove l’intervento della giurisdizione è necessario perchè il conflitto tra gli interessi in contrasto non può essere diversamente risolto (e, secondo una certa prospettiva, il diritto sostanziale applicato)<sup>5</sup>.

Se, dunque, lo scopo del processo è il giudizio e se, anzi, il processo non esiste che come giudizio<sup>6</sup>, è il giudizio in quanto accertamento secondo regole che si impone come necessità di procedere<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Del processo normalmente si dice che sia “strumento”, mezzo per far osservare od applicare il diritto sostanzivo. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1968, 356, però, contesta tale qualificazione, sottolineando, in linea con quanto si dirà più avanti, come ben altra sia la finalità del processo.

<sup>4</sup> “Se non vuole diventare un torrente folle che tutto travolga e sommerga, l’azione [a un certo punto] si ripiega su sé stessa e docilmente, rassegnatamente si sottopone al giudizio”: SATTI, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 24, che, domandandosi quale sia lo scopo del processo, precisa: “Non si dica, per carità, che lo scopo è l’attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità ... Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio ... Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso, dunque, se ha uno scopo lo ha in sé stesso”.

<sup>5</sup> È ovviamente il caso del diritto penale, al quale può affiancarsi il diritto delle misure di prevenzione, entrambi inattuabili senza l’intervento della giurisdizione, posto che è evidentemente insostenibile che in tali casi la composizione del conflitto si risolva da sé e, quindi, senza la sussistenza dei fatti alla base del conflitto: un reato attribuito ad un autore, nel processo penale; la manifestazione di condotte di pericolosità sociale poste in essere da taluno nel giudizio di prevenzione.

<sup>6</sup> Ricorda CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1943, 195 che “chi ricorre ai giudici non si contenta di vedere gli atti del procedimento puntualmente svolgersi secondo le regole formali del diritto processuale, ma aspira ad ottenere alla fine un provvedimento che gli dia ragione secondo le norme del diritto sostanziale. Non si fa il processo ... per il gusto estetico di veder

In relazione a ciò – e quale che sia la prospettiva originaria dalla quale muovere per definire nei termini più concreti possibili l’esigenza del processo – pare però riduttivo ritenere che le norme di procedura altro non siano che “accorgimenti tecnici volti a predeterminare il comportamento dei soggetti portatori degli interessi in conflitto”<sup>8</sup>, o, secondo altra prospettazione, norme “di organizzazione e funzionamento [volte a] identificare uno scopo da raggiungere, quale criterio cui deve uniformarsi la condotta di taluni soggetti; delimitare l’ambito di in cui deve essere contenuta la condotta di certi soggetti rispetto a quella di altri; determinare i rapporti di coordinamento e subordinazione intercorrenti fra i soggetti”<sup>9</sup>.

Tali conclusioni, nonostante colgano appieno l’aspetto prettamente tecnico che il processo assume nella dimensione dell’ordinamento, lasciano in ombra quel tessuto nel quale le norme processuali e il processo si inseriscono, costituito, non soltanto dal sistema fondamentale dei diritti e delle garanzie che l’ordinamento si è dato e nel quale vive, ma anche da quel “meta-legale” che, propriamente inteso, è tutt’altro che lontano dal legale propriamente detto del quale costituisce invece il fondamento. Le norme processuali, infatti, si inseriscono per necessità di cose non soltanto nel generale sistema di diritti e garanzie con il quale devono relazionarsi e vivere ma in quell’ordito di principi e di valori che, come si vedrà meglio in seguito, costituiscono il giuridico come categoria dello spirito.

Se il sistema costituzionale dello Stato, quello sovranazionale riconosciuto e l’altro, costituito dalle disposizioni basilari per l’attuazione del sistema processuale, propongono norme che, rapportandosi e raccordandosi, consentono di individuare “costanti comuni” che possono dirsi i principi del processo in un dato tempo e in un certo luogo, prima ancora di tali principi l’esigenza e l’essenzialità del processo impongono che esso sia considerato alla luce delle relazioni tra gli uomini e, quindi, di quei riferimenti e di quelle interazioni che costituiscono il sentire di ciò che si esprime come giuridico.

---

funzionare a vuoto i congegni della procedura; per chi cerca giustizia è il contenuto del provvedimento che conta”.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, II ed., Roma-Bari, 1990, 572 ss., pur fermando l’attenzione sugli aspetti organizzativi necessari all’accertamento, individua nella formula *nulla culpa sine iudicio* non soltanto la garanzia della presunzione di innocenza dell’imputato ma la base del principio di “inderogabilità del giudizio”.

<sup>8</sup> GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 18, nota 31.

<sup>9</sup> GRISPIGNI, *Diritto Processuale Penale*, I, Roma, 1945, 100.

La prospettiva, in tal modo, pare davvero capovolgersi e il processo non costituire soltanto il “marchingegno operativo” volto al giudizio e alla decisione, né strumento di attuazione di un certo sistema, bensì “ente” che realizza rapporti e che, per tale ragione, non può che informarsi a quei criteri che compongono e costituiscono l'essenza del giuridico. L'essenzialità del processo ritorna, così, ad avere un senso che impone, non già una forma del procedere quale che sia, ma la ricerca e l'attuazione della forma migliore che lo qualifichi come il giudizio che taluno esprime in nome e per conto di quella “entità” che, a secondo degli ordinamenti, costituisce il termine ultimo e l'unione delle relazioni tra gli uomini di cui raccoglie ed esprime il sentire secondo diritto e giustizia (la Divinità, il Re, lo Stato, il Popolo sovrano, ecc.).

La verifica della qualità del procedere come misura della qualità della decisione è, quindi, necessaria. E ciò, per la molto semplice ragione che non pare proprio che il rispetto delle regole positivamente predisposte sia sufficiente alla bisogna senza il controllo costante, non soltanto del rispetto di quelle regole, ma dei comportamenti e degli atteggiamenti che manifestano coloro che agiscono secondo quelle stesse regole<sup>10</sup>. E proprio rispetto a tale controllo si rimane davvero stupefatti verificando come, in nome di pretese efficienze, il legislatore scelga forme di disimpegno.

