

Paolo Ferrua

Franco Cordero e il processo accusatorio

Abstract. Today, there is an unbridgeable gap between the principles contained in Article 111 of the Constitution, which is based on the accusatory model, and the criminal trial in law, and in jurisprudence and practice. The reasons for this are complex. They include: the hostility of a large part of the judiciary towards the adversarial rule; the fear that the accusatory model is a prelude to the separation of careers; the jurisprudence that often leads to a reductionist interpretation of procedural guarantees; and artificial intelligence, some aspects of which risk depriving the judge and the parties of their irreplaceable commitment.

Parole chiave. accusatory model, adversarial rule, separation of careers, artificial intelligence.

Indice. 1. Tre grandi giuristi. – 2. Modelli di giustizia procedurale. – 3. Il concetto di ‘verità’ nel processo accusatorio. – 4. Giurisprudenza ‘creativa’. – 5. La riforma ‘Cartabia’ e l’agonia del processo accusatorio. – 6. L’improcedibilità, ovvero l’evaporazione del processo: una vicenda di agghiacciante comicità. – 7. L’avvenire del processo accusatorio. – 8. Processo penale e intelligenza artificiale.

1. Tre grandi giuristi

In Italia l’esperienza del processo accusatorio è legata a tre grandi maestri del diritto che ricordo in ordine temporale: Luigi Lucchini, Francesco Carnelutti e Franco Cordero.

Purtroppo, sia Lucchini sia Francesco Carnelutti nell’ultima parte della loro esistenza hanno ripudiato, in forme diverse, la loro stessa creatura. Lucchini, presumibilmente sotto l’influsso del regime fascista, è giunto ad affermare che il processo accusatorio avesse ormai fatto il suo tempo e a negare il carattere di ‘parte’ non solo al pubblico ministero ma anche all’imputato¹. Carnelutti in età avanzata

1 Lucchini 1927: 407 (“... per dirne una, ma fondamentale, io credo che nel processo penale non si possa, non si debba mai più parlare di parti ... non è certamente parte il giudicabile ma non può parimenti esserlo il pubblico ministero, non già per l’assurdo concetto del legislatore italiano, bensì perché la parte sua avversa, e razionalmente configurabile come tale, dovrebbe essere l’imputato; e men che meno il difensore ... Sistema accusatorio? Sistema inquisitorio? Frasi che ormai hanno fatto il loro tempo; bisogno sostituirvi qualche cosa di meno

si è spinto a tal punto nel suo misticismo religioso, nella sua concezione medicinale della pena, da rinnegare un elemento che costituisce l'essenza stessa della giurisdizione, ossia l'irrevocabilità della decisione.

Franco Cordero è invece rimasto sempre fedele al modello accusatorio che proprio grazie a Lui nel 1988 è stato finalmente recepito nel nostro ordinamento.

2. Modelli di giustizia procedurale

Tutti riconoscono che il processo accusatorio è fondato sul contraddittorio nella formazione della prova e sulla netta separazione tra la funzione del giudice e quella delle parti. Esistono però tre diversi modi di concepire il modello accusatorio, corrispondenti esattamente ai tre modelli di giustizia procedurale individuati da John Rawls: giustizia procedurale *imperfetta*, *perfetta* e *pura*.

Il primo modo, privilegiato da Cordero e, a mio avviso, dalla stessa Costituzione nell'art. 111, riconosce al modello accusatorio un fine esterno alle regole processuali. Questo fine consiste nella ricerca della verità, ovviamente circoscritta al tema dell'imputazione: scopo del processo è di condannare il colpevole e assolvere l'innocente, ossia di attuare il diritto penale sostanziale, mentre il mezzo, il metodo della ricerca è rappresentato dal contraddittorio. Ma, poiché le regole, per quanto preordinate a questo fine e scrupolosamente osservate, sono fallibili, inclusa quella del contraddittorio, è sempre possibile che sia condannato un innocente e assolto un colpevole. Dunque, il processo rappresenta un tipico esempio di giustizia procedurale *imperfetta*: esiste uno scopo esterno al processo sulla cui base si misura la giustizia del risultato, ma le regole processuali non sono in grado di assicurare il sistematico raggiungimento del fine.

Vi è, tuttavia, una consistente parte del mondo forense che nega ogni fine di verità al processo accusatorio, riservandolo al processo inquisitorio. Qui possiamo distinguere, rispetto alla precedente, una seconda e una terza prospettiva, molto simili tra loro, ma con qualche diversa sfumatura.

La seconda prospettiva è quella di chi ritiene che scopo del processo accusatorio sia semplicemente la soluzione del conflitto sorto tra le parti. In questo caso il processo penale rappresenta un tipico modello di giustizia *perfetta*. Vi è, come nella giustizia imperfetta, uno scopo esterno alle regole processuali, rappresentato qui dalla soluzione del conflitto; ma, dato che le regole sono sistematicamente in grado di garantire l'obiettivo prefissato, il risultato di giustizia che si ottiene è perfetto.

