

LUCIA CORSO

Assegnista di ricerca nell'Università di Palermo

GIUSTIZIA SENZA TOGA. GIURIA, DEMOCRAZIA E SENSO COMUNE

SOMMARIO: 1. Giustizia e gente comune. – 2. Breve storia della giuria – 3. Giuria e democrazia. – 3.1. Processo e partecipazione politica. La giuria vista da Tocqueville. – 3.2. Giuria e legittimazione delle sentenze. – 3.3. Giuria e garanzia di libertà. – 3.4. Giudizio dei pari e giuria trasversale. – 4. Giurati indulgenti. – 5. Senso comune e giudizio. – 6. Conclusioni.

1. *Giustizia e gente comune*

L'idea di un giudizio – e di un giudizio penale in particolare – rimesso alla gente comune evoca in prima battuta una piazza urlante che incita ad acciuffare l'untore o l'euforia del pubblico di fronte alla ghigliottina. Anche nel mondo incivilito che sente ribrezzo per le scene cruente di impiccagioni o fucilazioni pubbliche, la giustizia della gente comune continua ad evocare le immagini delle *masse aizzate* efficacemente descritteci da Elias Canetti in *Massa e Potere* dove la partecipazione dei cittadini alle esecuzioni avviene attraverso i giornali: circostanza questa che aggrava la situazione in quanto i giornali sollevano i lettori dalla responsabilità del giudizio pur mantenendo intatto il morboso entusiasmo per la condanna¹.

Parimenti insidiosa appare una giustizia che seppure non somministrata dalla gente comune è tuttavia prona alle pressioni dell'opinione pubblica. Attuali sembrano le parole pronunciate più di quindici anni fa dal giudice della Corte Suprema americana Antonin Scalia che si diceva profondamente turbato dalla “pressione politica diretta alla Corte” e che constatava che “è molto triste che così tanti nostri concittadini ... ritengano che noi giudici dobbiamo prendere adeguatamente in considerazione i loro punti di vista, come se noi non fossimo impegnati ad accertare la legge oggettiva, ma piuttosto a perse-

¹ E. CANETTI, *Massa e Potere*, Adelphi, Milano, 2006, p. 62. Sul piacere di condannare, cfr. anche *Ibidem*, p. 358 che CANETTI spiega così: “Dove ha origine tale piacere? Si spinge via da sé qualcosa, si relega qualcuno in un gruppo di inferiori, e cioè presuppone che il sentenziante appartenga a un gruppo di migliori. Ci si eleva svilendo gli altri”.

guire una qualche forma di consenso sociale”².

Parziali rimedi al rischio che la giustizia persegua una qualche forma di consenso sociale piuttosto che risolvere la controversia applicando la norma rilevante con imparzialità e freddezza sono i principi di sottoposizione del giudice alla legge, di indipendenza ed autonomia della magistratura, di imparzialità del giudicante, dell’obbligo di motivazione: tutti rimedi volti, fra le altre cose, a smorzare la passione che accompagna ogni giudizio³ e dunque la possibile faziosità del giudice nonché a creare una cesura fra la sentenza e la comunità offesa.

A questi principi se ne aggiunge comunemente un altro: quello dell’accesso alla magistratura tramite concorso (art. 106 Cost.). Il criterio della competenza nella selezione dei magistrati si ispira alla considerazione di buon senso secondo cui per applicare la legge la si deve conoscere. Tuttavia la progressiva burocratizzazione della giustizia⁴ ha portato con sé implicazioni morali ben più ampie, già intuite da Max Weber un secolo fa, e che ci inducono a riporre audacissime speranze nei tribunali – specie in quelli più distanti possibile dai fatti interessati, quali i tribunali internazionali – e nello stesso tempo a nutrire sempre maggiori sospetti nei confronti della gente comune.

Ma fino a che punto è possibile quell’operazione che la Corte Costituzionale italiana ha definito di *spersonalizzazione* del giudicante?⁵ O non è forse vero, come peraltro riconosce la Corte Europea dei diritti dell’uomo, che i tribunali “non possono funzionare nel vuoto”⁶ o, come ormai in modo generico si riconosce nelle teorie dell’interpretazione giuridica, che il giudizio difficilmente prescinde dalle *precomprensioni* della persona fisica che giudica e comunque dal clima socio culturale in cui il tribunale si trova ad operare?⁷ Una

² *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), *dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 1000.

³ ARISTOTELE, *La politica*, Bari, Laterza, 1967, p. 71.

⁴ R. ROMANELLI, *Magistratura e potere nella storia europea*, in R. ROMANELLI (a cura di) *Magistrati e Potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 7-22.

⁵ Corte Costituzionale 13-20 maggio 1996, sentenza n. 155; cfr. anche Corte Cost., sentenza n. 335/2002, 8-12 luglio 2002.

⁶ CEDU, sentenza 5 dicembre 2002, ricorso n. 34896/97.

⁷ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. 128, 159; cfr. di nuovo la sentenza CEDU 5 dicembre 2002 nel passo in cui si afferma: “D'altra parte, si è d'accordo in generale nel pensare che i tribunali non possono funzionare nel vuoto: benché essi abbiano come unica competenza quella di pronunciarsi sulla colpevolezza o l'innocenza in merito ad un'accusa in materia penale, non risulta affatto che precedentemente o contemporaneamente, le questioni di cui vengono a conoscenza non possano

volta preso atto di questa semplice verità, e cioè che il giudizio non è sospeso nel vuoto ma va calato nel contesto in cui la controversia è sorta, diventa lecito chiedersi se possa esistere un sistema per avvicinare la sentenza alla comunità interessata senza per questo incorrere nel rischio del giudizio di una piazza irresponsabile. E se non possa risultare utile l'osservazione di Tocqueville secondo cui la vera virtù dei giudici è passiva, passiva anche di fronte ai cittadini in carne e ossa⁸.

Il diritto comparato ci offre un chiaro esempio di un istituto giuridico che consente di ancorare la sentenza al giudizio di cittadini comuni, pur nel rispetto delle regole procedurali e delle garanzie delle parti. Nel processo celebrato di fronte ad una giuria, uomini e donne comuni, non esperti di diritto, appartenenti a classi sociali, etnie, religioni variegata sono investiti di una delle scelte più drammatiche che l'appartenenza ad una comunità politica possa richiedere, e cioè quella di decidere della vita, della libertà o del patrimonio di altri concittadini, con un giudizio di colpevolezza o innocenza dell'imputato o di attribuzione di responsabilità di una delle parti⁹.

Dalla prospettiva di un sistema giuridico come il nostro, che si affida alla competenza di chi giudica (art. 106 cost.) e all'indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 104, comma 1, cost.), la fiducia nella capacità dei cittadini comuni di emettere verdetti equi appare un atteggiamento naif. Le intestazioni delle sentenze delle corti italiane che recitano che esse sono state pronunciate *in nome del popolo* sembrano formule di stile, così come quasi priva di significato appare, oggi, la previsione costituzionale contenuta all'art. 101, comma 1, che stabilisce che la giustizia è amministrata in nome del popolo¹⁰. È noto che i costituenti hanno demandato al parlamento la decisione su

dar luogo a discussione, o sulle riviste specializzate, o sulla grande stampa o presso il pubblico in generale (vedere, mutatis mutandis, Sunday Times (n°1) c. Regno Unito, sentenza del 26 aprile 1979, serie A n° 30, p. 40, § 65, e Papon c. Francia (dec.), n° 54210/00, 19 novembre 2001, non pubblicata). A condizione di non superare i limiti fissati ai fini di una buona amministrazione della giustizia, i resoconti dei procedimenti giudiziari, ivi compresi i commenti, contribuiscono a farli conoscere e sono quindi compatibili con l'esigenza di pubblicità dell'udienza enunciata dall'articolo 6 § 1 della Convenzione. Alla funzione dei media che consiste nel comunicare tali informazioni ed idee, si aggiunge il diritto del pubblico di riceverle".

⁸ A. de TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, Torino, UTET, 1991, pp. 123-124.