4. (*Segue*): *b) la res iudicanda nel processo penale*. Quando si parla di processo penale e ci si interroga seriamente su cosa esso sia, la relazione processo-accertamento-giudizio non può rimanere relegata nella dimensione che astrattamente la esprime come esigenza ontologica. Se dal punto di vista funzionale ogni processo altro non è che il momento di attuazione dell'ordinamento, per il processo penale fermarsi a tale constatazione non è

---

<sup>10</sup> Quanto non sia sufficiente che il processo si svolga secondo le forme accettate è facile apprenderlo sfogliando la storia. Un bell'esempio, tra i tanti possibili anche riferiti al recente passato (si pensi alle Camere di consiglio che negli Anni Settanta del secolo scorso sono state le sedi chiuse nelle quali venivano giudicati i terroristi in alcuni Paesi occidentali di tradizione liberale), è dato dal processo a carico del maggiore Bachmann, già capo delle guardie svizzere del re al tempo della Rivoluzione francese, del quale dicono SATTA, *Il mistero del processo*, cit., 11 ss. e, soprattutto, LENOTRE, *Le tribunal révolutionnaire*, Parigi, 1947, 52. Il primo, ricordando che il giudice Lavau, presidente del Tribunale rivoluzionario che il 2 settembre 1792 giudicava l'accusato, di fronte all'invasione dell'aula d'udienza da parte della folla inferocita che pretendeva il diritto di procedere a giustizia sommaria, rivendicava al tribunale il diritto di punire l'accusato imponendo ai facinorosi “di rispettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada”. L'altro, sottolineando come l'opera che i rivoltosi compivano in basso “i borghesi in mantello nero e cappello a piume la perfezionano sui loro seggi”.



sufficiente. Né è sufficiente considerare che esso “è uno strumento finalizzato alla ricerca della verità in relazione ad un accadimento”<sup>11</sup>: espressione, questa, che, pur con le diverse accezioni e specificazioni che il termine “verità” di solito assume in riferimento all’accertamento giudiziale<sup>12</sup>, altro non individua che la funzione del processo.

Chiara e indiscussa, infatti, la necessità che sulla sussistenza del fatto oggetto dell’imputazione, sulla punibilità di esso e sulla responsabilità di colui al quale è attribuito si conquisti la conoscenza – il più possibile completa – attraverso l’attività predefinita a tutela delle sfere di azione dei soggetti processuali e nel rispetto dei diritti garantiti, il “di più” che qualifica il processo penale ben oltre gli indiscussi oggetto e funzione è la particolare natura (o se, più piace, l’essenza) della *res iudicanda*.

Se l’oggetto del processo può essere definito in termini di accertamento che un reato è stato commesso da taluno, tale definizione comporta la necessaria considerazione che il soggetto – l’uomo – al quale è attribuito il reato, oltre ad essere la *condicio sine qua non* affinché il processo esista<sup>13</sup>, costituisce la materia viva del giudizio, la *res iudicanda*, appunto, e, al dunque, il fine del giudizio.

Non sembri, questa, una affermazione astratta da relegare magari in una dimensione metagiuridica che, in quanto tale, può interessare solo fino a un certo punto lo studio del processo. Né la si consideri alla stregua di una mera astrazione, come qualcuno la considerò allorché Carnelutti fu il primo a

---

<sup>11</sup> CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 2.

<sup>12</sup> Di verità, invero, può parlarsi soltanto come un’aspirazione verso la conquista di un qualcosa che comunque si sa irraggiungibile (la verità, appunto). L’accertamento processuale, invece, è volto non già alla verità o meno di un fatto, ma alla verifica dell’accadimento (o meno) di esso nei termini formulati dall’accusa. In tema, UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 301 ss., che, richiamando la concezione semantica della verità e ricordando, quindi, che le entità extra linguistiche non sono né vere, né false, sostiene non senza ragione che di tali entità “può essere soltanto affermata o negata l’esistenza, ma non la verità o la falsità”.

<sup>13</sup> Verità lapalissiane sono spesso dimenticate sol perché, in tempi di scientismo e di specificazione, anche nelle “cose del diritto” ci si ferma a considerare poco lo stesso portato delle leggi, dimenticando, non soltanto ciò che di norma precede la legge – quel meta-legale cui “la fonte del diritto, talora prima, talora più tardi, ma ad un certo punto sempre, si trova nella necessità di invocare l’aiuto ... spesso anzi cedendo, per buone ragioni, il campo prima del bisogno” (CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, 197) – ma ciò che dalla stessa legge discende e, nel caso, che in mancanza di un soggetto – l’imputato – cui attribuire il fatto costituente reato consegue inevitabilmente l’archiviazione, cioè la negazione del processo.

dirne alla fine degli Anni Cinquanta del secolo scorso<sup>14</sup>. Ricorda, infatti, una attenta studiosa della dignità umana nel pensiero giuridico come altri grandi teorici del processo, quali Calamandrei e Capograssi, “hanno più volte ribadito la necessità che il processo rimanga sempre a misura d’uomo; che la *res iudicanda* non è cosa diversa dal giudice che la giudica, un uomo; ... che l’imputato, colpevole o non colpevole, rimane un uomo sottoposto al giudizio di altri uomini con tutte le conseguenze, il dolore, gli errori, le fallacie che questo può comportare, con la certezza che è difficile che venga fatta veramente, concretamente giustizia...”<sup>15</sup>.