La terza prospettiva nega qualsiasi scopo esterno al processo, riducendolo alla pura e semplice osservanza delle regole processuali. In tal caso il processo costituisce un esempio di giustizia procedurale *pura*, priva di ogni finalità e del tutto simile ad un gioco sportivo, dove il risultato è giusto per il fatto stesso che si siano rispettate le regole. Vi è in Cordero una significativa frase, all'apparenza

arcaico e di meno unilaterale e convenzionale, ma nello stesso di più concreto, soprattutto di più giuridico”).

banale, che si direbbe indirizzata a quanti negano al processo un fine di accertamento della verità: “il processo (per quanto taluni lo dimentichino) serve anche alla repressione dei reati”².

Naturalmente, le regole vanno osservate scrupolosamente in tutti e tre i modelli di processo che abbiamo descritto. Tuttavia, nel primo modello alle condizioni di *giustizia interna* (l’osservanza delle regole processuali) si aggiunge una condizione di *giustizia esterna* (la condanna del colpevole e l’assoluzione dell’innocente³); nel secondo e nel terzo modello assumono di fatto rilievo le sole condizioni di *giustizia interna*, perché o il processo è privo di scopo o questo (la soluzione del conflitto) viene sempre raggiunto.

Sussiste, infine, una significativa differenza sul piano dei poteri dispositivi spettanti alle parti e, in particolare, sul terreno probatorio, a seconda che si affermi o si neghi al processo accusatorio un fine di verità. Nel primo caso, il potere delle parti di deviare dal metodo del contraddittorio, che è servente a quel fine, risulta inevitabilmente più circoscritto, relegato a casi specificamente individuati; nel secondo caso, la disciplina del processo può riconoscere alle parti, attraverso il loro accordo o consenso, una disponibilità sulla prova pressoché illimitata.

3. Il concetto di ‘verità’ nel processo accusatorio

Dire che il processo ha come scopo la ricerca della verità, ossia la condanna del colpevole e l’assoluzione dell’innocente, è in fondo un’osservazione ovvia, elementare: come dire che i coltelli servono per tagliare. Ciò che differenzia i diversi modelli di processo non è il *fine di verità*, che resta identico per ogni modello, ma il *metodo* attraverso il quale si realizza quel fine: tramite il contraddittorio, che si esplica con il conflitto tra le parti nel processo accusatorio (mezzo, non scopo del processo), attraverso l’indagine unilaterale del giudice in quello inquisitorio⁴.

Perché allora tanta diffidenza verso la ricerca della verità? Credo che derivi dai disastri che nel nome della verità si sono perpetrati in passato, specie nel processo inquisitorio. Tuttavia, il fatto che un ideale sia degenerato nella storia, come d’altronde è accaduto a tutti gli ideali, non è una buona ragione per abbandonarlo, ma semmai per adottare il metodo migliore a realizzarlo, che nella specie è il contraddittorio.

Esemplare a questo riguardo la svolta inquisitoria operata nel ‘92 dalla Corte costituzionale. Con tre sentenze che sono tra le pagine più desolanti della sua giurisprudenza (nn. 24, 254 e 255 del 1992), la Corte costituzionale, dopo avere premesso che fine ineludibile del processo è la ricerca della verità, liquidò il contraddittorio, sul presupposto che fosse nocivo per l’accertamento dei fatti.

2 Cordero 1998 [1965]: 162.

3 La circostanza che questa ulteriore condizione di giustizia non sia compiutamente verificabile nulla toglie alla sua rilevanza concettuale, giustificando il grido di protesta dell’innocente che sia stato condannato, nonostante l’osservanza delle regole processuali.

4 Di recente v. Ferrua 2023: 53-94.

L'aspetto singolare è che una parte del mondo forense, anziché confutare l'arbitraria conclusione sul contraddittorio, attaccò la premessa, negando che fine del modello accusatorio fosse la ricerca della verità; tattica suicida, perché regalava al monopolio del processo inquisitorio il prezioso bene della verità. A ben vedere i sostenitori della prospettiva, che mette al bando la ricerca della verità nel processo accusatorio, sono più simili di quanto non credano ai fautori del processo inquisitorio. Entrambi convergono sull'infelice assunto che il contraddittorio sia incompatibile con la ricerca della verità. La differenza è che gli uni, in nome della verità, negano il contraddittorio; gli altri, in nome delle garanzie, negano il valore della verità.

Come si spiega questa singolare convergenza degli opposti sull'incompatibilità tra contraddittorio e ricerca della verità storica? La spiegazione sta probabilmente nel concetto 'reificato' di verità da cui muovono tanto gli inquisitori, che la esaltano, quanto i garantisti che la bandiscono dal processo; al punto che i secondi potrebbero definirsi dei metafisici delusi, costretti ad una sorta di 'nichilismo conoscitivo' dalla loro stessa adesione ad una nozione troppo forte di verità, poco conciliabile con l'apparato delle garanzie. L'accertamento del fatto viene impropriamente considerato da entrambi alla stregua della ricerca di un oggetto materiale, che sta da qualche parte, non visibile, ma suscettibile di essere portato alla luce, come un tesoro nascosto che affiori dall'opera di scavo. Naturale che ne esca svalutato il contraddittorio e rivalutata la ricerca anche unilaterale della verità, sino a giustificare il ricorso alle misure più brutali. Si trascura il dato elementare che il fatto, appartenendo al passato, è irrimediabilmente scomparso, non è più reale; e non può quindi in alcun modo essere 'scoperto', ma soltanto 'ricostruito' sulla base delle tracce rimaste nel presente. In breve, si confonde ciò che 'fu' reale con ciò che 'è' ancora reale.