⁹ Per una più diffusa trattazione del tema, sia consentito far rinvio al mio, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹⁰ Faccio rinvio al mio, *Potere giudiziario e sovranità popolare. Dalla giustizia amministrata in nome del popolo alla giustizia amministrata dal popolo: sei modelli a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.

un'eventuale partecipazione diretta del popolo alla giustizia, che dunque non ha un rango costituzionale¹¹. È parimenti noto è che il ruolo dei giudici popolari nelle corti d'assise e d'assise d'appello è, nei fatti, piuttosto limitato rispetto a quello dei togati dei medesimi collegi¹².

Lo scetticismo nei confronti della partecipazione dei laici al processo, che a mio avviso riflette un più generico scetticismo nei confronti della capacità morale dei cittadini comuni, sembra condiviso anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo che in una sentenza del 2002, proprio con riferimento all'Italia, si lasciò sfuggire che il rischio di faziosità del giudicante per effetto della possibile suggestione degli organi di stampa sembra scongiurato quando “gli organi giudiziari che hanno trattato la causa” sono “interamente composti da giudici professionali”, i quali, a dire della Corte, “contrariamente ai membri di un giurì, ... godono di un'esperienza e di una formazione che permettono loro di fugare qualsiasi suggestione esterna al processo”¹³.

Curiosamente dall'altra parte dell'oceano, la Corte Suprema americana assume una posizione esattamente opposta in quanto vede nella giuria il principale baluardo dell'individuo contro un'accusa intenzionalmente persecutoria e contro un giudice troppo zelante o eccentrico o prono al volere dell'esecutivo ovvero influenzato dall'opinione pubblica¹⁴. Sicché la prospettiva è ribaltata: è il laico, il non esperto, l'individuo che giudica una volta o poco più nella vita che dà garanzie di giustizia; è il senso comune che aiuta a sconfiggere pregiudizi e umori e a temperare la rigidità della legge.

Per comprendere le affermazioni, dal nostro punto di vista sorprendenti, della Corte Suprema americana occorre ripercorrere sia pur brevemente la genesi storica del processo con giuria, per poi guardare al rapporto fra giuria e principio democratico e al giudizio di senso comune di cittadini che non sanno nulla di diritto. Questi gli argomenti che saranno oggetto delle pagine seguenti.

¹¹ Sul dibattito alla costituente sulla formulazione dell'art. 102, cfr. <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/102/index.htm?art102-016.htm&2>

¹² G. CONSO, *Séance d'Ouverture / Opening Session* in «Revue internationale de droit pénal», Vol. 72, 2001, pp. 15-18.

¹³ CEDU, sentenza 5 dicembre 2002.

¹⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

2. Breve storia della giuria

L'etimologia del termine "giuria" (*jury* in inglese) si spiega con l'originaria funzione dell'istituto. I giurati sono all'inizio degli individui chiamati a partecipare nei processi e ai quali è chiesto di pronunciarsi in modo veritiero (e cioè di giurare, da qui il termine) su alcuni fatti posti alla base del giudizio¹⁵. Sicché in origine il ruolo dei giurati è molto più simile a quello dei testimoni che a quello dei giudici.

La giuria fu introdotta in Inghilterra al tempo della conquista normanna¹⁶. Alla fine del regno di Enrico III, i giurati erano dodici cavalieri selezionati nell'ambito del distretto in cui era sorta la controversia da quattro cavalieri a loro volta scelti dallo sceriffo. Il meccanismo di selezione era finalizzato a prevenire scelte parziali effettuate direttamente dallo sceriffo. I giurati dovevano essere liberi e senza precedenti penali, imparziali e disinteressati¹⁷: né nemici, né amici dei contendenti. Tuttavia dai giurati non ci si aspettava assoluta ignoranza sui fatti della causa. Al contrario l'istituto della giuria, riflesso dell'idea di rimettere il giudizio alla comunità, presupponeva una conoscenza delle questioni su cui si sarebbe dovuto discutere nel corso del processo, nonché la conoscenza da parte dei giurati delle parti¹⁸.

Per scongiurare il rischio di parzialità o arbitrarietà, alle parti era attribuito

¹⁵ *Jury*, ad vocem, in *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn. 1990

¹⁶ *Jury* ad vocem, in *Encyclopaedia Britannica*, vol. 13, p. 205, Chicago, 1963.

¹⁷ Il criterio di selezione era guidato dalle seguenti massime: "*per quos rei veritas melius sciatur*"; "*qui melius sciant et velint veritatem dicere*"; cfr. F.W. MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, The Lawbook Exchange, Ltd, 2001, p. 621. Una prima ricostruzione completa del sistema inglese della giuria ci è fornita da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1765-1769), London 1787, il quale si ispira alle opere di E.Coke e di M. Hale. Blackstone rintraccia le origini delle giuria nella Magna Charta e comunque nella consolidata tradizione di common law sia nei processi penali che civili. Lo *sheriff* forma una lista di 48-72 nomi di possibili giurati, scelti fra i possedenti con un patrimonio che renda almeno 20 sterline l'anno. Per ogni singola causa vengono poi estratti a sorte un numero di cittadini non superiore a dodici. Blackstone illustra anche le cause di ricasazione dei potenziali giurati, nonché enumera i casi in cui la ricasazione può essere richiesta senza spiegazione (*peremptory challenge*). Il *Grand Jury* decide sull'ammissibilità dell'accusa (*true bill*) perché possa essere investita della questione la *petty jury*. Blackstone sottolinea il carattere orale del dibattimento inglese e la rilevanza della prova testimoniale, ascoltata *viva voce*. I giurati decidono sull'innocenza e sulla colpevolezza dell'imputato applicando il principio di diritto che è stato indicato loro dal giudice. Il giudice, infatti, sovrintende allo svolgimento del processo ed in casi più complessi può rimettere ai giurati solo una prima valutazione dei fatti, riservandosi di emettere il verdetto (*special verdict*). Ivi, III, pp. 360-377.

¹⁸ MAITLAND, *History of English Law*, cit. p. 622

il diritto di recusare qualche giurato con una pratica che è ancora presente in tutti gli stati americani (le cosiddette *challenges*).

Il passaggio dalla giuria testimone alla giuria giudice dei fatti è segnato dall'affermazione di due principi, quello dell'unanimità del verdetto¹⁹ e quello secondo cui il giudizio deve fondarsi solo sui fatti che sono stati provati nel corso del processo²⁰. La giuria alla fine del sedicesimo secolo non ha più poteri istruttori extra-processuali²¹: sulla base delle indicazioni fornite dal giudice che sovrintende il processo e formula il principio di diritto da applicare, i giurati emettono un giudizio sui fatti di causa.

Sebbene nella tradizione di *common law* la giuria sia il giudice dei fatti, a partire dal 1600 cominciò a fiorire una letteratura sul potere della giuria di pronunciarsi sul diritto²². Dal processo a Lilburne nel 1649 per tradimento ai processi per eresia contro i Quaccheri inglesi, molti furono gli scritti sul potere della giuria di disapplicare la legge, specie la legge che comprimeva la libertà di coscienza. Questa posizione fu ripresa nel corso della Restaurazione dai sostenitori della resistenza e della disobbedienza civile²³, specialmente di fronte all'accusa di diffamazione sediziosa (*sedition libel*)²⁴. La diffamazione sediziosa era un reato di *common law* che consisteva nel divieto di divulgazione per iscritto di fatti relativi ad organi di governo o ad individui che coprivano cariche pubbliche capaci di portare discredito su costoro. Sicché il reato era di fatto una censura. Nel 1670, nel processo intentato contro William Penn e William Mead, imputati di assembramento sedizioso, i giurati, discostandosi dalle istruzioni del giudice, ritornarono con un verdetto di non colpevolezza, di fatto "disapplicando" una consolidata regola di *common law*²⁵

¹⁹ Il principio si affermò verso la fine del quattordicesimo secolo, cfr. MAITLAND, p. 626.

²⁰ T.A. GREEN, *The English Criminal Jury Trial and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA-SCHIOPPA (a cura di), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1987, p. 44.

²¹ *Ibidem*, pp. 44-45.

²² C. HILL, *Puritanism and Revolution: Studies in Interpretation of the English Revolution of the Seventeenth Century*, London, Oxford University Press, 1965, pp. 75-82; Q. SKINNER, *History and Ideology in the English Revolution*, in «Historical Journal», 8, 1965, p. 791-806; D. VEALL, *The Popular Movement of Law Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1970, pp. 99, 103, 156-59; cfr. anche T.A. GREEN, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Trial Jury, 1200-1800*; University of Chicago Press, Chicago & London, 1985, pp. 318-355.