La particolarità del processo penale rispetto ad ogni altro processo sta, dunque, proprio in questo: che il giudizio è “giudizio di uomini su uomini, si svolge nel tempo, si scompone in indefinita pluralità di atti, passa di grado in grado, e infine trova conclusione nella sentenza, che non è la ‘verità’, ma che viene considerata come ‘verità’ (*pro-veritate accipitur*, nell’inciso latino degli antichi giureconsulti). Un uomo è sottoposto a giudizio, si sente oggetto di ricerca e materia di studio, il suo passato è ricostruito, osservato, scrutato. Propriamente giudicata non è una singola azione, un frammento, ma l’intera vita, spogliata, denudata, ridotta a schema, tipizzata in base alla ‘figura’ di ciascun reato. ... Per tutti – innocenti o colpevoli (solo li sapremo nell’ora della decisione) – il processo è pena”<sup>16</sup>.

La prospettiva integrale in cui il problema del processo penale – ogni problema che concerne il processo penale – va affrontato, discusso e deciso è costituita dalla unità che qualifica *homo iudicans* e *homo iudicandus*: l’essere, appunto, entrambi uomini, con tutto il seguito di difficoltà che ciò comporta in termini di confronto tra gli uomini<sup>17</sup> e, quindi, con tutto il carico di necessi-

<sup>14</sup> CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, 72.

<sup>15</sup> STANZIONE, *Processo penale e dignità dell’uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*, [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), luglio 2018.

<sup>16</sup> IRTI, *I tempi del processo, l’attesa come pena e il ruolo della prescrizione*, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 18 aprile 2021.

<sup>17</sup> Si tratta di difficoltà che nascono essenzialmente da quel “guaio” che Carnelutti individua nell’apparire l’*homo iudicandus* come un nemico: “Si parla, nel gergo delle cronache, di nemico numero uno, a proposito di certi delinquenti famosi; ed è una giusta parola. Cos’è il delitto se non un atto di inimicizia? Sembra una legge naturale quella che si esprime nell’aforisma: *à corsaire, corsaire et demi*. Il processo, purtroppo, è insidiato dalla tentazione dell’inimicizia. E così si risolve, troppo spesso, in un altro delitto. Insomma, quello del processo penale assai più che un problema tecnico è un problema morale. Vincere l’inimicizia: ecco la difficoltà” (CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, *Introduzione*).

tà che il modo di realizzarsi di siffatto confronto sia verificato attraverso il controllo dello svolgimento *in itinere* delle azioni, non soltanto dell'*homo iudicans* e dell'*homo iudicandus*, ma di tutti quegli altri soggetti (*homini*) che costituiscono le *dramatis personae* del processo.

5. *La coscienza del giuridico e il processo penale.* La relazione qualificata che lega gli uomini nel processo penale va considerata alla luce dell'essenza del giuridico: di ciò che giuridico "è" prima ancora delle forme che assume in un determinato ordinamento. E, con tale essenza, non può non essere considerata la "coscienza del giuridico". Se ogni sistema - dallo Stato all'ultimo istituto di una qualsiasi branca del diritto - soggiace a regole che lo legittimano in quanto "sistema legale"<sup>18</sup>, a monte di ciò (escludendo, quindi, l'elemento politico e la forma di produzione delle norme positive nei diversi ordinamenti) esiste sempre e comunque una coscienza che, riferita alla giuridicità, altro non è che l'essenza che giustifica il momento di attuazione della ordinata vita di relazione tra i consociati.

La qualificazione in termini positivi o negativi delle regole attraverso cui si attua l'ordine sociale, pur costituendo momento di estremo interesse - in quanto è sul modo di porre tali regole che si definiscono le forme di Stato e di governo - per ciò che riguarda l'essenza e la coscienza del giuridico poco o nulla interessa. E, questo, perché siffatte essenza e coscienza costituiscono sempre, prima di questa o quella qualificazione che di un determinato diritto può essere data, la matrice sulla quale si compongono, si sviluppano e si disciplinano i rapporti tra gli uomini<sup>19</sup>.

Di tale matrice bisogna dire interessandosi del processo penale e, quindi, dell'affermazione di essa nel necessario "confronto" tra gli uomini che anima il processo. E il modo migliore di dirne, anche per evitare fastidiosi e fuorvianti

---

<sup>18</sup> Nei tempi moderni è lo stesso concetto di legittimità ad essere confuso - e, anzi, considerato un tutt'uno - con quello di legalità. Affrontare il problema della differenza tra la legittimità e legalità porterebbe davvero lontano. Alcuni rimandi ad Illustri Autori sono però necessari. Tra questi, fondamentali appaiono SCHMITT, *Legalità e legittimità*, ed. a cura di Galli, Bologna, 2018; JAEGER, *Elogio del diritto*, con i saggi di CACCIARI, *Destino di Dike*, e IRTI, *Destino di Nomos*, Milano, 2019.

<sup>19</sup> GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, a cura di Luigi Garofalo, Milano, 2019, 246, è chiaro in proposito: "La teoria del diritto, la teoria della giustizia e la teoria dello Stato non integrano tre categorie distinte, ma sono parti di un'unica teoria. Sono tutte capitoli della teoria giuridica. Il giuridico non è un artificio dello spirito per ordinare in modo intelligibile una molteplicità empirica. Il giuridico non è un concetto. Il giuridico è, a seconda della posizione radicale che si assuma, categoria o struttura. Indifferentemente".

giri di parole, è attingendo ai classici. A Gómez Dávila, per esempio, che con l'asciuttezza che caratterizza le sue affermazioni ha affermato qualcosa che difficilmente risulta confutabile: “il giuridico come il logico, è categoria irriducibile dello spirito. ... Se il logico si dà nell'atto del soggetto che solamente conosce oggetti, il giuridico si dà nell'atto del soggetto che riconosce un altro soggetto. In questi due atti si esaurisce l'elenco degli atti possibili [poiché] il soggetto, unicamente trova dinanzi a sé o meri oggetti o anche un altro soggetto [e] il suo dilemma è unico: o tutto è oggetto oppure, dinanzi a lui, esiste anche un altro soggetto. ... Da un lato l'atto solitario di un soggetto il quale non conosce se non oggetti; dall'altro, l'atto di un soggetto il quale riconosce un altro soggetto, ma che lo riconosce come tale soltanto quando non si limita a pensarlo o ad agire su di lui, bensì quando agisce con lui...”<sup>20</sup>.