L'idea che anima questa singolare reificazione dei fatti storici, questa illusione 'referenziale', ricorda l'ingannevole e suggestiva metafora di Popper secondo cui lo *status* della verità può paragonarsi a quello di una vetta avvolta fra le nuvole, che lo scalatore aspira a raggiungere⁵. Nulla di più improprio e fuorviante se riferito alla verità storica, perché qui l'oggetto della ricerca, ossia il fatto del passato, non è 'nascosto', ma 'assente', definitivamente scomparso dalla scena del presente. La 'vetta', per restare nell'immagine di Popper, 'fu', ma oggi 'non è più'; e si può solo ipotizzarne, con maggiore o minore verosimiglianza, la fisionomia, senza alcuna possibilità di confronto con l'originale. A differenza di un oggetto che, scoperto, documenta con la sua stessa presenza il buon esito della ricerca, niente può definitivamente garantire che il fatto attribuito all'imputato corrisponda a ciò che 'è stato'.

'Ri-costruzione' e non 'scoperta' è l'espressione che scolpisce il lavoro del giudice, come dello storico⁶, nell'accertamento dei fatti, con la differenza che la meto-

5 Popper 1972: 338.

6 La geniale definizione della Storia come Resurrezione è di Jules Michelet: "Thierry vi vedeva una *narrazione* e Guizot un' *analisi*. Io l'ho definita *resurrezione* e questo nome le resterà".

dologia del primo è codificata dalla legge: si ‘scopre’ ciò che esiste, si ‘ri-costruisce’ ciò che è esistito. ‘Scoprire la verità’! L’aspetto inaccettabile, rispetto allo scopo del processo, sta nella parola ‘scoprire’, non nella parola ‘verità’. Se diciamo ‘ri-costruire la verità’, la funzione del processo è bene individuata. Il radicale ‘costruzione’ indica che l’esito della ricerca è un’elaborazione concettuale e non l’apprensione di qualcosa di esistente; ma, al tempo stesso, il prefisso ‘ri’ collega questa elaborazione ad un passato che fu ‘reale’, vincolando il discorso ad una pretesa di verità che sarebbe assurda per un racconto di finzione; se si trattasse solo di una ‘costruzione’, non avrebbe senso parlare di vero e falso. Le proposizioni relative al passato sono vere o false, perché nessuno intende proporre la tesi, logicamente sostenibile, ma priva di qualsiasi interesse⁷, per cui il passato potrebbe anche non essere esistito: e, nondimeno, sono insuscettibili di qualsiasi confronto con l’oggetto su cui vertono.

Da questo punto di vista si comprende come sia improprio contrapporre la verità ‘materiale’ del processo inquisitorio alla verità ‘formale’ del processo accusatorio, quasi che la prima fosse quella ‘reale’ e la seconda una ‘finzione’⁸. Ogni verità prodotta dal giudice è ‘formale’ in quanto non ‘trovata’ né scoperta, ma ‘elaborata’, ri-costruita attraverso una metodologia; ed è ‘formale’ persino quella dello storico, essendo anch’essa frutto di una metodologia, sebbene non codificata; al tempo stesso, l’una e l’altra aspirano alla corrispondenza con la realtà del passato, specie quella del giudice. Su tale aspirazione e sulla doppia garanzia del contraddittorio e della pubblicità si fondano l’esercizio del potere punitivo e l’accettazione sociale della pena.

4. Giurisprudenza ‘creativa’

Con la riforma costituzionale cessa l’attacco frontale al contraddittorio, ma l’avversione al modello accusatorio prende altre vie, meno appariscenti, ma proprio per questo più insidiose, al punto che rispetto a questi mezzi toni quasi preferivo il sincero furore inquisitorio delle tre sentenze costituzionali.

La nuova ostilità si manifesta con la c.d. giurisprudenza ‘creativa’ che in vario modo disarmo e neutralizza le garanzie del processo accusatorio. Definisco ‘creative’ le sentenze che superano quella che Kelsen chiamava la ‘cornice’ dei significati ragionevolmente ascrivibili ad una determinata disposizione; in sostanza, le sentenze che, fingendo di ‘interpretare’, si risolvono nell’arbitraria creazione di una nuova disposizione. Purtroppo, il legislatore, anziché intervenire con un provvedimento di interpretazione autentica per ripristinare il corretto significato dei suoi testi, asseconda l’indirizzo creativo recependolo con una legge, il cui contenuto innovativo documenta l’infedeltà della giurisprudenza. In una

7 Così la definiva Bertrand Russell; cfr. Ayer 1951-1952: 1-20.

8 In proposito v. Caprioli 2013: 608-625, il quale, pur riconoscendo che “divieti probatori estrinseci e strettoie rituali rendono la ricerca giudiziale della verità senz’altro meno agevole della ricerca storica o scientifica”, conclude che “non c’è alcun valido motivo per considerare la verità del processo penale una verità minore, formale, convenzionale ecc.”.

grottesca inversione del rapporto fisiologico tra le due sfere, il diritto vivente, lungi dall'uniformarsi al diritto vigente, se ne distacca al punto che è ormai il diritto vigente a inseguire e a recepire il diritto vivente. Credo che sarebbe opportuno rivitalizzare l'istituto dell'interpretazione autentica, istituendo presso il Parlamento un apposito organismo di vigilanza sulla giurisprudenza. Approvando uno dei rari interventi di interpretazione autentica in materia di custodia cautelare, Cordero ha giustamente osservato: sarebbe poco serio un legislatore che lasciasse manomettere i suoi testi⁹. Pare inutile redigere le leggi se non si predispongono i mezzi perché siano rispettate e, peggio ancora, se si teorizza una sfrenata libertà interpretativa da parte della giurisprudenza.