²³ T. A. GREEN, *Verdict According to Conscience 1200-1800*; cit., p. 318 ss.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. ABRAMSON, *We the jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 71.

ed inaugurando la lunga storia di quella che verrà poi definita “l’annullamento della legge da parte della giuria” e cioè la *jury nullification*.

Nell’America coloniale, l’istituto della giuria aveva principalmente un carattere politico: sia perché assottigliava il potere dei giudici nominati dalla corona inglese; sia perché consentiva ai cittadini di partecipare attivamente ad una funzione di governo (vera e propria ossessione dei primi coloni).

L’ottimismo che pervase gli insediamenti nel New England del 1600 spiega la fiducia dei coloni nel buon giudizio dei giurati. I giurati venivano, almeno in origine, selezionati in prevalenza fra i membri di una congregazione ecclesiastica, sicché l’affiliazione religiosa era garanzia di moralità e di coscienziosità dei giurati²⁶. La partecipazione nei processi civili e penali offriva ai coloni del Massachusetts l’opportunità di mettere in pratica i precetti politico-religiosi cui i fondatori si ispiravano: principi che imponevano a ogni membro della comunità politica non solo una partecipazione attiva alla vita pubblica ma anche di rimanere vigili sulla condotta degli altri concittadini.

Il diritto ad un processo con giuria era pressoché riconosciuto in quasi tutte le colonie e arrivò indenne alla rivoluzione; ed anzi è possibile che l’eco suscitata da alcuni processi in cui i giurati locali disapplicavano in modo clamoroso le leggi inglesi abbia consolidato i sentimenti autonomisti delle colonie e affrettato il processo di indipendenza²⁷.

John Adams ci spiega che la giuria introduce nel “potere esecutivo [...]”

²⁶ Sul rapporto fra affiliazione religiosa e partecipazione politica nel New England del 1600 faccio rinvio al mio, *Spirito di Religione e Spirito di Libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 91 ss.

²⁷ Emblematico il processo a John Peter Zenger del 1735. Zenger, editorialista del *Weekly Journal* di New York, era stato accusato di diffamazione sediziosa per aver scritto che il governatore regio dello stato di New York aveva revocato l’incarico al presidente della Corte Suprema di New York perché costui gli aveva dato torto in una causa civile. In effetti la legge prevedeva una pena per chi avesse criticato chiunque ricoprisse una carica pubblica per iscritto. Al processo nessuno mise in discussione il fatto che il governatore avesse agito per ritorsione ma, come affermò il giudice nelle sue istruzioni ai giurati, la verità e fondatezza della critica non erano cause scriminanti, ed il reato era stato provato. La difesa dell’avvocato Hamilton girava tutta intorno ad un punto: i giurati devono guardare con i propri occhi, sentire con le proprie orecchie, e far uso della propria coscienza e capacità di giudizio per emettere un verdetto sulla vita, la libertà e la proprietà di loro compatrioti. Se la legge che sono chiamati ad applicare secondo le istruzioni dei giudici ripugna alle loro coscienze, una sola è la possibilità che si offre a un giurato coscienzioso: disapplicarla. Ed in effetti, Zenger fu assolto. Cfr. J. Alexander, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, p. 93.

una forma di potere popolare” così che “nessun uomo può essere condannato a rispondere con la vita, la libertà, la proprietà o la reputazione senza il contributo della voce del popolo”²⁸.

Durante il dibattito all’Assemblea Costituente di Filadelfia diventa chiaro che l’istituto della giuria non è soltanto una modalità di realizzare una democrazia partecipativa e, nel linguaggio dei fondatori, un governo libero; ma che la giuria è altresì garanzia di libertà: difesa dei cittadini dalla tirannia dei magistrati²⁹.

Non è un caso che il diritto alla giuria nei processi penali sia uno dei pochi diritti inseriti nel testo originario della Costituzione Americana (art. 3, sez. 2, comma 3). Il *Bill of Rights* si è limitato a confermarlo e ad ampliarne la portata (VI e VII emendamenti).

Anche la Francia illuminista plaude all’idea del processo con giuria. Montesquieu, di norma ricordato soltanto per l’affermazione secondo cui il giudice è la bocca della legge, in realtà aveva ben presente che il potere giudiziario poteva essere egualmente se non più pericoloso degli altri poteri. Proprio con l’intento di far sì che il “potere giudiziario, così terribile fra gli uomini, [...] diven[ga] per così dire, invisibile e nullo”³⁰, Montesquieu suggerisce tre rimedi mutuati dalla esperienza inglese. Il primo è quello della temporaneità della carica di giudice, il quale non deve appartenere ad un ordine professionale ma deve essere scelto fra il popolo³¹. Il secondo è quello che il giudizio deve essere reso dai “pari” dell’imputato, da uomini laici della sua stessa classe sociale: “perché l’accusato non possa sospettare di essere caduto nelle mani di persone inclini ad usargli violenza”³². Il terzo è che “nei casi d’accusa più grave, l’imputato deve aver la possibilità di scegliersi dei giudici o per lo meno di rifiutarne un numero così elevato che quelli che rimangono possano esser considerati come di sua scelta”³³.

Cesare Beccaria nei *Dei delitti e delle Pene*, tradotto in Francia nella seconda metà del settecento, riprende l’argomento: l’idea di affidare la giustizia pe-

²⁸ C.F. ADAMS (a cura di), *The Works of John Adams*, Boston 1850-1856, III, p. 481.

²⁹ HAMILTON, *Federalist n. 83*, su: <http://www.constitution.org/fed/federa83.htm>.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Charles de Secondat barone di MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, Parte I, Libro XI, Cap. VI, trad. it. (a cura di Sergio Cotta), Torino, UTET, 1996, p. 278.

³² *Ibidem*, Libro XI, Cap. VI, p. 279. Ad influire sul pensiero di Montesquieu sul punto non è stata solo l’esperienza dell’Inghilterra, ma anche la conoscenza delle istituzioni medioevali francesi, cfr. PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit. p. 16.

³³ *Ibidem*, p. 279.

nale ai laici risponde ad almeno due esigenze. Innanzitutto la giuria garantisce la moralità dell'organo giudicante, in quanto "è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione"³⁴. In secondo luogo l'idea di affidare il giudizio a dei pari – per metà pari all'accusato e per metà pari al reo – previene i rischi di parzialità e mette a "tacere quei sentimenti che ispira la disuguaglianza"³⁵. Infine, il buon senso promette buoni risultati: "se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessario chiarezza e precisione: per giudicare del risultato medesimo, non vi si richiede che un semplice buon senso, men fallace che il sapere di un giudice assuefatto a trovare rei, e che tutto riduce ad un sistema fittizio imprestato dai suoi studi"³⁶.

Sembra risentire dell'eco suscitata dagli scritti di Beccaria l'appassionata presa di posizione di Voltaire, che nel 1771 affermava che mai una giuria inglese si sarebbe macchiata delle atrocità commesse dai giudici togati francesi i quali "non hanno che l'orgoglio e l'ambizione nella testa, [...] e mancano di senso di giustizia e di umanità nel cuore"³⁷. E proprio con riferimento alla giuria, nel 1786 Gaetano Filangieri poteva scrivere che il "sistema inglese era il solo in Europa in cui l'innocente non trema quando è chiamato in giudizio"³⁸.

Nei dibattiti all'Assemblea Costituente francese si enfatizza l'aspetto democratico dell'istituto della giuria, mentre rimane sullo sfondo l'idea che la partecipazione dei laici alla giustizia possa aumentare le garanzie dell'accusato. La legge istitutiva della giuria penale emanata il 16 settembre 1791 legava alla natura democratica del giudizio dei giurati l'inappellabilità delle sentenze.

L'esportazione della giuria nel mondo è frutto della politica espansionistica britannica, che portò la giuria in Asia, Africa, e nel continente americano, e delle conquiste napoleoniche che hanno esportato la giuria nel continente europeo (in Belgio, in molti degli stati tedeschi, nei territori austro-ungarici, in Russia, in Italia, in Spagna, in Svizzera, Olanda e Lussemburgo).

