

Discussione

La concezione di De Falco del «processo come ammortizzatore sociale» - sostanzialmente estraneo ad ogni vera politica della giustizia e della sicurezza - stride, però, con il fatto che in Italia viga una vera e propria «Repubblica dei Togati», in cui la Costituzione appare più come un documento giuridico e giudiziario piuttosto che come il fondamento delle relazioni sociali e interpersonali. Basterebbe scorrere l'elenco dei Presidenti della Repubblica per verificare come la maggioranza di essi appartenga a quel mondo dei «politici forensi» - così li definisce De Falco - che, provenendo dalle facoltà legali e dal mondo delle magistrature, monopolizzano le cariche pubbliche apicali e si propongono come interpreti assoluti e autentici dello «spirito delle leggi».

Gli ultimi capitoli del libro si dedicano ad un approccio cognitivista e di retorica forense riferito alla prassi della giurisdizione, ma la valutazione del sistema rimane la stessa: arbitrarietà, contraddittorietà, incertezza. Senza volersi allontanare troppo dalla realtà fattuale, si potrebbe osservare che il mondo del «diritto puro» e della giurisdizione civile e penale ispirati alla perfezione e coerenza del «sistema legislativo» - dal 1945 alla base del diritto internazionale e di molte giurisdizioni occidentali - sembra mostrare oggi - come nel libro di De Falco - i suoi limiti.

Quando Winston Churchill, nel celebre discorso di Fulton (5 marzo 1946) - citò il «*Trial by Jury*» come il punto nevralgico della cultura anglo-americana della «*Common Law*», restituì all'«opinione popolare» e alla consuetudine della «giurisprudenza» la declinazione dell'idea di giustizia e al potere politico liberale l'attuazione dell'«equità sociale»². Intese - in buona sostanza - di affrancare il giudice e il processo dall'onere insostenibile dell'«assoluta certezza» per consegnarli al «ragionevole dubbio» (art. 533 c.p.p.).

Felice Mercogliano****

1.- Nella sua opera prima l'avv. Gennaro De Falco, penalista di lungo corso, ripercorre un percorso professionale basato sulla sua esperienza ricchissima di casi vissuti in prima persona, episodi emblematici, profili umani esemplari, nonché impressioni originali tratte da eventi singolari e talvolta tragici. Il tutto inquadrato nella cornice prediletta del rapporto tra processo penale, nella sua configurazione teorica mutevole, e fenomenologia della realtà umana concreta, del pari sempre in divenire. Dai contenuti molteplici del libro, nel complesso, si ricava un'idea immediata di sapienza mai artificiale e astratta, ma fondata sui quotidiani incontri e scontri avvenuti nel corso di vicende di un itinerario personale vissuto con passione, attenzione e riguardo costante per la persona, considerata non soltanto come imputato o cliente.

² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge 1971.

**** Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara.

L'articolazione del volume denota una repulsione della schematicità, con una propensione invece alla comunicazione schietta con il lettore, su un piano di sincerità e immediatezza di scrittura senza complicazioni espositive, seppure con una calibrata competenza circa i meccanismi procedurali penalistici, che all'occhio del giurista non sfuggono e rendono la lettura collocabile su uno strato diverso da quello romanzesco e apprezzabilmente non comune. Nella sua struttura editoriale, dopo un'agile introduzione, esso si articola in quindici capitoli e una conclusione, con la finalità appunto di tratteggiare «esperienze personali, immediate e dirette»³. I veritieri titoli attribuiti ai singoli capitoli⁴, più d'ogni altra scelta narrativa, dimostrano il rifiuto di una successione cronologicamente progressiva di vicende, per privilegiare angoli visuali dettati dagli interessi dell'a. e protratti fino ai modernissimi criteri decisori studiati dalle neuroscienze⁵.

Perché venga dichiarata esplicitamente la vocazione personale dell'a. ad uscire da sé stesso, quale penalista affermato, per presentare un'esperienza resa unica da fattori eterogenei e provenienti da una pluralità di ambienti sociali diversi, bisogna tuttavia attendere il finale. Nei ringraziamenti conclusivi, difatti, De Falco rivela infine di aver proceduto ad una narrazione collettiva delle effettive dinamiche, che si verificano nell'ambito del processo penale italiano: egli scrive⁶ di essere stato in realtà «solo la penna, o meglio la tastiera [...] di un viaggio dentro un mondo completamente diverso da quello che dovrebbe essere, o almeno apparire, ed in cui le responsabilità tra le varie componenti, vale a dire Politica, Magistratura ed Avvocatura, sono assolutamente condivise». M'è sembrata l'affermazione più efficace, per quanto possa valere il mio parere, di un volume dalla trama ben ordita e tipico di un gradevole genere letterario, che si può collocare tra il saggio e le memorie autobiografiche.