Senza dubbio, a favorire, anzi a rendere inevitabili le interpretazioni creative è la pessima tecnica legislativa che produce testi oscuri o contraddittori e talvolta indecifrabili, perché in tal caso è l'oggetto stesso dell'interpretazione a mostrarsi evanescente, inafferrabile. Ma è altrettanto vero che spesso la creatività si sviluppa anche su testi dal significato chiaro e inconfutabile; con il risultato di deprimere l'impegno del legislatore che, scoraggiato, preferisce lasciare indeterminato il senso dei suoi precetti, rinviando alla giurisprudenza la messa a punto del significato. Esito in netto contrasto con l'art. 111 comma 1 Cost. che vuole il processo regolato dalla legge.

Oggi sono in molti a deplorare la giurisprudenza 'creativa'. Ma non tutti ricordano che, ad innescare l'infernale meccanismo che ha segnato il declino della legge come testo di riferimento e del processo come esperienza regolata dalla legge, sono state le sentenze 'gemelle' della Corte costituzionale (nn. 348 e 349 del 2007); le quali hanno affermato il carattere vincolante delle 'interpretazioni' elaborate in motivazione dai giudici di Strasburgo. Riconoscere come vincolante l'interpretazione espressa in motivazione da un organo giurisdizionale equivale a convertirlo nell'abnorme figura del giudice-legislatore, che rappresenta ciò che nell'ordine fisico è un mostro: qualunque significato quest'organo attribuisca ad una disposizione, foss'anche il più lontano dal dato testuale, quel significato si sostituisce alla legge, vincolando ogni altro giudice. Il fondamentale principio di soggezione del giudice alla legge viene così doppiamente calpestato: sia per il giudice titolare dell'interpretazione vincolante, che si trova di fatto autorizzato a prescindere dalla legge, sia per gli altri giudici costretti a soggiacere non più alla legge, ma all'interpretazione espressa dal giudice-legislatore.

Non è tutto perché considerare vincolante l'interpretazione di un giudice significa abbattere la frontiera tra il carattere puramente persuasivo della motivazione, dove è contenuta l'interpretazione della legge, e il dispositivo che costituisce un comando. Trasformare un esercizio di ragione, più o meno convincente, qual è la motivazione, in un comando, come tale vincolante, è un grave abuso epistemologico che riduce lo studio del diritto da elaborazione critica a mera analisi di giurisprudenza, arbitrariamente destinata a imporsi a scapito della legge: quest'ultima deve provvedere in via generale e astratta, senza interferire nei singoli

processi; ma, all'inverso, le interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza vincolano solo nel caso oggetto della decisione.

Come Humpty Dumpty in *Alice nel Paese delle Meraviglie*, la Corte di Strasburgo può oggi affermare grazie alle sentenze gemelle: “Le parole della Convenzione europea significano quello che decido io: né più né meno”. In sostanza, è quanto ha detto un giudice della Corte europea che si è spinto ad asserire testualmente: “La Convenzione [europea] significa ciò che la Corte [europea] ritiene che la Convenzione significhi, né più né meno”¹⁰. Sarebbe inutile obiettare che la Convenzione dice ben altro, perché si replicherebbe che la Corte europea ha deciso così. L'eclissi del diritto vigente rispetto a quello giurisprudenziale e la conversione della Corte europea nella teratologica figura di un giudice-legislatore non potrebbero essere illustrate più chiaramente. Se al re si sostituisce la Corte europea, il regime del *bon plaisir*, espresso dall'antico monito ‘così vuole il re’, è ristabilito.

5. La riforma ‘Cartabia’ e l’agonia del processo accusatorio

Arriviamo così alla riforma ‘Cartabia’ che Cordero non ha avuto la possibilità di commentare. Mi assumo, quindi, la piena responsabilità della critica, che, tuttavia, svolgerò avvalendomi in gran parte delle categorie e dei concetti espressi da Cordero.

Nella logica del modello accusatorio, l'indagine preliminare dovrebbe essere fluida e poco formalizzata, dato che la vera garanzia sta nella irrilevanza probatoria delle dichiarazioni e degli accertamenti svolti in quella fase: il rapido passaggio al dibattimento è il necessario presupposto sia per un uso ristretto delle misure cautelari sia per conservare la memoria dei testimoni. C'è una legge inesorabile, troppo spesso dimenticata, su cui Franco Cordero ha scritto splendide pagine: quanto più si formalizza e si appesantisce l'indagine preliminare, tanto più si svilisce e perde autonomia il dibattimento, mentre si incrementa il ricorso alle misure cautelari.