Soppressa nei regimi totalitari e autoritari del novecento (dal nazismo allo

³⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XIV (VII dell'ed. vulgata) (ed. Francioni), Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, I, Milano, MedioBanca, 1984, pp. 59 ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ VOLTAIRE, *Complete Works*, Banbury Oxfordshire, 1975, D 17230, vol. 121, pp. 425, cit. da PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit., p. 24.

³⁸ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, libro III, parte I, 16, Milano, G. Galeazzi, 1784, p. 46; cit. in PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit., p. 41.

stalinismo, dal fascismo, al franchismo), la giuria non è più tornata in auge in Europa. Oggi il sistema prevalente, in Francia, Germania, Italia, attribuisce ai giudici popolari (i giurati) una funzione marginale: essendo chiamati a giudicare all'interno di un collegio misto – composto cioè anche di giudici togati – e solo per processi riguardanti certi tipi di reati, comunemente i reati più gravi e quelli contro lo stato.

In Italia la giuria classica, già attuata dal primo codice italiano unitario, quello del 1865, e poi trasfusa con poche varianti nel codice di procedura penale del 1913, fu soppressa dal fascismo, per ritornare in vita solo sulla carta ad opera del decreto legislativo luogotenenziale del 31 maggio 1946 (il cosiddetto decreto Togliatti) che deliberò il ripristino della giuria (sebbene la mancata emanazione del previsto regolamento attuativo aveva poi bloccato l'operazione di recupero). La reintroduzione della giuria nell'ordinamento italiano fu argomento di vivace dibattito all'Assemblea Costituente. Lo schieramento delle sinistre (composto fra gli altri dagli onn. Terracini, Molè, Togliatti, Targetti alle cui considerazioni si associarono La Pira e Mortati) si battè per un riconoscimento di rango costituzionale all'istituto della giuria. Tuttavia la proposta di Togliatti, "Ogni cittadino ha diritto, nel caso di reati politici o di altri reati gravi preveduti dalla legge, a che una giuria popolare di cittadini partecipi al giudizio nelle forme previste dalla legge" non passò.

La formulazione definitiva dell'art. 102, comma 3, Cost. ("La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo alla amministrazione della giustizia") fu il risultato di un compromesso che, se da un lato vedeva la vittoria dello schieramento sfavorevole al ripristino della giuria, dall'altro conferiva una portata precettiva all'intervento diretto del popolo nell'esercizio della funzione giurisdizionale³⁹.

Parziali eccezioni al progressivo declino dell'istituto sono, fra gli altri, la Spagna, in cui la giuria è stata introdotta con una legge del 1995, e la Russia, dove l'istituto, soppresso durante il regime sovietico, è stato reintrodotta in alcuni progetti pilota nel 1993 e ha immediatamente suscitato perplessità e polemiche sia per i costi elevati che per l'aumento esponenziale del numero delle assoluzioni rispetto al passato.

³⁹ E. AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione* e ID., *Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella Costituzione italiana*, in E. AMODIO (a cura di), *I giudici senza toga*, Milano, Giuffrè, 1979, pp.1-101; A. AVANZINI, *Corte d'Assise (ordinamento italiano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, UTET, 1989, pp. 178-190; D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2004, pp. 104 ss.

La progressiva erosione delle prerogative della giuria tocca oggi anche l'Inghilterra: circostanza questa dovuta non soltanto alla più severa politica criminale attuata per combattere il terrorismo ma anche ai costi che l'istituto comporta⁴⁰.

Il lento declino del processo a giuria in Europa (pur con le eccezioni di Spagna e Russia) è stato accompagnato nel corso del novecento dalla crescente diffidenza nei confronti delle capacità morali dei cittadini comuni cui al contrario si è opposta una sempre maggiore fiducia nel *ruolo* istituzionale e nella scienza (emblematica mi pare al riguardo la proliferazione di esperti che affiancano il giudice nel processo). Da qui la problematica relazione fra giudizio imparziale e principio democratico. Eppure la recente riabilitazione (seppure tiepida) del senso comune⁴¹ impone di guardare alla giuria come a qualcosa di più che un semplice oggetto di antiquariato.

3. *Giuria e democrazia*

La Corte Suprema americana ha riempito centinaia di pagine sul rapporto fra processo a giuria e principio democratico sostenendo ad esempio che il processo con giuria è espressione dell'impalcatura democratica disegnata dalla costituzione degli Stati Uniti⁴² e che pertanto la giuria va selezionata con criteri non discriminatori in modo che il gruppo di cittadini convocati per il servizio rifletta per composizione la comunità da cui sono chiamati⁴³; ovvero che il processo con giuria realizza l'ideale della giustizia pubblica⁴⁴.

Ma che significa che il processo deve funzionare con le regole proprie della democrazia? Che significa il principio secondo cui le sentenze emesse dai tribunali ordinari debbano essere dotate di legittimazione democratica⁴⁵?

La prima questione che si pone è se abbia senso parlare di principio democratico all'interno di un'attività che in qualche modo si ispira ad un modello

⁴⁰ Legal Action Group (LAG), Final Briefing on ICCPR reperibile all'indirizzo: www.lag.org.uk/shared_asp_files/.

⁴¹ R. BOUDON, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008, pp. 351-381.

⁴² *Smith v. Texas*, 311 U.S. 128, 130, 1940.

⁴³ Fra le altre, *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217, 220, 1945; *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528, 1975; *Powers v. Ohio*, 499 US 410, 1991.

⁴⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 1968.

⁴⁵ La questione è diversa da quella dei limiti della cd. *judicial review* e cioè del sindacato di costituzionalità e dunque dei rapporti fra corti costituzionali e parlamenti.

scientifico. Se ciò che conta è la ricostruzione accurata di fatti e la corretta applicazione di norme di diritto il criterio di legittimazione può essere di tipo razionale o legale ma non rappresentativo e consensuale. Seguendo questa linea di pensiero, sarebbe dunque irrilevante l'aspetto rappresentativo della persona che giudica, così come sarebbe irrilevante se provenga dal popolo, se sia selezionato con sistemi non discriminatori ovvero se sia stato reclutato per nomina politica o tramite concorso pubblico. Secondo questo modello il giudizio è corretto secondo standard legali o razionali che nulla hanno a che vedere con la *volontà* né di chi giudica, né di chi il giudice rappresenta (*veritas non auctoritas facit iudicium*)⁴⁶.

Questo modello di giudizio è tuttavia smentito dai fatti. Che il giudice disponga di un qualche margine discrezionale nell'esercizio della sua funzione decisoria è un luogo comune generalmente ritenuto come vero e ampiamente discusso nella letteratura in materia di interpretazione del diritto⁴⁷. Molti sono gli atti di *scelta* che il giudice compie per giungere alla decisione, non solo nell'attività di individuazione ed interpretazione delle norme da applicare, ma anche negli altri momenti fondamentali della decisione, quali ad esempio la ricostruzione dei fatti contestati o la valutazione delle prove⁴⁸.

Soltanto ammettendo che *almeno alcune* delle valutazioni compiute dall'organo giudicante non siano totalmente vincolate ha senso discutere della rappresentatività del giudice o del giudizio, e ha senso chiedersi se l'affidamento del giudizio di fatto ai giurati anziché al giudice abbia qualche giustificazione.

La seconda questione è di tipo normativo. Ammessa anche la possibilità che le decisioni giudiziarie siano almeno in parte libere, ammessa anche un'ampia discrezionalità in chi giudica, è giusto o opportuno chiamare in cau-

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 2000, p. 553.

⁴⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 1-38; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 18-19; R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto Giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20 ss.; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche: la problematica attuale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1999, p. 15 ss.; F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. 101 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2001, p. 11; B. CELANO, *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 99-114.

⁴⁸ TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, cit. p. 13.

sa la volontà popolare per colmare le lacune di legge o le incertezze nella ricostruzione dei fatti? È giusto rimettere la decisione di un caso controverso o di una parte di esso a gente che non sa nulla di legge? Non sarebbe più corretto trovare un criterio di legittimazione delle pronunce che si fondi su ragioni relative al risultato (*outcome related reasons*), quale, ad esempio, la competenza di chi giudica (art. 106 Cost.), piuttosto che su ragioni relative alla procedura (*process related reasons*), quale ad esempio la circostanza che la pronuncia è stata emessa da un uomo del popolo estratto a sorte⁴⁹?