“Riconoscimento reciproco” è la formula che definisce la categoria del giuridico. Riconoscere un altro soggetto, infatti, non costituisce “un semplice atteggiamento gnoseologico, ma un incontro pratico”, perché significa “riconoscere nell'altro la sua funzione logica prima di ogni determinazione possibile e senza eccezione alcuna”<sup>21</sup>.

E “riconoscere” - che nella accezione proposta dalla psicologia “è un verbo transitivo che richiama l'identificare, l'ammettere l'altrui esistenza, il distinguere, ma è anche un verbo che richiama l'attività riflessiva del riconoscersi”<sup>22</sup> - consta di attenzione e di momenti<sup>23</sup> che creano una “condizione empatica”; specificamente, quella condizione, definita di “empatia cognitiva”, che semplicemente significa “mettersi nei panni dell'altro”<sup>24</sup>; ma non nel senso di “sentire come l'altro”, bensì nel senso di “sentire ciò che sente l'altro”, realizzando una condivisione tale da permettere la comprensione a livello razionale dei sentimenti, delle intenzioni e del punto di vista dell'altro.

Qui giunti, una domanda è conseguenziale: come può mai realizzarsi tale empatia se non mediante il contatto diretto tra gli uomini? E la risposta è

<sup>20</sup> GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, cit., 246-247.

<sup>21</sup> GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, cit., *ibid.*

<sup>22</sup> ROCCI, *Il problema del riconoscimento e dell'identità nelle relazioni familiari*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 219, 128.

<sup>23</sup> In tema, RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Milano, 2015, 16 ss.

<sup>24</sup> Il termine “empatia” è stato utilizzato fin dall'antichità greca per indicare il legame emozionale che si veniva a creare tra l'aedo e gli spettatori. In seguito, “mettersi nei panni dell'altro” è stato variamente tradotto in ambito filosofico, sia con l'inappropriato “Sympathy”, utilizzato da Hume e da Smith, sia col più consono “Einführung”, introdotto da Vischer. In tale ambito, Husserl, Edith Stein e Max Scheler misero l'empatia al centro delle teorie della intersoggettività.

semplice: tale contatto deve ritenersi imposto se davvero si vuole comprendere e capire l'altro, non tanto da ciò che dice ma dal tono o dall'inflessione della sua voce e dai gesti che accompagnano il suo dire, sì da sintonizzarsi in modo quasi immediato col suo stato d'animo senza bisogno di usare tante parole per cogliere dai suoi atteggiamenti ciò che sente, intende, persegue.

Solo così si "entra in empatia"; si realizza, cioè, quell' "incontro" con le emozioni dell'altro che si raccolgono e che, per necessità di cose, sono considerate da chi le raccoglie secondo quelle sue proprie emozioni che deve essere capace di riconoscere, perchè raccogliere le emozioni dell'altro non ha alcun senso se, insieme, non si riconoscono le proprie emozioni<sup>25</sup>.

È in questo contatto diretto, fatto di corrispondenze che esprimono la comprensione reciproca delle emozioni di coloro che agiscono nell'azione processuale, che va colta la particolarità del manifestarsi dell'essenza e della coscienza del giuridico nel processo penale. Processo, "qualificato" dalla umanità della *res iudicanda* e, per tale ragione, composto di relazioni tra gli uomini (giudice, parti, testi, periti, ecc.) che non possono subire impedimenti nella loro massima comprensione e non possono avvenire che "alla luce del sole".

6. *La relazione qualificata tra gli agenti nel processo e la necessità della scena: a) le declinazioni fondamentali della partecipazione.* Se quanto fin qui detto ha un senso, può dirsi che il processo penale è "la scena del giuridico": il luogo, nel quale la relazione di riconoscimento reciproco e di empatia si manifestano come esperienza pratica e concreta dell'agire dei soggetti processuali che si muovono intorno al binomio essenziale *homo iudicans-homo iudicandus*.

E si dirà meglio: scena nella quale si svolge la partecipazione effettiva che definisce i termini della relazione immediata tra gli uomini e, quindi, quel contatto diretto tra coloro che a diverso titolo si muovono, agiscono e non soltanto parlano; e scena come teatro perché tale muoversi, parlare e agire, avendo come presupposto l'esigenza di reciproca comprensione di cui si è detto, è

---

<sup>25</sup> L'incapacità di riconoscere le proprie emozioni e di accedere alle emozioni altrui è detta "alesitimia", parola greca che letteralmente significa "assenza di parole per esprimere le emozioni". Le persone alesitimiche non sono persone senza sentimenti e senza emozioni. Più semplicemente non sanno riconoscere le emozioni, né esprimere i propri sentimenti. Siccome percepiscono le emozioni, costoro si differenziano assolutamente dai c.d. anaffettivi.

necessario che sia immediatamente appresa da quella collettività di uomini cui ogni uomo deve piegarsi per essere giudicato.

Si delineano in tal modo le due declinazioni della partecipazione corrispondenti alle due esigenze fondamentali che non possono essere sacrificate o misconosciute allorché si voglia considerare e riconoscere che il processo penale costituisce davvero una forma particolarissima di rapporto tra uomini: l'oralità che, come si vedrà, non può limitarsi ai *verba* se questi come insegnano la scienza della comunicazione e la psicologia giudiziaria raramente sono in grado di definire una effettiva comprensione di colui che dice, del perché ne dice e di cosa dice; la pubblicità, che può segnare il passo esclusivamente in presenza di tutela di diritti e interessi superiori e, quindi, di evenienze gravi e concrete concernenti la riservatezza, la sanità pubblica o l'ordine pubblico.