La riforma ‘Cartabia’ prende la strada opposta e percorre le vie retrograde del ‘garantismo inquisitorio’ nella fase delle indagini preliminari; moltiplica gli adempimenti, i termini (quasi sempre puramente ordinatori), le formalità e le c.d. finestre giurisdizionali, destinate agli interventi e ai controlli del giudice. L'indagine si frammenta in una sequenza di micro-procedure, accompagnate da distinzioni spesso oziose o inafferrabili. L'asse del processo si sposta verso l'indagine preliminare, appesantendola e trasformandola in un labirinto: si incrementa così il ricorso alle misure cautelari, la prospettiva del dibattimento si allontana, la memoria dei testimoni si affievolisce e cresce il rischio di irripetibilità delle dichiarazioni già raccolte. Lungi dal depenalizzare, la riforma ‘Cartabia’ *de-processualizza*, favorisce con ogni mezzo la fuga dal dibattimento, a tutto vantaggio del rito abbreviato.

10 Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente espressa dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

La ragione di questa ipertrofia delle indagini preliminari è abbastanza trasparente. Si ottiene il duplice risultato di affossare definitivamente il processo accusatorio e, insieme ad esso, ogni prospettiva di revisione dell'ordinamento giudiziario. L'idea è di indurre a credere che i controlli del giudice e le finestre giurisdizionali possano propiziare un pubblico ministero modellato più come organo di giustizia che come organo di accusa e costituire così una valida alternativa alla separazione delle carriere, sollecitata con forza dalle Camere penali e altrettanto avversata dai magistrati. Ma è una scelta decisamente infelice: separate o no che siano le carriere, nella fase delle indagini preliminari si registrerà sempre, sia per la vicinanza al fatto di reato sia per la pressione dell'opinione pubblica, una maggiore sensibilità alle ragioni dell'accusa. La vera garanzia, come insegna Cordero, sta nel celere passaggio alla fase del dibattimento e nella barriera che deve garantirne la sua autonomia rispetto agli esiti delle indagini preliminari.

Purtroppo, ogni qualvolta si profila all'orizzonte il tema divisivo della separazione delle carriere, immediatamente la magistratura reagisce emotivamente. Se si limitasse ad esprimere il timore che la separazione possa preludere ad una riduzione delle garanzie di indipendenza del pubblico ministero o a collegamenti più o meno intensi con il potere politico, esprimerebbe una legittima preoccupazione, puramente ipotetica, ma non priva di una sua consistenza, dato che in numerosi ordinamenti la separazione delle carriere si accompagna a questi effetti¹¹.

Senonché non ci si limita a questo, ma si va oltre: da un lato, si intensifica l'attacco al processo accusatorio, colpevole di favorire quella riforma, e, dall'altro, si riesumano vecchie formule, piuttosto arrugginite, come quelle della parte-imparziale o del pubblico ministero-cultore della giurisdizione: stereotipi che contraddicono la limpida separazione di funzioni su cui regge il sistema accusatorio, alterandone gravemente i connotati. Il tutto accompagnato da catastrofiche previsioni sulla natura di despotico e implacabile accusatore che assumerebbe il pubblico ministero in un regime di separazione delle carriere.

Chi non è giudice nel processo è per logica esclusione 'parte', e tale dev'essere il pubblico ministero. Di 'imparzialità' si può (impropriamente) parlare per il pubblico ministero solo nel senso in cui l'art. 97 Cost. ne parla in rapporto alla pubblica amministrazione, ossia come rispetto della legge e del principio di uguaglianza tra le persone nei cui riguardi si esercita l'attività pubblica.

11 Si può a lungo discutere se la separazione delle funzioni abbia come corollario, sul piano ordinamentale, anche la separazione delle carriere, fortemente sostenuta dall'Unione delle Camere penali. A mio avviso, non si tratta di un'implicazione necessaria, ma, di certo, il processo accusatorio consente e, per certi versi, favorisce la separazione delle carriere, mentre quello inquisitorio o misto le si oppone. Per questa ragione sono quasi indotto, nei momenti di maggiore sconforto, ad auspicare una sorta di armistizio tra l'UCPI e l'ANM: la prima rinunci alla separazione delle carriere e la seconda accetti senza riserve la ricostituzione delle garanzie del modello accusatorio, rinunciando ad ogni attacco diretto e indiretto verso quelle garanzie. Temo che né l'una né l'altra forza accetteranno il compromesso, e lo temo soprattutto per la sua probabile conseguenza: mentre difficilmente si realizzerà la separazione delle carriere, uscirà in compenso definitivamente affossato il processo accusatorio.

Non vi è alcuna necessità di ricorrere alla mitologica figura della parte-imparziale¹² o ad altri slogan per concludere che il pubblico ministero, come rappresentante della società offesa dal reato e come organo rigorosamente soggetto alla legge, è tenuto a chiedere l'archiviazione ogniqualvolta gli elementi a sua disposizione non consentano di formulare una ragionevole previsione di condanna (art. 408 c.p.p.); allo stesso modo in cui nel dibattimento può chiedere la condanna solo quando vi sia la prova oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza (art. 533 c.p.p.). D'altronde, per la stessa polizia giudiziaria non occorre affatto postulare una sua imparzialità per concludere che ogni misura e iniziativa da essa intrapresa resta rigorosamente soggetta ai presupposti fissati dalla legge.