La Corte Suprema americana prospetta almeno quattro modalità di intendere il rapporto fra principio democratico e processo a giuria.

3.1. *Processo e partecipazione politica. La giuria vista da Tocqueville*

Il primo argomento è quello di Tocqueville che sottolinea i pregi dell'istituto indipendentemente dalla circostanza che il processo a giuria si concluda con una sentenza più corretta o giusta di quella che sarebbe stata emessa da un collegio togato: “il giurì, e soprattutto il giurì civile, serve a dare alla mente di tutti i cittadini una parte delle abitudini del giudice; e queste abitudini sono precisamente quelle che preparano meglio l'uomo ad essere libero. Esso diffonde in tutte le classi il rispetto per la cosa giudicata e l'idea del diritto. Togliete queste due cose, e l'amore per l'indipendenza non sarà altro che passione distruttiva. Esso insegna agli uomini la pratica dell'equità. Ciascuno, giudicando il suo vicino, pensa che potrà essere giudicato a sua volta. Ciò è vero soprattutto del giurì in materia civile; non c'è quasi nessuno che tema di essere un giorno l'oggetto di un procedimento penale ma tutti possono essere parti in un processo civile. Il giurì insegna ad ogni uomo a non sfuggire alle responsabilità dei propri atti; disposizione virile senza la quale non c'è virtù politica”⁵⁰.

A centocinquanta anni di distanza da queste considerazioni, il giudice Kennedy della Corte Suprema ribadisce che “la partecipazione ad una giuria è espressione di cittadinanza responsabile da parte di tutti i membri di una comunità, ivi inclusi coloro che altrimenti non avrebbero potuto avere l'oppor-

⁴⁹ Per una distinzione fra ragioni relative alla procedura, *process related* e ragioni relative al risultato, *outcome related*, cfr. J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406, p. 1372; per una diversa prospettiva cfr. J. RAZ, *Disagreement in Politics*, in *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998, pp. 45-46.

⁵⁰ TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit. p. 324.

tunità di contribuire alla vita pubblica”⁵¹. È la giuria che offre all’uomo comune la possibilità di partecipare all’amministrazione della giustizia⁵² e che diffonde nei cittadini il rispetto per la legge⁵³.

La giuria è dunque palestra di democrazia; e la partecipazione alla giuria è, secondo questo primo argomento, un diritto civile e politico più che uno strumento di efficienza ed equità giudiziaria. Questa posizione ricorda le parole di alcuni membri dell’Assemblea Costituente italiana che proponevano di inserire il diritto alla giuria nella sezione relativa ai diritti fondamentali e non in quella relativa all’ordinamento giudiziario⁵⁴.

Proprio perché la partecipazione alla giuria è innanzitutto un diritto politico – prima ancora che uno strumento di equità processuale – la selezione dei giurati non può essere discriminatoria. La sistematica esclusione di certe categorie sociali, definite su base razziale, religiosa, sessuale, culturale, economica, viola il principio di eguaglianza a prescindere dalla circostanza che l’imputato sia stato danneggiato dalla discriminazione. Ad esempio, la Corte Suprema ha affermato che “qualunque sia la sua razza, un imputato in un processo penale, ha interesse ad impugnare il sistema utilizzato per selezionare o la giuria d’accusa o la giuria processuale, sulla base del fatto che esso escluda arbitrariamente membri di una certa razza e di conseguenza viola la clausola del giusto processo”⁵⁵. Sicché anche un imputato bianco ha diritto ad impugnare la sentenza di condanna pronunciata da una giuria composta da soli bianchi e adducendo la sotto rappresentazione di neri, perché il principio secondo cui la composizione della giuria deve essere variegata e trasversale è posto non solo e non tanto nell’interesse delle parti ma della comunità intera⁵⁶. Allo stesso modo un uomo può impugnare una giuria selezionata con un sistema che discrimina contro le donne⁵⁷.

⁵¹ *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

⁵² *Idem*; cfr. anche *Duncan v. Louisiana*, 391, U.S. 145, 147-158 (1968). In *Balzac v. Porto Rico*, 1922.

⁵³ *Green v. United States*, 356 U.S. 165, 215 (1958) (Black, J., dissenting).

⁵⁴ Ad esempio Togliatti e Moro, <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/102/index.htm?art102-016.htm&2>.

⁵⁵ *Peters v. Kiff*, 407 U.S. 493, 1972.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528 (1975): “La partecipazione della comunità all’amministrazione della giustizia penale non solo è in linea alla nostra eredità democratica ma è altresì necessaria per la fiducia del pubblico nell’equità della giustizia penale. Un limite all’accesso alla funzione di giurato a vantaggio di alcuni gruppi specifici o l’esclusione di segmenti riconoscibili

Le implicazioni politiche di queste considerazioni non sono di poco conto. Nell'impalcatura democratica americana, ci dice la Corte Suprema, la giuria inietta una forma di democrazia diretta che rinvigorisce le istituzioni rappresentative elette. Il divieto di escludere nella fase di selezione quei gruppi che di fatto sono vittime di discriminazione (le minoranze, le donne, gli omosessuali, gli ebrei) implica il riconoscimento che la giuria deve essere composta in modo da compensare e riequilibrare un vizio di rappresentatività di cui anche gli organi politici possono essere affetti. La composizione della giuria è affatto diversa dalla composizione del congresso, quanto a provenienza economica, religiosa, etnica, sessuale. Questo stato di cose ricorda un po' l'affermazione di John Stuart Mill il quale proponeva di bilanciare un eventuale squilibrio a favore delle élite investendo delle questioni politiche coloro la cui scarpa fa male al piede⁵⁸: e non solo perché i meno fortunati potessero in questo modo avere l'occasione di esprimere il proprio dissenso ma per dare all'intera società l'opportunità di guardare alle cose da un'altra prospettiva.

3.2. *Giuria e legittimazione delle sentenze*

Il secondo argomento estende alle sentenze il modello di legittimazione comunemente utilizzato per le istituzioni rappresentative. Esso recita che una decisione è legittima nella misura in cui colui che è obbligato a seguirla, nonostante dissenta nel contenuto, possa comunque dire a se stesso: "ho partecipato o ho avuto il diritto di partecipare a prendere quella decisione"⁵⁹. L'obbligatorietà delle sentenze discende dalla circostanza che esse sono pronunciate da un gruppo di cittadini selezionati con modalità non discriminatorie fra tutta la popolazione di una certa contea: dal fatto, cioè, che la giuria è il riflesso della comunità cui anche le parti processuali (su cui grava l'obbligo della sentenza) appartengono. Naturalmente quanto più la giuria riflette per composizione (razziale, sessuale, religiosa, economica) la popolazione da cui è estratta, tanto più la sentenza sarà legittima. In questa luce si spiega l'insistenza della

che svolgono ruoli importanti nella comunità, non sono in linea con il concetto costituzionale del processo a giuria".

⁵⁸ L'argomento della "scarpa che fa male al piede" è stato chiaramente esposto da D. THOMSON, *John Stuart Mill and Representative Government*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1976, pp. 20 ss.; cfr. anche S. HOLMES, *Passioni e Vincoli*, trad. it., Torino, Ed. Comunità, 1995, p. 276.

⁵⁹ Secondo Jeremy Waldron questo è l'esempio classico di ragione relativa alla procedura (*process related reason*), cfr. WALDRON, *The core case against judicial review*, cit. p. 1386-87.

giurisprudenza nell'affermare che giurie che non rappresentano adeguatamente la società, perché, ad esempio, sistematicamente i neri o le donne sono sottorappresentati⁶⁰, non possono che emettere verdetti illegittimi.

Questo argomento disturba la radicata convinzione che la legittimazione del giudizio risiede non nella rappresentatività dei suoi autori ma nella correttezza della decisione (ad esempio per la conformità alla legge generale). Eppure già Tocqueville ci spiegava che la giuria diffonde il rispetto per la cosa giudicata in quanto si accompagna alla percezione che il giudizio è stato emesso da cittadini comuni.