2.- Aspetti poliedrici, i più vari e di sempre rilevante importanza anche sociale, e mai soltanto di tecnica procedural-penalistica, si susseguono dunque senza sosta in forma quasi di rapsodia, non di sonata o concerto, se mi è concessa una similitudine con le forme proprie di esecuzioni orchestrali musicali. A mia volta, in questa sede, esporrò appena qualche frammentaria impressione su una problematica enorme, qual è quella affrontata dall'avv. De Falco. S'avverte, sul piano globale, un forte disincanto, conseguenza di una vita forense, costellata di successi nei tribunali, ma pure di episodi di denegata giustizia, che rende lo stile in fondo sofferto e mai banalizzante, avverso alle generalizzazioni e

³ V. p. 252.

⁴ Le intitolazioni di alcuni capitoli pongono in risalto disillusioni, quali ad. es.: «Caos assoluto» (cap. III); «Utopia della giustizia» (cap. V); «Giustizia? Forse nell'altra vita» (cap. VIII); nonché «Vivere e morire di processi» (cap. XI).

⁵ Infatti, il cap. XV in fine s'intitola: «Processi e neuroscienze».

⁶ V. p. 257.

Discussione

implacabilmente ancorato all'esperienza sul campo, come dicevo. Un tema conduttore reale m'è parso di poterlo rintracciare, però, in un mirato esame delle radici profonde della dialettica, che sfocia sovente in conflitto, tra verità e potere. Espressioni del potere stesso risultano spesso le sentenze, falsate talvolta da pregiudizi discriminanti, ragioni e pretese processuali costruite in base a criteri esterni agli accertamenti nei dibattimenti.

Mi pare opportuno a questo punto citare almeno un paio di esempi testuali di citazioni estremamente significative, per dare un'idea minima del divario tra verità e giustizia, delineato nel libro qui discusso. Nel cap. VI («Il mostro che divora se stesso»), in un *excursus* di un paragrafo rievocativo nella sua intitolazione in napoletano di un brano che diede la primissima celebrità al compianto Pino Daniele («I so' pazzo»), che peraltro reggeva una famosa rima baciata non proprio da educande), De Falco riferisce di un paio di confidenze sconsolanti ricevute da magistrati. Eccole, come le riporta letteralmente⁷: «Se uno che fa questo lavoro, giudice o avvocato che sia, si fa troppe domande, come mi disse nel corso di un'udienza in Corte di Appello un sostituto procuratore generale, diventa pazzo, perché alla verità vera in un processo penale ci si arriva con estrema difficoltà se non mai e poi, una volta accertato e ricostruito il fatto storico, se pure ci si riesce, bisogna dargli una veste giuridica [...] Di recente nel corso di un'udienza un magistrato serio e garbato ha detto che nel processo si costruisce e si decide sulla scorta della cosiddetta verità processuale, il che significa non ciò che è, ma ciò che sembra. E lo disse pubblicamente, con assoluta serenità. Insomma, è tutta una finzione, le uniche cose vere sono solo le vite ed i dolori che stanno dietro al processo».

Dunque, l'unica verità che possa emergere dal processo penale sembra essere la cosiddetta 'verità processuale', e le ammissioni da parte dei magistrati menzionate, più che un contraddittorio ideologico, pare evocano una disillusione gigantesca in cui siano entrambe accomunate le categorie dei magistrati e degli avvocati, che loro malgrado esercitano l'ingrata funzione dell'«eliminazione degli innocenti» (frase che drammaticamente dà il titolo al cap. I, d'apertura dell'intero libro).