L'idea che un pubblico ministero, a cui si attribuisca la qualità di 'parte' in senso proprio e senza l'ossimoro della 'imparzialità', sia sistematicamente indotto ad agire contro l'accusato nasce da una terribile confusione tra *funzioni* e *azioni* nel processo. La circostanza che il pubblico ministero sia un tipico organo di accusa è del tutto compatibile con l'obbligo di chiedere, in assenza di elementi idonei alla condanna, l'archiviazione o il proscioglimento, a seconda della fase processuale. In altri termini, il livello *funzionale* (parte o giudice, accusa o difesa) va tenuto ben distinto da quello *attanziale*, ossia dalla condotta che devono tenere i protagonisti, gli attanti del processo. Lo stesso obbligo del pubblico ministero di svolgere accertamenti anche a favore dell'imputato, lungi dall'implicare la sua 'imparzialità', è una semplice proiezione della menzionata esigenza di un solido fondamento per l'esercizio dell'azione penale.

Il processo penale è un campo di forze in delicato equilibrio tra loro, dove ogni alterazione nel ruolo di un soggetto si ripercuote inesorabilmente sugli altri. L'esperienza documenta che, quando il pubblico ministero latita nella sua tipica funzione di parte, a compensare la carenza interviene il giudice, convertendosi in accusatore. Dunque, è bene che nel processo il pubblico ministero mantenga la sua veste di organo focalizzato sull'accusa.

6. L'improcedibilità, ovvero l'evaporazione del processo: una vicenda di agghiacciante comicità

Stendiamo un velo pietoso sulla c.d. 'improcedibilità' temporale: in un corrosivo articolo del 2009 su *la Repubblica* con riguardo ad un analogo disegno di legge, Franco Cordero l'aveva definita un fenomeno di 'alta stregoneria', osservando come manchino persino le parole tecniche con cui spiegarla¹³.

¹² Cordero 1966: 15-17.

¹³ Cordero 2009: "Imporre tempi massimi; due anni nel primo grado, escluse le indagini preliminari; altrettanti in appello; *idem* davanti alla Cassazione, e il processo svanisce appena superi una delle tre soglie. Alta stregoneria. Che io sappia [...] non era mai avvenuto; infatti, mancano le parole tecniche con cui dirlo: chiamiamola sopravvenuta improcedibilità, non risultando una sentenza tempestiva; ad esempio, il termine scade dopo la condanna confermata in appello; accusa, prove, due condanne, sprofonda tutto nella curva dell'oblio, come i sogni

L'impatto dell'istituto, operante in sede di impugnazione, è a dir poco dirompente. Non appena siano decorsi certi termini, fissati per l'appello e per il ricorso in cassazione, il giudice deve emanare una sentenza di improcedibilità per effetto della quale il processo evapora e svanisce nel nulla, incluse le eventuali condanne e il risarcimento del danno: poco importa che l'imputato sia colpevole o innocente, l'improcedibilità prevale su ogni altra formula di merito. Pur restando in vita l'ipotetico reato, l'azione penale, validamente promossa, rimane senza risposta in palese contrasto con l'art. 112 Cost. 'Punibile, ma non processabile' è la sorprendente cifra in cui si risolve l'improcedibilità.

Ma l'aspetto più stupefacente sta nei motivi per cui si è determinata questa improvvista scelta.

La riforma Bonafede aveva soppresso, dopo il primo grado di giudizio, la prescrizione sostanziale come causa estintiva del reato. I pentastellati, decisi a difendere quella riforma, si opponevano con fermezza al ritorno della prescrizione sostanziale in sede di impugnazione. Fu allora che qualcuno ebbe la luminosa idea di propiziare il loro consenso tramite un derisorio gioco linguistico, volto a ristabilire un istituto nella sostanza del tutto analogo alla 'prescrizione', ma tale da non contenere la parola sulla quale i pentastellati avevano ormai istituito una sorta di biblico divieto di nomina. La prescrizione sostanziale, estinguendo il reato, non si prestava ad assumere un nome diverso da quello di 'prescrizione'. La prescrizione processuale, invece, sì. Essendo volta a troncarsi direttamente il processo, senza l'anello intermedio della estinzione del reato, poteva senza troppe forzature essere chiamata 'improcedibilità', mediante uno slittamento metonimico dalla causa verso l'effetto.

La prova riuscì e al Consiglio dei ministri, convocato l'8 luglio 2021, i pentastellati, sedotti dalla nuova denominazione, votarono gli emendamenti alla riforma Bonafede, cadendo nell'illusione referenziale; o meglio, fingendo di cadere, perché verosimilmente, nell'intimo hanno compreso che in realtà veniva loro offerto un rimedio, forse più minaccioso ancora, per le sorti del processo, rispetto alla prescrizione sostanziale, come causa estintiva del reato. Importante, ad evitare di essere umiliati, restava come consolazione la caduta di ogni riferimento testuale all'odiata parola 'prescrizione', bandita dal loro vocabolario.