Vi è dunque una dimensione psicologica nella definizione dell'autorità legittima: sicché un imputato nero farà più fatica ad accettare un verdetto di condanna pronunciato da una giuria di soli bianchi⁶¹.

Che, del resto, non si possa prescindere da una qualche dimensione psicologica anche per quel che concerne la legittimità delle sentenze dell'autorità giudiziaria, sembra affermarlo anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, ove afferma che non è sufficiente che il giudice sia imparziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma è altresì necessario che esso sia *percepito* come imparziale (*be seen as impartial*)⁶² dalle parti e dal pubblico in genere.

3.3. Giuria e garanzia di libertà

Nel Federalist n. 83 Hamilton asserisce di apprezzare il processo a giuria non tanto per l'aspetto democratico (*palladium of free government*) quanto piuttosto per le garanzie di libertà che l'istituto offre: costituendo una "barriera contro la tirannia dei magistrati"⁶³.

⁶⁰ Cfr. *Smith v. Texas*, 311 U.S. (1940); *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217, 220, (1945); *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528 (1975); *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

⁶¹ H. FUKURAI & R. KROOTH, *Race in the Jury Box. Affirmative Action in Jury Selection*, State University of New York Press, Albany, 2003, p. 1; P.C. ELLSWORTH & S.R. SOMMERS, *White Juror Bias: An Investigation of Prejudice Against Black Defendants in the American Courtroom, in Psychology, Public Policy, and Law*, 7, 2001, pp. 201-229.

⁶² La giurisprudenza sul punto è copiosa, cfr. ad esempio, Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982; *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984; *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998; *Aydın v Turkey*, 25 September 1997; *Chahal v. Turkey*, 15 November 1996. Cfr. L. WILDHABER, *Judicial Impartiality under the European Convention of Human Rights*, su: <http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.12-2001/wildhaber-eng.htm>.

⁶³ A. HAMILTON, *Federalist* n. 83 su: <http://www.constitution.org/fed/federa83.htm>.

In linea a questa tradizione vanno lette le parole di Jefferson il quale, memore dell'avvertimento dell'amico Madison secondo cui il potere giudiziario non è un potere nullo ma un potere terribile, si lasciava sfuggire: "se dovessi essere costretto a scegliere se lasciare il popolo fuori dal potere legislativo o da quello giudiziario, direi sarebbe meglio tenerlo fuori da quello legislativo. L'esecuzione delle leggi è più importante che il farle"⁶⁴.

Muovendo dalla medesima preoccupazione, quella cioè di prevenire la tirannia dei magistrati, Montesquieu proponeva di affidare almeno una parte del giudizio a cittadini comuni che appartenessero alla stessa classe sociale dell'imputato: per scongiurare il rischio che l'imputato cadesse nelle mani di persone "inclinati ad usargli violenza"⁶⁵.

Nella sentenza *Duncan v. Louisiana*, il giudice White sottolinea il rapporto fra processo a giuria e garanzie per l'imputato utilizzando l'argomento classico che sta alla base del principio della separazione dei poteri: "Le norme sul processo a giuria nelle Costituzioni statali e federale riflettono una fondamentale scelta [dei costituenti] relativa all'esercizio dei poteri (*official power*) – e cioè la riluttanza ad affidare pieni poteri sulla vita e la libertà del cittadino ad un giudice o a un gruppo di giudici. La paura di un potere che non sia controbilanciato, che è tipica del nostro governo federale nonché dei governi statali per altri aspetti, si è tradotta nel diritto penale in questa insistenza sulla partecipazione della comunità nella determinazione del verdetto di condanna o di innocenza"⁶⁶.

Sicché la ripartizione del giudizio fra giurati (ricostruzione dei fatti) e giudice (individuazione del principio di diritto) costituisce una modalità di *controbilanciare* il potere della magistratura togata e dunque una garanzia contro un'applicazione della legge arbitraria e oppressiva. Una modalità che si sovrappone e si affianca a quella del principio di indipendenza della magistratura, principio che dunque non viene ritenuto una sufficiente garanzia nei confronti di una giurisdizione tirannica.

Ma la Corte Suprema si spinge oltre, formulando l'ipotesi che i giurati siano capaci di giudizi più corretti di quelli del giudice togato, in quanto, sebbene meno istruiti, sono tuttavia più simpatetici (*sympathetic*) nei confronti delle parti o della questione. In altri termini, i giurati sono capaci di calarsi meglio

⁶⁴ Letter of Thomas Jefferson to Abbé Arnoux, July 19, 1789, in *The Papers of Thomas Jefferson* (J.P. Boyd eds), Princeton, Princeton University Press, 1958, vol 15, pp. 282-283.

⁶⁵ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., p. 279.

⁶⁶ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

nella situazione che il processo intende ricostruire. Emblematico al riguardo il seguente passo:

“Coloro che hanno scritto le nostre costituzioni avevano appreso sia dalla storia che dall’esperienza quanto fosse necessario proteggere i cittadini da accuse infondate promosse solo per eliminare i nemici e da giudici troppo sensibili alle voci dei propri superiori. Gli estensori delle costituzioni si batterono per creare un potere giudiziario indipendente, ma insistettero perché si adottassero misure ulteriori contro azioni arbitrarie. Riconoscere all’accusato il diritto ad essere processato da una giuria di suoi pari (*peers*) ha significato attribuirgli una *salvaguardia da una pubblica accusa corrotta o eccessivamente zelante e da un giudice compiacente, prevenuto o eccentrico* [corsivo aggiunto]. Quallora l’imputato preferisse il giudizio di senso comune della giuria alla reazione di un singolo giudice più istruito ma forse meno empatico (*sympathetic*), avrebbe tutto il diritto di richiederlo”⁶⁷.

Secondo questo modo di vedere la legittimazione delle sentenze dei giurati si fonda su un argomento non legato alla procedura ma al risultato (*outcome related*)⁶⁸: cosicché il principio democratico della partecipazione del popolo alla giustizia non sembra antitetico al principio di imparzialità e correttezza del giudizio.

3.4. *Giudizio dei pari e giuria trasversale*

Dopo il verdetto di condanna, Stendhal fa pronunciare al suo Julien Sorel un’invettiva contro una giustizia umana insensibile e prevenuta: “Signori, non ho l’onore di appartenere alla vostra classe; voi vedete in me un contadino che si è ribellato contro la miseria del suo destino [...]. Ho meritato la morte, signori giurati. Ma quand’anche fossi meno colpevole, vedrei degli uomini che, senza essere trattenuti da quel che la mia giovinezza può meritare di pietà, vorranno punire in me e scoraggiare quella classe di giovani che, nati in una condizione inferiore e oppressi in qualche modo dalla povertà, hanno avuto la fortuna di procurarsi una buona educazione e l’audacia di mescolarsi a quella che l’orgoglio dei ricchi chiama società. Ecco il mio delitto, signori, ed esso sarà punito con tanta più severità, in quanto non sono affatto giudicato dai miei pari: non scorgo sui banchi dei giurati qualche contadino arricchito, ma

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. *supra* nota 49.

soltanto borghesi indignati”⁶⁹.

L'idea che debba esserci una certa affinità fra chi giudica e chi è giudicato ha una lunga storia. Non soltanto perché, come diceva Montesquieu, il giudizio dei pari è meno fazioso e prevenuto del giudizio di chi appartiene ad un'altra classe di individui⁷⁰, ma anche perché, per dirla con il giudice Byron White, è più empatico e dunque più giusto.

Per comprendere questo argomento occorre richiamare le parole che Rousseau mette in bocca al pedagogo dell'Emilio che spiega che vedere non significa sapere perché solo la capacità di “immaginare” vividamente le sofferenze delle parti coinvolte (o gli interessi in gioco) consente di formulare un giudizio. Simili considerazioni esprime Adam Smith quando dice che lo spettatore imparziale – e cioè colui che emette giudizi equi – deve stare alla giusta distanza, né troppo vicino alle parti, ma neanche troppo lontano: “se la passione è troppo acuta o troppo debole, lo spettatore non può prendervi parte. La pena e il risentimento per sventure e offese private possono facilmente, ad esempio, essere troppo acuti, e nella maggior parte degli uomini è così. Allo stesso modo, sebbene sia più raro, possono essere troppo deboli. Chiamiamo l'eccesso debolezza e collera, e il difetto stupidità, insensibilità, mancanza di vigore. Non possiamo prendere parte a nessuna di queste passioni ma restiamo confusi nel vederle”⁷¹.