7. (*Segue*): *b) l'oralità, la comunicazione e la comprensione*. Si sa che il diritto in generale e, in particolare, i sistemi processuali (non soltanto quello penale) attribuiscono rilevanza alla conoscenza di quei fatti e di quelle situazioni definiti di norma giuridicamente rilevanti. Il fenomeno conoscitivo - inteso "sia in una prospettiva statica (la situazione di chi conosce o ignora un certo fatto), sia in una prospettiva dinamica (l'attività di un soggetto volta a fargli acquisire, oppure a comunicare ad altri, una determinata conoscenza)"<sup>26</sup> - è, infatti, alla base della comprensione di un dato evento secondo la rilevanza e gli effetti che il diritto direttamente o indirettamente gli attribuisce.

La cognizione di un certo dato però non basta alla bisogna, perché essenziali al fine della sua effettiva rilevanza sono l'attività tendente a procurarsi la conoscenza di esso e la forma della comunicazione di esso<sup>27</sup>. Ma, in relazione a ciò, sbaglierebbe (e di grosso) chi pensasse che siano rilevanti soltanto "i mezzi" attraverso i quali si apprende e si comunica qualcosa - che, poi, nel processo altro non sono che gli istituti che definiscono l'istruzione o l'acquisizione probatoria - dimenticando "i modi" con i quali l'apprensione e la comunicazione sono realizzate. Un qualsiasi mezzo destinato a fare acquisire conoscenza che sia diverso dalla legittima acquisizione di una cosa (documento o altra *res* che sia) e, quindi, elettivamente il mezzo dichiarativo desti-

<sup>26</sup> CIAPPI, *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 453.

<sup>27</sup> In tema, PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984.

nato a raccogliere il dire di taluno in ordine a un fatto proprio o altrui o ad una situazione, può essere esercitato con modalità che, pur rispettose delle forme preordinate, sono però tali da non consentire la valutazione completa di quanto riferito perchè l'assenza di relazione diretta tra i soggetti - giudice, parti e dichiarante - non consente di apprendere, al di là delle parole, l'atteggiamento di chi narra e, quindi, le finalità cui tende, la sua affidabilità e quella del suo dire.

Carnelutti affermava che l'oralità del processo era da collegare allo scopo e alla struttura dello strumento processuale. E poiché il rapporto tra il giudice e le parti e di queste tra loro e con gli altri soggetti di prova si riduce al dialogo, il problema diventa quella del modo con cui il procedimento può "garantire il successo del dialogo, che vuol dire l'intendimento reciproco di chi parla e di chi ascolta"<sup>28</sup>.

Secondo il chiaro Autore, l'oralità è l'elemento portante del processo ed è da intendere non come forma materiale dell'atto ma come immediatezza del rapporto dialogico tra i vari soggetti. L'oralità, dunque, ha lo scopo di abbreviare le distanze tra i soggetti del dialogo ponendoli il più possibile l'uno di fronte all'altro in immediato rapporto tra di loro al fine di meglio conoscere, apprendere e, al dunque, valutare e giudicare.

Se ciò è vero - ed è indubbio che lo sia - come può dirsi di vera oralità se essa non si sviluppa "in presenza" ma attingendo ad atti precedentemente formati che, prodotto di un dire, sono però acquisiti nella forma verbalizzata e, quindi, senza neppure l'apprensione della voce narrante? E come può dirsi di vera oralità laddove l'acquisizione del dire, pur diretta, è però lontana perché fuori dalla concreta portata della vista il mero narrante che a domanda risponde? E - ancora - quale oralità è possibile, nel caso or detto, allorquando il *loquens* addirittura deve essere nascosto alla vista di chi lo ascolta?

"U fattu non è ... u fattu è comu si cunta": il proverbio siciliano esprime bene il senso vero dell'oralità, perché dire, parlare è atto che non si risolve esclusivamente nel profferire parole. Se è conosciuto l'"effetto pericolosamente distorto"<sup>29</sup> di interrogatori condotti in maniera inadeguata, non pare proprio che alla luce delle mete raggiunte dalla

---

<sup>28</sup> CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1923, 107.

<sup>29</sup> MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, Roma, 2015, 22.

psicologia giudiziaria possa revocarsi in dubbio che l'analisi di ogni dichiarante - e non soltanto del testimone che costituisce il paradigma del soggetto narrante<sup>30</sup> - possa fermarsi ai postulati classici della completezza, della volontaria narrazione di qualcosa che per corrispondere ad una attività voluta deve essere la verità e della neutralità psichica e psicologica del dichiarante.

L'esperienza insegna ben altro e la psicologia svela i complessi meccanismi che sottendono alle dichiarazioni rilasciate dallo stesso: il dichiarante "è un ente morale dotato della facoltà di sentire, di percepire, di attendere, di giudicare, di ricordarsi, di immaginare. ... Procedete quindi più oltre: esaminate le anomalie della facoltà di sentire, indagate i gradi di maggiore o minore forza nel percepire ... svelate le vacillazioni e le infedeltà della memoria ..."<sup>31</sup>.

Si parla e si dice con tutt'intero il corpo: con l'espressione, la mimica, l'atteggiamento assunto, la posa che accompagna il dire che, privato di tutto ciò, rimane davvero *flatus vocis*.

Gli occhi, le mani, la postura "parlano" e l'affermazione di Bergson, secondo cui "il processo riflesso è lo schema di tutta l'attività psichica"<sup>32</sup> ha trovato esplicitazione nello studio approfondito di quel "contegno" di cui dice Altavilla quando sottolinea come "normalmente, la personalità interiore è rivelata da movimenti automatici in forma schematica: ma, in particolari contingenze, essa, per uno stato emozionale che impedisce ogni sforzo inibitorio dell'attività volontaria, acquistano una singolare prevalenza, così da fare della fisionomia "un semaforo automatico che denuncia i nostri sentimenti più intimi e le nostre passioni con una delicatezza ed una sincerità a cui arriva difficilmente il linguaggio" (Tanzi-Lugaro)<sup>33</sup>.