3.- Un po' dopo si legge⁸, circa la medesima cosiddetta 'verità processuale', una precisazione chiarificatrice della sua decisiva componente temporale, nel paragrafo su quella che con un apparente ossimoro l'a. chiama «La finzione della verità»: «Il *processo* [i corsivi seguenti sono tutti dell'a.], qualsiasi processo (giudiziario, scientifico, tecnologico), ha in sé, nella sua radice semantica, il concetto di "*procedere*" e, quindi, la dimensione del tempo. Esso "*avanza*", o dovrebbe avanzare, di atto in atto, dal principio alla fine, dalla domanda alla risposta. E la risposta è, nel campo giuridico, la decisione del giudice, vale a dire la sentenza, che distingue o dovrebbe distinguere fra ragione e torto, fra innocenza

⁷ V. p. 81.

⁸ V. pp. 186ss.

e colpevolezza, fra bene e male. Entro questa comune identità si coglie tuttavia la distinzione suprema, che sta prima di ogni altra: nel giudizio civile si agitano, in linea di massima, conflitti di interesse economici; nel giudizio penale è prevalentemente in gioco la libertà individuale. La misura del tempo pertanto acquista un diverso rilievo e riceve una particolare attenzione. Anche questa prospettiva consente di affermare che il *processo* costituisce di per sé, comunque e sempre, già una pena, di cui è arbitro solo e soltanto il pubblico ministero, che ne dispone quasi totalmente. Già si è detto, e qui si vuol ribadire, che il *processo*, come giudizio di uomini su altri uomini, si svolge nel tempo, si scompone in una indefinita pluralità di atti, passa di grado in grado, infine trova conclusione nella Sentenza: che non è la “verità”, ma che viene necessariamente considerata come “verità” [...]».

Ebbene, le suggestioni che si possono ricavare da una pagina così intensa sono varie e innumerevoli, ma per un'estrema sintesi aiutano i miei studi, per qualche minima osservazione conclusiva sull'antitesi che nel processo pone da un lato la verità processuale e dall'altro la verità storica.

Mi sia permesso precisare, in primo luogo, che la definizione terminologica di «processo» come *processus* non era propria e risalente alla giurisprudenza romana, la quale ragionava in termini di *actiones* e di *iudicia*, senza intenti piuttosto moderni e positivistici di magnifiche sorti e progressive della vicenda procedurale, ma puntando in concreto sul profilo dinamico di avere o no a disposizione un'*actio* per far valere un proprio *ius*, in una visione di simbiosi giuridica tipicamente romana classica dell'aspetto al contempo soggettivo del diritto, ma di conseguenza anche processuale quale *actio*. I responsi dei giuristi romani classici, come attestano le fonti di tradizione manoscritta in maniera univoca, erano formulati prevalentemente nel senso di individuare se vi fosse o meno un'*actio* da esercitare, e non orientati a pareri teorici o definizioni di carattere scientifico, che pur noi contemporanei ricaviamo da essi, come nel caso celeberrimo del negozio giuridico elaborato nella stagione irripetibile della pandettistica tedesca dell'Ottocento, ma che si trae da una empirica considerazione casistica d'epoca classica di situazioni da tutelare tramite lo *ius civile* e/o lo *ius honorarium*.

Certo, la questione che l'avv. De Falco pone sostanzialmente in evidenza pare essere però un'altra, non tecnica e anzi nient'affatto meramente giuridica, vale a dire l'influenza sul processo del potere politico. Poi, ripiega sull'esigenza di ricostruzione storica di vicende umane, nella loro fenomenologia e cause per cui due o più parti giungano alla sfida processuale, che non può che concludersi per infliggere loro una verità appunto 'processuale' e basta.

Discussione

4.- A questo punto, mi sovviene quanto scrisse molto convincentemente Mario Talamanca⁹: «La valenza politica è della repressione criminale, e non può essere trasferita *sic et simpliciter* ai modi in cui essa si esprime perché così ci si allontana dalla corretta impostazione del problema». In effetti, il potere che l'avv. De Falco connette inestricabilmente al processo penale contemporaneo è da inquadrare più miratamente nella cornice del fisiologico riflesso di forme di esercizio del diritto e di svolgimento del processo secondo le scelte e gli andamenti politici, che producono diritto positivo e giurisprudenza. La dottrina stessa, più libera e creativa, soltanto in parte può rispecchiare tendenze innovative e, comunque in ritardo, queste ultime possono essere accolte dal formante legislativo. Peraltro, non sempre si riscontra sincronia nei vari settori giuridici, se si pensa – ad esempio – che in Italia, per quanto concerne il diritto, privato il fascismo non segnò una cesura rispetto all'ordinamento liberale e di tradizione romanistica ottocentesca, mentre nel campo della repressione penale la svolta autoritaria e illiberale fu netta: antitetiche testimonianze emblematiche il codice civile Grandi del 1942, da un lato, e il Codice Rocco del 1930, dall'altro.