Il principio secondo cui l'uomo “del luogo” comprende meglio i fatti e dunque li giudica meglio di quanto non faccia un giudice venuto da lontano è stato accolto anche dalla costituzione italiana⁷², sotto la formulazione del principio del *giudice naturale precostituito per legge* (art. 25, comma 1)⁷³, anche se la sua portata è stata ridimensionata dalla nostra giurisprudenza ordinaria e costituzionale: si è persa, infatti, la connessione col principio democratico se non altro perché la naturalità, oggi, è pacificamente riferita solo all'or-

⁶⁹ STENDHAL, *Il Rosso e il Nero*, trad. it., Milano, Garzanti, 1990, pp. 532-33.

⁷⁰ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., p. 279.

⁷¹ A. SMITH, *Teoria dei Sentimenti Morali*, Milano, BUR, 1995, p. 111.

⁷² CONSO, *Séance d'Ouverture/ Opening Session*, in *Revue internationale de droit pénal*, cit., p. 17.

⁷³ Sul principio del giudice naturale, la letteratura è molto ampia; cfr. ad esempio, F. CORDERO, *Connessione e giudice naturale*, in *La testimonianza nel processo penale* (Atti del Convegno di studio «Enrico di Nicola» - Problemi attuali di diritto e procedura penale, Foggia, 13-15 ottobre 1972), Milano, Giuffrè, 1976, p. 53 ss; R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, *Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981; ID., *Giudice naturale*, in *Nss. D. I., Appendice*, III, Torino, 1982, pp. 966-976.

gano e non alle persone fisiche che lo ricoprono⁷⁴.

Nella giurisprudenza americana sul processo a giuria l'idea del giudizio dei "pari" continua ad avere qualche riconoscimento, sebbene ci si sia discostati dal significato originario. Se un secolo fa la Corte Suprema poteva affermare che l'esclusione di certi gruppi dalla giuria rendeva illegittimo il giudizio solo qualora l'imputato appartenesse ad uno dei gruppi discriminati (l'imputato nero di fronte ad una condanna di una giuria bianca; l'imputata donna di fronte ad una giuria di soli uomini), già dagli anni '70 del novecento l'orientamento è cambiato. Una giuria che non rifletta adeguatamente la comunità cui dà voce è illegittima indipendentemente dal fatto che l'imputato appartenga o meno al gruppo escluso. Un uomo, dunque, può impugnare una condanna pronunciata solo da uomini (per effetto di una selezione che ha discriminato sistematicamente contro le donne), così come un bianco può impugnare una condanna emessa da una giuria di soli bianchi.

L'appassionata difesa della Corte Suprema di una giuria variegata e composita e che rappresenti trasversalmente⁷⁵ la popolazione rispolvera l'argomento caro ai sostenitori della giustizia dei "pari", dei *peers*. Se è vero che il giudizio va raggiunto solo sulla base delle "prove e degli argomenti esposti dalle parti in giudizio, al di fuori di qualsiasi influenza esterna, sia essa consistita in una conversazione privata o in un pubblico scritto"⁷⁶, così come è vero che "se si accettasse l'idea che l'appartenenza razziale di un giurato possa influenzare il modo di costui di ricostruire il caso allora significherebbe dare rilevanza allo "stereotipo che la legge condanna"⁷⁷, altrettanto convincente è l'osservazione di Sandra O'Connor: "Non dobbiamo ingannare noi stessi che la profonda fiducia nell'idea secondo cui la razza non rileva alcunché abbia trionfato sulla

⁷⁴ La Corte costituzionale italiana, ad esempio, è stata piuttosto tiepida nel riconoscere alla *naturalità* un valore autonomo e ha ritenuto che la formula dell'art. 25, comma 1, del giudice naturale precostituito non sia che un'endiadi sicché *naturalità* è in ultima istanza sinonimo di precostituzione. Tale posizione è sempre stata ribadita e tenuta ferma dalla Corte: v., da ultimo, C. cost. 30 dicembre 1994, n. 460, in *Giur. cost.*, 1994, 3967; non così però la dottrina, cfr. A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1 ss. Secondo la giurisprudenza ordinaria italiana, il principio si applica solo all'organo e non alle persone fisiche che lo ricoprono: in tal senso è la giurisprudenza assolutamente consolidata della Cassazione: v. Cass. 22 aprile 1992, n. 4838, in *Foro it.*, 1993, I, 899. Analogamente v. pure Comm. trib. centr. 14 gennaio 1993, n. 186, in *Comm. centr.*, 1995, I, 64.

⁷⁵ Il cosiddetto *cross-sectional ideal*.

⁷⁶ *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717, 722 (1961); vedi anche *Patterson v. Colorado*, 205, U.S. 454, 462, (1907).

⁷⁷ *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

dolorosa realtà sociale che attesta che, in certi casi, essa nei fatti rileva”⁷⁸.

La storia della giustizia penale americana, specie degli stati del sud, conferma la semplice verità espressa dalle parole del giudice O’Connor. E la storia del sistema giuridico statunitense insegna altresì che l’istituto della giuria ha offerto un contributo, seppure non sempre costante, al tentativo di porre rimedio a “quella dolorosa verità sociale” che l’appartenenza razziale “nei fatti rileva” anche in spregio a un principio di eguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge e all’ideale di una giustizia *colorblind*⁷⁹.

Il contributo di un giurato nero consiste innanzitutto nel contrastare i pregiudizi degli altri giurati nei confronti dei membri della propria razza, sia quando i neri sono imputati che quando sono vittime di violenza dei bianchi. Già nel 1865 il deputato repubblicano William Kelly, per esprimere tutto il suo sconcerto per il razzismo di certi stati del sud, patrocinava proprio l’ingresso dei neri nella giuria e a questo fine cita l’accorato appello pronunciato da una testata giornalistica di New Orleans dopo l’ennesima assoluzione di un bianco che aveva ucciso un ragazzino nero: “Perché non abbiamo rappresentanti nella giuria? Perché le nostre vite, l’onore, i nostri diritti devono essere rimessi nelle mani di uomini che giudicano senza prescindere da radicati pregiudizi? C’è giustizia per noi nelle loro mani?”⁸⁰.

In effetti, l’ingresso dei neri nelle giurie degli stati del sud ha via via posto rimedio al clima di assoluta impunità in cui la violenza dei bianchi nei confronti dei neri operava fino agli anni ’60 del novecento⁸¹.

Ma le giurie miste possono altresì tutelare i neri quando essi sono imputati di un delitto: magari contribuendo a ricostruire i fatti con una prospettiva più ampia, anche qualora il giudizio non sia esplicitamente pervaso da odio razziale. I neri, ad esempio, sanno che non fermarsi allo stop della polizia non significa necessariamente nascondere qualcosa⁸²; sicché l’intervento di un giurato nero può servire a spostare il confine del “dubbio ragionevole” necessario per la condanna.

⁷⁸ *Brown v. North Carolina*, 479 US 940, 941 (1986).

⁷⁹ N. GOTANDA, *La nostra costituzione è cieca rispetto al colore: una critica*, in K. THOMAS, GF. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, Diabasis, 2005, pp. 27-69.

⁸⁰ Cong. Globe, 38th Cong. Seconda seduta, 289 (1865). Discorso del deputato Kelly il quale cita *Is there Justice for the Black?*, New Orleans Trib. Dicembre, 1864.

⁸¹ R. KENNEDY, *Race, Crime, and the Law*, Atlanta, Vintage USA Books, 1997, pp. 29-75.

⁸² V.P. HANS & N. VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1986, pp. 131-148.