E se ciò vale per la mimica, esso tanto più vale per quel "contegno del corpo" che riveste la parola e rivela ciò che le sta dietro e che è reso

---

<sup>30</sup> Sull'analisi della testimonianza si vedano, in particolare, oltre a MAZZONI, cit., DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza*, Milano, 1988; CAMPISI, *Psicologia della testimonianza*, in *Riv. Pen.*, 1988, fasc. 1; CAMPISI, *La contaminazione della prova dichiarativa*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2013, fasc. 5.

<sup>31</sup> BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, trad. a cura di Zambelli, Vol. II, Bergamo, 1842, 96.

<sup>32</sup> BERGSON, *Saggio sui dati immediati della coscienza*, trad. a cura di Sossi, Milano, 2002, 22.

<sup>33</sup> ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, IV ed., vol. I, *Il processo psicologico e la verità giudiziale*, Torino, 1955, 123.



evidente laddove più intenso è lo sforzo dissimulativo<sup>34</sup>. E va detto che tali risultati degli studi di psicologia giudiziaria e della scienza della comunicazione – che, in estrema sintesi, dimostrano come remore e paure, dubbi e ricerca d’attenzione, verità e falsità di una affermazione si possono cogliere soltanto ponendo attenzione a come si muove, dove guarda e ai gesti che compie colui che parla – sono talmente seri e fondati da essere stati raccolti, sia pure entro certi limiti, dalla giurisprudenza costituzionale che in una ormai lontana decisione a proposito di videoriprese all’interno delle private dimore ha distinto i comportamenti dei soggetti in “comunicativi” o “non comunicativi” a seconda, appunto, della attitudine di essi a comunicare qualcosa<sup>35</sup>.

Ma l’oralità non si ferma a questo. Di essa, infatti, può dirsi che sia una “espressione sintetica”<sup>36</sup> che indica un sistema di principi inseparabili tra loro, quali: la prevalenza del discorso parlato rispetto allo scritto; il dialogo diretto fra l’organo giudicante e le persone di cui esso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni; la concentrazione della trattazione della causa in un unico periodo se non proprio in un’unica udienza con la pronuncia della sentenza immediatamente dopo la chiusura della discussione; l’identità delle persone fisiche che compongono il giudice perchè il processo si svolge in forma dialogata e la convinzione del giudice si forma progressivamente attraverso il contatto personale che egli ha con le parti e con le prove.

È facile intendere come il venir meno di taluno dei detti “passaggi” – che si sono affermati come principi perchè ognuno costituisce in sé un valore

---

<sup>34</sup> Già HARTEMBER, *Physionomie et caractère. Essai de physiognomonie scientifique*, Alcan. 1908, 98 ss. e 196 ss., ha distinto le attitudini espressive rispetto alla comunicazione verbale e a ciò che si vuole o non si vuole comunicare. Gli studi successivi di LENZ, *Vernehmungstechnik*, in *Handwörterbuch*, Berlino, 1927, in part. 948 ss., e di LAMBERT, *Traité de police judiciaire et del procédure policière*, Lyon, 1945 hanno posto in luce i sintomi della falsità del dire, individuandoli, non soltanto nel laconicismo o nella riserva nel narrare che traspaia ben oltre la prudenza, ma nel toccarsi il volto, distogliere o accentuare lo sguardo, muoversi sulla sedia, accavallare le gambe, ecc.

<sup>35</sup> Si tratta di Corte cost. 11.4.-2.5.2002, n. 135 del 2002, in *Sito Uff. Corte cost.*, 2002.

<sup>36</sup> VOCINO, *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 579, secondo cui l’oralità è il principio comprensivo di tutti gli altri canoni dibattimentali “che prende nome, per via d’una sineddoche, da una delle sue unità elementari”. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nov. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1939, 178, afferma che il concetto di oralità è utilizzato per “esprimere con una formula semplice e rappresentativa un complesso di idee e di caratteri [di cui essa] costituisce la sintesi e il simbolo”. Per DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, IV ed. a cura di Pisapia, Napoli, 1966, 237, “l’oralità segna il massimo sviluppo del principio accusatorio e la sua concreta ragion d’essere nel dibattimento”.

particolarmente considerato dall'ordinamento - intacchi inesorabilmente gli altri e distrugga nella struttura sua propria quella continuità, rispetto alla quale l'oralità funziona come l'acquisizione continuata e progressiva fino alla decisione, costituendo, quindi, il fondamento del contraddittorio, dell'immediatezza della decisione e della immutabilità del giudice.

E giova ancora fare riferimento ai classici. Qui, a De Marsico che segnala l'unità profonda tra oralità e contraddittorio, sostenendo come sia "più facile intuire che controllare nella realtà delle norme la separazione di questi due concetti, che invece interferiscono profondamente [sicché] a un certo punto l'oralità è un aspetto indivisibile del contraddittorio, come questo appare il fine e la garanzia dell'oralità"<sup>37</sup>.

Rispetto a tutto ciò, non pare convincente il rilievo di chi, pur ritenendo irrinunciabile l'oralità, ne individua casi di rinuncia senza danno legati allo svolgersi del processo nelle fasi successive a quella di primo grado ovvero rispetto alla natura e al contenuto della prova<sup>38</sup>. Sembra, infatti, che se l'oralità è il principio comprensivo di tutti gli altri principi inseparabili tra loro di cui s'è detto, l'introduzione di distinguo tra irrinunciabilità e rinunciabilità - e, quindi, di eccezioni strutturali alla vigenza di essa - determinerebbe che l'intero sistema delle regole e dei principi che compongono il contraddittorio, l'immediatezza della decisione e l'immutabilità del giudice continuerebbe a subire i danni cui oggi purtroppo si assiste.