Se si vuole avere la più chiara dimostrazione del rapporto biunivoco tra potere politico e processo penale, proprio per l'esperienza romana, nella repressione penale le fonti attestano la molteplicità dei modelli ancor oggi prescelti. A spanne, difatti, il modello accusatorio era in vigore nelle *quaestiones*, che erano i tribunali permanenti in materia criminale della *libera res publica*; il sistema inquisitorio si affermò nelle forme della cosiddetta *cognitio extra ordinem* dell'epoca sempre più assolutistica degli imperatori da Augusto a Giustiniano¹⁰.

Anche se, com'è stato ben scritto da Laura Solidoro in un suo contributo in materia processuale¹¹: «In ordine ai modelli procedurali, non è dato riscontrare una perfetta coincidenza con gli attuali concetti di processo accusatorio e inquisitorio, per la presenza di occasionali, ma non infrequenti commistioni tra i due sistemi, commistioni peraltro strategiche, in quanto funzionali all'ottimizzazione delle finalità repressive di taluni illeciti, in ragione delle loro peculiarità e della percezione della maggiore o minore gravità della condotta da punire. In linea di massima, si può affermare che le modalità repressive facenti leva in modo preponderante sull'*imperium* dei magistrati repubblicani e poi sul potere assolutistico imperiale tendenzialmente determinarono una virata verso il modello inquisitorio».

⁹ M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR* 94-95 (1991-92), p. 707, a proposito dell'impostazione d'indagine storico-giuridica della monografia di Franco Salerno, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'*. *Forme giuridiche ed uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli 1990.

¹⁰ Si v., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, p. 241ss. e 280ss.

¹¹ L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law*, in *De Iustitia. Rivista giuridica* 2 (2016), pp. 72ss., la cit. qui è da pp. 73-74, e cfr. spec. pp. 95-99.

I mille rivolgimenti e commistioni della molteplicità degli ordinamenti penali nel tempo e dello spazio ha poi fatto prevalere ora un modello, ora un altro, ora uno misto: decisivo è però rimasto il controllo dello scrupoloso ruolo del giudice, che comunque sin dalle origini romane era soggetto a responsabilità nel giudicare, come dimostra l'incisivo istituto del *iudex qui litem sua fecit*¹², cioè della fattispecie di chi avesse giudicato in maniera fraudolenta sulla controversia sottopostagli, per dolo¹³ o per imprudenza, che gli costava la perseguibilità¹⁴ per uno dei cosiddetti «quasi delitti» dalla matrice romanistica, ancora previsti dal c.c. del 1865 e, come nessuno ignora, eliminati invece dal c.c. vigente.

5.- Per chiudere, vorrei osservare che, sebbene all'avv. De Falco appaia forse riduttivo, nonché ingiusto, il limitare a una verità processuale ciò che sembra essere la sola risultante di ogni processo, siccome a fondamento delle decisioni vanno poste le prove che il giudice deve valutare, com'è ben noto in base all'art. 116 del c.p.c., secondo il suo prudente apprezzamento. Il giudice non è uno storico, non gli si può imputare una ricostruzione storiografica esatta, è soggetto alla legge e deve rispondere sempre e solamente a questa, secondo l'art. 101 della nostra Costituzione. Dal processo può scaturire la cosa giudicata, forse non altro se si tralascia necessariamente qui l'interrogativo se il concetto di 'verità giudiziaria' sia attuale, nonostante la crisi che l'attanaglia come categoria processuale fondamentale¹⁵. Lo sapevano bene i giuristi romani, che con Ulpiano coniarono la celeberrima regola di diritto, secondo cui *Res iudicata pro veritate accipitur*¹⁶. In una lucida conclusione generale l'avv. De Falco d'altronde afferma chiaramente¹⁷: «[...] come ho potuto verificare più volte, la realtà processuale e quella storica sono assolutamente indipendenti e le possibilità di errore sono elevatissime. A queste insormontabili incertezze si sommano i contrasti interpretativi». L'obiettivo dello storico e quello del giudice non possono essere uguali: il primo mira a ricostruire cosa sia veramente successo («*wie es eigentliche gewesen*», affermava notoriamente Leopold von Ranke¹⁸), mentre dal processo deve emergere quanto le prove e gli argomenti di prova consentono al giudice di accertare.