L'esito è di agghiacciante comicità: per la prima volta nella storia del processo un istituto viene accolto non per il contenuto che veicola, ma per il nome che lo designa, gradito ad una forza politica¹⁴ Imperdonabile è che non si sia esitato a scegliere un istituto, come l'improcedibilità, mille volte più nefasto per l'integrità del processo rispetto alla prescrizione sostanziale, solo per la sua disponibilità ad essere chiamato con un nome diverso dalla 'prescrizione'.

dissipati dall'alba. delle parti. Fenomeno inaudito [...] e ripugna al sistema: l'obbligo del pubblico ministero (art. 112 Cost.) implica azioni irretrattabili; le ruote del processo girano da sole fino alla decisione sul reato. Finché esista l'art.112 Cost. i processi non svaniranno d'incanto ai rintocchi della mezzanotte: quel pubblico ministero ha agito perché doveva; l'effetto è irreversibile; tribunale o corte competenti giudicheranno, assolvendo o condannando, salvo che un'amnistia o il tempo criminofofago inghiottano l'ipotetico reato". V. anche Ferrua 2023: 607 e ss.

14 In proposito v. Ferrua 2021: parr. 1-11, focus del 27 agosto.

Scriverà eloquentemente su *la Repubblica* del 6 luglio 2021 Liana Milella:

“Via quella parola – ‘prescrizione’ – protagonista dell’ormai biennale diatriba sulla giustizia. Dalle stanze della ministra della Giustizia Marta Cartabia è uscito il nuovo vocabolo che dominerà il dibattito tra i partiti sulla riforma penale. La parola è “improcedibilità”. Si chiamerà così il meccanismo giuridico destinato a sostituire il “fine processo mai” dell’ex guardasigilli Alfonso Bonafede con la prescrizione bloccata in primo grado”.

Grande soddisfazione, per opposti motivi, da parte delle eterogenee forze di maggioranza. I pentastellati, esultanti per avere scongiurato il temuto ritorno alla prescrizione sostanziale, già soppressa dal disegno di legge Bonafede e pronti a gridare ai quattro venti che la prescrizione non c’è più; gli altri partiti, decisi a rivendicare il merito di avere finalmente attuato il principio costituzionale della ragionevole durata.

Avvilente vicenda che vede la politica scendere al suo più basso livello, dove il ridicolo e il grottesco lottano con eguali forze, riducendo il processo a teatro delle ragioni di Stato. Mai la cinica ricerca del consenso, anche a costo dell’inganno, fu così teorizzata, glorificata e praticata. Dovendo distribuire le responsabilità, penso che, alla lunga, quella maggiore, più che ai ministri pentastellati, poco sensibili alle regole costituzionali e processuali, risalga a chi li ha immediatamente assecondati, senza neppure tentare un’opera di persuasione.

7. L’avvenire del processo accusatorio

La sorte del processo accusatorio in Europa è stata decisamente ingrata. Introdotto in Francia con la Rivoluzione nel 1791 fu progressivamente modificato sino a convertirsi, con il codice napoleonico del 1808, nel c.d. processo misto, una forma particolarmente ipocrita di processo inquisitorio. Altrettanto infelice la sorte in Italia: entra in vigore sotto lo sguardo omicida di numerosi magistrati, è demolito dalla Corte costituzionale nel ‘92, risuscita con la riforma costituzionale del giusto processo, ma per le ragioni appena richiamate è nuovamente agonizzante dopo la riforma Cartabia.

Resta da chiedersi quali siano i motivi di questa sfortuna del processo accusatorio. Credo che le ragioni siano due, una giuridica, l’altra ideologica.

La ragione giuridica, messa bene in luce da Cordero, dipende dal fatto che, a differenza del processo inquisitorio, il modello accusatorio è un meccanismo delicato. Il processo inquisitorio è come una porta sbarrata dall’esterno. Se ne esce solo attraverso un’azione di rottura, ossia attraverso una riforma complessiva, un nuovo codice di procedura penale. Il processo accusatorio può invece facilmente degenerare. Bastano pochi ritocchi per spostare l’asse del processo verso l’indagine preliminare o per accentuarne il peso sul dibattimento, come per l’appunto è avvenuto con la riforma Cartabia, e il processo accusatorio si converte in un processo di tipo misto.

La seconda ragione è ideologica. Quello che non si perdona al processo accusatorio, ma al tempo stesso costituisce il suo eterno titolo di gloria, è di amministrare

la giustizia alla luce del giorno, di rendere visibile ogni passo che determina la condanna o l'assoluzione; è questo che lo rende insopportabile agli occhi di quanti amano la giustizia resa nell'occulto o in trattative riservate. Può sembrare un paradosso a fronte degli attacchi di cui è stato oggetto.

Il processo accusatorio vuole l'aria e la luce, altrimenti muore. Appare grave, ma non stupisce che la riforma 'Cartabia' abbia eliminato la regola della pubblicità per l'appello, ormai destinato a svolgersi in camera di consiglio e senza la partecipazione delle parti, nonostante costituisca un tipico giudizio di merito, analogo a quello di primo grado. Il fatto che le parti possano chiedere l'udienza partecipata o il giudice possa disporla d'ufficio non elimina il *vulnus* alla pubblicità che trascende l'interesse dei protagonisti del processo, coinvolgendo quello di ogni cittadino. È di moda oggi deplorare la giustizia mediatica, resa nei salotti televisivi o radiofonici; ma, se si nega la pubblicità nelle aule di giustizia, non ci si deve meravigliare se a surrogarla provvederanno le manipolazioni dei *mass-media*.