In astratto - ma solo in astratto - potrebbe essere anche accettabile che, in forza dell'esigenza di non appesantire il processo con inutili verbosità (si pensi, esemplarmente, alla consultazione degli atti da parte dei verbalizzanti che si risolve nella squallida lettura delle informative di reato) si utilizzasse il concetto di "rinuncia senza danno", ma, a parte la palese impossibilità di operare limitazioni o restrizioni che incidono sulla struttura del processo mettendone in discussione i principi, al risultato di ovviare al superfluo si potrebbe pervenire soltanto individuando tassativamente ciò che effettivamente è tale rispetto alla funzione essenziale della oralità nella accezione che si è data e, in ricaduta, rispetto ai principi del contraddittorio, della immediatezza e della immutabilità che da essa discendono e ad essa ritornano.

---

<sup>37</sup> DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, cit., 237.

<sup>38</sup> In tal senso, RECCHIONE, *L'oralità (ir)rinunciabile nel processo penale*, in *www.giustiziainsieme*, 3 giugno 2020.

8. (*Segue*): *c) la pubblicità*. Quanto fin qui detto pare gettare diversa luce sulla esigenza della pubblicità del processo. Se, infatti, il processo penale risponde molto di più alla sua essenza che alla sua natura, considerarlo come un *iudicium publicum* perché il “*crimen interest rei publicae*” sembra alquanto riduttivo.

Dal punto di vista degli interessi, infatti, è pur vero che l'interesse pubblico cerca soddisfazione in quanto il giudice, organo dello Stato, rappresenta tutti, cosicché la distinzione tra i tutti (la società) e lo Stato non può che realizzarsi distinguendo “la partecipazione dello Stato mediante il giudice e la partecipazione della società mediante il pubblico, che diventa non tanto l'autore quanto il destinatario del giudizio”<sup>39</sup>, ma ciò non basta. E per la molto semplice ragione che se l'*homo iudicandus* è parte dei tutti che compongono il popolo nel nome del quale si giudica, ognuno di costoro deve potere apprendere e controllare il rapporto tra i propri simili che agiscono nel processo di cui un proprio simile è la *res iudicanda*.

In tal senso - che è essenziale se, come detto, al fondo è il modo di comportarsi degli uomini tra loro che interessa - più che far leva sulla (indiscussa) offesa sociale, è da porre in evidenza la necessità del controllo sociale che deve essere esercitato sul processo; necessità che supporta la conclusione, secondo cui “con la pubblicità si garantisce al popolo la possibilità di rendersi conto *de visu* e *de auditu* dell'amministrazione della giustizia”<sup>40</sup>.

La *ratio* della pubblicità del processo si ritrova, dunque, nella essenzialità che l'*homo iudicans*, innanzi tutto, e coloro che agiscono nel processo si rendano conto di essere giudicati nella loro attività da quella collettività in nome della quale si giudica e al cui giudizio - volenti o nolenti - ci si deve sottomettere, non essendo concepibile che ognuno, nel corso del suo agire nei confronti di un proprio simile, sia immune da giudizio: “Pubblici siano i giudizi, e pubbliche le prove del reato” - ammoniva Beccaria - “perché l'opinione, che forse è il solo cemento della società, imponga un limite a chi

---

<sup>39</sup> CARNELUTTI, *La pubblicità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, 3, che, non senza una certa contraddizione rispetto all'individuazione dell'*homo iudicans* come fine ultimo del processo, fa seguire l'affermazione, secondo cui “l'imputato è colui sul quale si giudica, il pubblico colui per il quale si giudica”.

<sup>40</sup> LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, rist. IX ed., Napoli, 1977, 490.

governa ... un freno alla forza ed alle passioni, perché il popolo dica non siamo schiavi e siamo difesi”<sup>41</sup>.

La necessità del controllo pubblico dei giudizi è alla base della disposizione di cui all’art. 6 della Conv. EDU, secondo cui “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”<sup>42</sup>. La Corte europea, infatti, ha individuato la *ratio* della pubblicità del processo nell’esigenza di proteggere “contro una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico”<sup>43</sup>, costituendo la pubblicità, il mezzo per realizzare la trasparenza dell’amministrazione della giustizia<sup>44</sup>.

In relazione al contenuto del diritto all’udienza pubblica, per la Corte europea la pubblicità, non soltanto deve essere “sostanzialmente garantita e non solo formalmente esclusa” - con la conseguenza che il processo deve tenersi “in un luogo facilmente accessibile, in aula capace di contenere un certo numero di spettatori, normalmente raggiungibile e riconoscibile attraverso adeguata informazione”<sup>45</sup> -, ma non va confusa con altri diritti convenzionalmente previsti in quanto essa, realizzando “un principio fondamentale consacrato per tutelare gli imputati contro la giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e per conservare la fiducia dei cittadini nei giudici”, è assolutamente distinta dal “diritto all’accesso agli atti di causa” e non è aggirabile “neppure richiamando la presunzione di non colpevolezza, posto che tali situazioni, non soltanto integrano altri diritti convenzionalmente garantiti, ma si pongono come mere asserzioni di esigenze che l’art. 6 Conv.EDU non considera come legittimanti la limitazione del diritto alla pubblicità”<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di Pisapia, Milano, 1964, 27.

<sup>42</sup> Tale disposizione aggiunge significativamente che, mentre “la sentenza deve essere resa pubblicamente”, l’accesso alla sala d’udienza “può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”

<sup>43</sup> Corte EDU, 14.11.2000, Riepan c. Austria, par. 27.

<sup>44</sup> Così Corte EDU, 25.7. 2000, Tierce e altri c. San Marino, par. 92.

<sup>45</sup> Corte EDU, Riepan c. Austria, cit.

<sup>46</sup> Corte EDU, 24.11.1997, Szücs c. Austria, in tema di udienza camerale.