¹² Ampia panoramica di recente in B. MONTELEONE, «Litem suam facere». *Dall'intervento del terzo alla responsabilità del iudex*, Napoli 2024.

¹³ Così in Ulp., 21 *ad edictum* D. 21.1.15.1.

¹⁴ Si v. Gai., 3 *aur.* 44.7.5.4 e D. 50.13.6 e cfr. I. 4.5 pr.

¹⁵ Su ciò, recentemente, F. ARCARIA, *Verità giudiziaria e cosa giudicata. Un binomio inscindibile?*, in *Legal Roots* 12 (2023), pp. 386ss., con bibliografia, pp. 422ss.

¹⁶ Ulp., 1 *ad leg. Iul. et Pap.* in D. 1.5.25 e D. 50.17.207.

¹⁷ V. p. 251.

¹⁸ L. VON RANKE, *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535*, Leipzig-Berlin 1824, p. V.

Discussione

Che non vi siano condizionamenti né preconcetti va garantito alle parti e a tutti noi, come cardine di uno dei fondamenti dei diritti europei che possiamo rivendicare sia nato qui da noi nell'esperienza giuridica romana.

Domenico Ciruzzi^{*****}

In occasione della presentazione di questo libro non possiamo non citare il processo Tortora. L'archivio di Radio Radicale è un bene prezioso, perché testimonierà- cosa che i media non hanno ancora evidenziato- il grandissimo contributo che diede l'Avvocatura nel corso del dibattimento di primo grado: un contributo straordinario che non è stato poi ricordato a sufficienza. Ed è, nello stesso tempo, non solo una testimonianza di peso culturale e della capacità di decrittare i mosaici di interferenza dell'Avvocatura in quegli anni, ma rappresenta anche, francamente, il peso dell'errore gravissimo che i giudici di primo grado commisero nei confronti di Tortora e di tanti altri.

Perché la spiegazione c'era: l'Avvocatura aveva, in quell'occasione, illustrato tutte le ragioni. Quando un giorno si avrà la pazienza di ascoltare le arringhe dei difensori, soprattutto quelli legati alla posizione di Tortora ed altri, si capirà che in quegli anni – stiamo parlando del 1984-85 fino all'86 – le letture degli avvenimenti erano state rappresentate con chiarezza.

Per cui quel pregiudizio accusatorio, di cui rimasero vittime i giudici di primo grado, è – credo – una cosa gravissima. Ancor più grave è che, dopo quarant'anni da quella vicenda, le scuole della magistratura italiane non abbiano ritenuto di far studiare agli uditori quel processo: non per demonizzare chi nel passato ha compiuto quel gravissimo errore, ma per evitare che possa ripetersi in futuro. Trovo gravissimo che, in quarant'anni, le scuole della magistratura italiana non abbiano mai evidenziato agli uditori i meccanismi fuorvianti di quella vicenda.

Ho citato il processo Tortora perché, ovviamente, nel libro stimolante dell'avv. Gennaro De Falco ci sono dei riferimenti precisi. Ci sono anche riferimenti al peso enorme che la potenza mass-mediatica dell'epoca riversò nell'ambito del processo Tortora. Tenete presente che la televisione entrò nelle case degli italiani più o meno nel 1960; qui siamo venti o venticinque anni dopo, non è che siamo poi così lontani.

Quella potenza mediatica accusatoria, a senso unico, fu un primo atto assolutamente fuorviante, al quale gli italiani non erano neanche preparati. La potenza invasiva dei media oggi, come ricorda Gennaro De Falco nel suo libro, è chiara – non a tutti, ma quantomeno inizia a esserlo – l'influenza tra media e indagine. Ormai è un dato quasi scontato, ma all'epoca era difficile capire cosa stesse accadendo.

***** Avvocato penalista presso il Foro di Napoli, già Vice-Presidente dell'Unione delle Camere Penali italiane.