8. Processo penale e intelligenza artificiale.

Un ultimo rilievo. Può darsi che, con il progredire di quella potenza planetaria che è l'intelligenza artificiale, anche il processo accusatorio sia destinato un giorno a cedere il passo alla giustizia amministrata dai computer. Richard Rorty ha osservato che lo stupore sollevato un tempo dalla domanda 'Vi fareste giudicare da una giuria di sole donne, è simile a quello che oggi suscita la domanda 'Vi fareste giudicare da un computer?'. Senza dubbio, è possibile che questo accada, e allora magistrati ed avvocati saranno sostituiti od affiancati da scienziati in camice bianco; ma dubito che quello fondato sul giudizio dei computer sia un processo più giusto e democratico: sicuramente andrebbero persi sia il contraddittorio sia la pubblicità. È già difficile controinterrogare un testimone, ma figurarsi a controinterrogare un computer! Espulso il pubblico dalle aule giudiziarie (come potrebbe il cittadino decifrare i passi di un verdetto emesso dall'intelligenza artificiale?), si assisterebbe, in via compensativa, al trionfo della giustizia mediatica amministrata nei *talk show* radiofonici e televisivi.

La realtà è che l'intelligenza artificiale può svolgere una utile funzione come ausilio a singole operazioni altamente tecniche, allo stesso modo in cui ci si avvale di una calcolatrice per complesse operazioni matematiche. Ma dove fosse destinata sostituirsi all'intelligenza umana rischierebbe di assopirla e di sterilizzarla, così come il computer ci ha disabituato all'uso della penna e alla scrittura manuale. Al tempo stesso, residuano settori dove l'intelligenza artificiale difficilmente può sopperire a quella umana.

Si pensi alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio nella quale l'aggettivo 'ragionevole', con la sua preziosa ambiguità, modera e tempera la pretesa di verità connessa all'impossibile esclusione di ogni dubbio, astrattamente ipotizzabile. I nostri computer sono e resteranno troppo intelligenti o troppo stupidi per dare un senso a quell'aggettivo che esprime un tipico giudizio di bilanciamento tra gli opposti. Per renderli idonei a formulare una decisione occorrerebbe accordarsi su

una percentuale numerica relativa alla probabilità di colpevolezza. Ma sappiamo bene che l'espressione 'ragionevole' nasce proprio dall'impossibilità di fissare un preciso margine di errore, da ritenere tollerabile per la pronuncia di una condanna (quand'anche si riuscisse a individuarlo, l'imputato si chiederebbe: 'perché proprio io devo subire quell'errore?')¹⁵.

In questo scenario piuttosto inquietante, voglio concludere con una nota di ottimismo, tratta da uno scritto dell'illustre antropologo Tim Ingold:

“In futuro, le persone dimenticheranno come cantare, allo stesso modo in cui hanno dimenticato come scrivere a mano. C'è, tuttavia, speranza, in quanto la rivoluzione digitale ha di certo i giorni contati. Quasi sicuramente si autodistruggerà, probabilmente già entro questo secolo. In un mondo che fronteggia l'emergenza climatica, è manifestamente insostenibile. Non solo perché dai supercomputer dipende il consumo di colossali quantitativi di energia, ma anche perché l'estrazione di metalli pesanti tossici da utilizzare nei dispositivi digitali sta fomentando conflitti genocidi in tutto il mondo e verosimilmente renderà molti ecosistemi inabitabili per sempre. Una piccola invenzione potrebbe salvarci la vita, e forse anche il pianeta. Consisterebbe in niente più che un tubicino da tenere in mano, montato su un'asta e riempito di un liquido nero o colorato, estratto da materia vegetale”.

Il prezioso oggetto su cui riposano le nostre speranze ha un nome illustre, oggi *fuori moda*: la Penna.

Bibliografia

- Ayer A.J., 1951-1952, “Statements about the Past”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Oxford: Oxford University Press, vol. 52.
- Caprioli F. 2013, “Verità e giustificazione”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, vol. 2.
- Cordero F. 1966, *Ideologie del processo penale*, Milano: Giuffrè.
- Cordero F. 1998 [1965], “Linee di un processo accusatorio”, in *Ideologie del processo penale*, Roma: Edizione integrata da *appendice*, Università degli studi di Roma “La Sapienza”.
- Cordero F. 2009, *I mostri del processo breve*, in *la Repubblica*, Roma.
- Cordero F. 2012, *Procedura penale*, IX ed., Milano: Giuffrè.
- Ferrua P. 2021, “La singolare vicenda della improcedibilità”, in *Il Penalista*, Milano: Giuffrè.
- Ferrua P. 2023, “Il nodo della prescrizione: fantasmagoria dell'improcedibilità”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè.
- Ferrua P. 2023, “Tre temi corderiani: modelli di giustizia procedurale, prove critico-indiziarie, regole di giudizio”, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, (a cura di) E. Catalano e P. Ferrua, Torino: Giappichelli.
- Lucchini L., 1927, “L'avvenire del processo penale”, in *Rivista penale*, Torino: Utet.
- Popper K. 2009 [1963], *Congetture e confutazioni*, Bologna: Il Mulino.

15 Ricordo uno strano dibattito in cui si tentò invano di individuare per la condanna un'accettabile probabilità di colpevolezza che oscillava tra il 97% e il 98%; l'aspetto sconcertante fu quando qualcuno propose, per i reati più inquietanti, di abbassare la soglia al 95%.