L'oggetto di alcune pronunce in tema di legittimità della procedura camerale non smentisce l'impostazione generale offerta dalla Corte, chiaramente indicativa della "necessità" dell'udienza pubblica, non soltanto quale "garanzia di correttezza nell'acquisizione della prova"<sup>47</sup>, ma, pure, come "tutela per quanto concerne la possibilità da parte dell'accusato e dei terzi, di controllare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice"<sup>48</sup>. Anche nei casi in cui ha ritenuto legittima l'adozione dell'udienza camerale, la Corte, infatti, ha sempre affermato che gli Stati contraenti devono provvedere a che gli individui possano godere sempre dell'udienza pubblica, precisando che le limitazioni a questa possono dirsi giustificate, sempre entro i limiti segnati dalla legittimità delle eccezioni, soltanto dalle "particolarità della procedura di cui si discute, tenendo conto del ruolo del procedimento", sicché, ad esempio, "la pubblicità del dibattimento e la mancata audizione dell'imputato possono considerarsi giustificate - sempre che tale condizioni siano state soddisfatte in prima istanza - quanto il riesame della causa nel secondo grado di giudizio investa solo i punti di diritto e non quelli di fatto"<sup>49</sup>.

Diversamente dalla Conv.EDU - e diversamente pure dallo Statuto Albertino che stabiliva che tutti i giudizi dovessero essere pubblici, assumendo, quindi, la pubblicità come "dimensione oggettiva" del processo - la Carta costituzionale, per quella abitudine tutta italiana di dare ogni cosa per scontata, non ha inteso considerare affatto la pubblicità. All'esito dei lavori preparatori si ritenne, infatti, di non dovere discutere più di tanto di un principio "così universalmente accettato" da non avere bisogno di previsione<sup>50</sup>. Né i *novatores* dell'art. 111 - che pure hanno attinto a piene mani dal disposto dell'art. 6 della Conv.EDU - hanno considerato il tema.

<sup>47</sup> Corte EDU, Riepan c. Austria, cit.; Corte EDU, 8.2.2000, Stefanelli c. San Marino; Corte EDU, 29.9.1999, Serre c. Francia.

<sup>48</sup> Corte EDU, Tierce e altri c. San Marino, cit.; Corte EDU, 8.12.1983, Acsen c. Germania.

<sup>49</sup> Corte EDU, 26.5.1988, Ekbatani c. Svezia, in tema di giudizio camerale di appello avverso decisione concernente infrazione per guida senza licenza.

<sup>50</sup> Così l'intervento dell'On. Rossi nel corso della seduta del 27.11.1947, in *Lav. prep. Cost.*, vol. V, 4148. Nel corso della stessa seduta, *ivi*, 4150, l'On. Mastino, con grande lungimiranza osservò però che rinunciare a discutere "un principio faticosamente acquisito per mezzo delle lotte per la libertà [sol perché] l'attuale unanime consenso di tutti i popoli l'ha affermato" sarebbe stato "estremamente superficiale". Passi una digressione: se la storia insegnasse davvero qualcosa la vicenda costituzionale della pubblicità dovrebbe fare riflettere. Soprattutto quegli studiosi del processo penale che, perduti ormai nella considerazione dei dettagli e nella ermeneusi di questa o quella norma, pare abbiano dimenticato che la riproposizione dei principi e dei fondamenti non è mai vana se, al dunque, corrisponde a quell'esigenza di dare ad ogni cosa un senso. L'esegesi, insegnava Ihering, è il primo gradino della

Nondimeno, seppure espunta dalla “dimensione oggettiva” del modello di processo rassegnato dall’art. 111 Cost., la trattazione pubblica della causa costituisce pur sempre un diritto che ogni cittadino può vantare. E ciò in forza della citata disposizione convenzionale, sulla quale la Corte costituzionale, già dalla decisione del 2010 in tema di processo di prevenzione<sup>51</sup>, ha fatto leva, precisando che “l’assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce [...] il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie» in quanto «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’art. 101, primo comma, Cost. - trova in quella sovranità la sua legittimazione”.

La conclusione è lineare: è vero che a livello di enunciati espressi la pubblicità non è menzionata dall’art. 111 Cost., ma da tanto non può desumersi che essa sia espunta *tout court* dalla dimensione costituzionale del processo, in quanto principio avente “valore costituzionale”. Considerazione, questa, che se, in generale, impone di riflettere su quanto il sistema del “giusto processo” non possa esaurirsi al portato dell’art. 111 Cost. - essendo necessario, invece, ponderare quel “combinato disposto” dagli artt. 2, 3, 24, 25, 27 Cost., 6 Conv.EDU e 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, rispetto al quale il “modo di essere” della norma di cui all’art. 111 costituzionale non è che una esemplificazione di ciò che comunque è positivamente previsto altrove<sup>52</sup> -, nel particolare, costituisce un valido richiamo per riaffermare quanto fin qui si è detto e, dunque, che la pubblicità, in quanto declinazione della

---

scienza giuridica, che acquista vero carattere di scienza soltanto quando si passa dall’esegesi alla costruzione degli istituti giuridici e quindi al sistema. L’esegesi, anzi, non è neppure inizio di scienza, ma soltanto raccolta e preparazione del materiale per il lavoro della scienza che, per definizione, è studio del generale, non del singolo o del particolare.

<sup>51</sup> Si tratta di Corte cost., 8-12.5.2010, n. 93, sulla quale GATTO E FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss.; ROMOLI, *Pubblicità dell’udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso “comunitariamente orientato”* in *Osservatorio del processo penale*, 2010, 1, 6 ss.

<sup>52</sup> La situazione non è infrequente e la stessa Costituzione offre esempi significativi laddove gli artt. 14 e 15 altro non fanno che considerare meglio aspetti della riservatezza già tutelata *in toto* dall’art. 2 (in proposito, BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, I, Bologna, 1982, 66 52 ss.) e all’art. 15 tutela la comunicazione “in ogni sua forma” già tutelata dall’art. 21 in termini di libertà di manifestazione del pensiero (in tema, ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, 23 ss.).

partecipazione al processo è, al pari dell'oralità e delle implicazioni di essa, alla base e condizione di una giustizia penale che voglia essere giusta.