Allo stesso modo le donne possono avere qualcosa da aggiungere alla ricostruzione dei fatti: qualcosa che magari agli uomini sfugge. Emblematica rimane la posizione espressa alla metà dell'ottocento dall'attivista Elisabeth Cady Stanton di fronte al parlamento di New York: "Deve la madre disperata che, per salvare se stessa ed il bambino da sofferenze e disgrazie, ha posto termine ad una vita appena cominciata, essere trascinata in tribunale di fronte ad un giudice uomo e a una giuria di uomini per rispondere del proprio crimine? Come possono costoro giudicare l'agonia di un animo che ha prodotto un tale stravolgimento dell'istinto materno? Devono essere le leggi fatte dalla logica degli uomini a definire la violenza esercitata sulla natura morale ed affettiva che predomina, come si dice, nella donna?"⁸³

A quasi un secolo di distanza il giudice Douglas riprende quegli antichi argomenti: "isolare l'aula di giustizia da uno dei due sessi può in casi specifici non fare una grossa differenza. E tuttavia un certo sapore (*flavor*), una qualità distinta si perde se uno dei due sessi rimane escluso. Tale esclusione rende la giuria ancor meno rappresentativa della comunità di quanto sia se un gruppo socio-economico o razziale venga escluso"⁸⁴.

Il giudice non spiega in dettaglio in cosa questo *flavor* consista e tuttavia suggerisce che le donne sono creature "più spirituali" e hanno dunque una sensibilità maggiore per certi fatti: ad esempio per comprendere se l'attività di raccolta di fondi in nome di Gesù ad opera dell'imputata configuri o meno gli estremi della truffa⁸⁵.

Nel corso del novecento le corti americane sono state chiamate a pronunciarsi sulla legittimità di giurie composte solo da impiegati pubblici⁸⁶ o selezionate in modo discriminatorio nei confronti di candidati omosessuali⁸⁷, obesi, giovani, e così via⁸⁸. Pur nelle oscillazioni giurisprudenziali è rimasta ferma

⁸³ G. RITTER, *Jury Service and Women's Citizenship before and after the Nineteenth Amendment*, in *Law and History Review*, 20.3 (2002):

<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/20.3/ritter.html>.

⁸⁴ *Ballard v. United States*, 329 U.S. 187, 194 (1946).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *United States v. Wood* 299 U.S. 123 (1936).

⁸⁷ *People v. Garcia*, California Court of Appeal, Fourth District 77 Cal.App.4th 1269, 92 Cal.Rptr.2d 339 January 31, 2000.

⁸⁸ *Weber v. Strippit, Inc.*, 186 F.3d 907, 911 (8th Cir. 1999) (sull'età), *cert denied*, 528 U.S. 1078 (2000); *Fisher v. Texas*, 169 F.3d 295, 305 (5th Cir. 1999) (religione); *United States v. Santiago-Martinez*, 58 F.3d 422, 423 (9th Cir. 1995) (obesità), *cert denied*, 516 U.S. 1044 (1996); *United States v. Pichay*, 986 F.2d 1259, 1260 (9th Cir. 1993).

l'idea della natura contestuale della decisione e specialmente la sua dipendenza dal modo di pensare delle persone (fisiche) che pronunciano il verdetto⁸⁹.

La Corte Suprema ci dice che per il giudice o per il giurato non è sufficiente introiettare la legge per assumere la posizione di equidistanza dalle parti che è richiesta dal principio di imparzialità; e che non è sufficiente uniformarsi al precedente giudiziario o alla legge scritta per arrivare alla decisione giusta.

Il requisito della trasversalità della giuria non è solo funzionale alla effettiva corrispondenza fra giudizio e volere della comunità ma è altresì lo strumento attraverso cui l'immaginazione di chi giudica si *espande*. È proprio l'espansione dell'immaginazione per effetto delle parole degli altri giurati (che magari hanno colto nell'istruttoria cose che sono sfuggite ad altri) che spiega come ogni singolo giurato, ogni suo stato mentale, ogni sua credenza, ogni suo sentimento, ogni sua memoria di esperienze pregresse, aggiunga un *sapore*, un *flavor* alla deliberazione e la scoli dalle anguste visioni di precedenti diventati obsoleti.

Il verdetto presuppone lo "sforzo collettivo di mettere insieme il puzzle della verità storica"⁹⁰, cosicché verdetti non unanimi o emessi da giurie troppo esigue possono essere ritenuti contrari alla costituzione⁹¹. Come ci dice il giudice Blackmun "più esiguo è il numero dei giurati e meno probabile che ciascun componente contribuisca criticamente alla soluzione del caso concreto [...]. La memoria gioca un ruolo importante nella deliberazione della giuria. Tanto più diminuisce il numero dei giurati, [...] tanto meno saranno i singoli componenti che ricordano ciascuno importanti porzioni delle prove e degli argomenti. Inoltre, minore è il numero dei giurati, maggiore è il rischio che la deliberazione sia condizionata dai pregiudizi: maggiore è dunque la probabilità che non si addivenga ad un risultato accurato. Dal confronto fra la deliberazione di un individuo singolo e quella di un gruppo emerge che la decisione del gruppo è più accurata in quanto i pregiudizi di ciascuno sono bilanciati da quelli degli altri, con la conseguenza che il risultato finale è più obiettivo"⁹².

⁸⁹ Sulla natura «contestuale» della decisione, cfr., M. L. MINOW & E.V. SPELMAN, *In Context*, in *South California Law Review*, 63, 1990, p. 1597 ss.

⁹⁰ *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972), *dissenting opinion* del giudice William Douglas.

⁹¹ Sul principio di unanimità cfr. See *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 288 (1930); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516, 519 (1905); *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 586 (1900); *Williams v. Florida* 399 U.S. 78, 79 (1970); *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 410-411 (1972).

⁹² *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 233 (1978).

Tutto ciò riecheggia l'ideale aristotelico secondo cui la saggezza espressa dal gruppo che delibera è superiore alla saggezza individuale, e ciò in quanto "ogni individuo fra i tanti possiede una propria porzione di virtù e saggezza e quando più individui si riuniscono essi diventano in qualche modo un solo uomo [...]. Alcuni comprendono una parte, altri un'altra parte, ed insieme essi comprendono l'intero"⁹³.

Si comprende, dunque, perché, durante la fase di selezione, vanno ricusati i candidati del *jury pool* astiosi e portatori di credenze impermeabili agli argomenti altrui, ma vanno invece in qualche modo incoraggiati coloro che, in ragione delle proprie esperienze, hanno sofferto⁹⁴: da costoro, infatti, è più facile attendersi un atteggiamento di quella che Martha Nussbaum chiama l'immaginazione partecipativa e che è lo strumento cui pervenire ad un giudizio imparziale. Nel processo a carico di un imputato nero un giurato nero può ad esempio ricordare agli altri giurati che spesso le indagini condotte da poliziotti bianchi sono faziose e approssimative; ed in questo modo insinuare un dubbio nel giurato bianco (e dunque ampliarne l'immaginazione) che ha più difficoltà a prefigurarsi una simile esperienza.

Siamo agli antipodi di quell'atteggiamento espresso anche dalla Corte Costituzionale italiana secondo cui l'imparzialità del giudice è essenzialmente la sua spersonalizzazione; sicché il divieto per il giudice di pronunciarsi due volte all'interno dello stesso processo non "riguarda tanto la capacità del giudice di rivedere sempre di nuovo i propri giudizi alla luce degli elementi via via emergenti nello svolgimento del processo, quanto l'*obbiettività* della funzione del giudicare"⁹⁵.

Il giudice costituzionale americano coglierebbe in una posizione del genere, al peggio, la malizia dello spirito di casta, e al meglio un atto di fede nella burocrazia.

4. *Giurati indulgenti*

Nel diciottesimo secolo Thomas Jefferson notava che il senso comune di dodici uomini onesti aumenta le probabilità di una decisione giusta. Beccaria sosteneva che per la ricostruzione dei fatti processuali basta "buon senso,

⁹³ ARISTOTELE, *Politica*, libro 3, sez. 1281.

⁹⁴ *People v. Garcia*, California Court of Appeal, Fourth District 77 Cal.App.4th 1269, 92 Cal.Rptr.2d 339 January 31, 2000.

⁹⁵ Corte Cost., n. 155/1996.

men fallace che il sapere di un giudice assuefatto a trovare rei⁹⁶.

Per il giudice White il giudizio di senso comune dei giurati è la migliore garanzia contro una pubblica accusa faziosa o eccessivamente zelante o contro un giudice eccentrico o sensibile ai richiami dell'opinione pubblica⁹⁷.

Queste osservazioni ci stupiscono perché l'equazione che comunemente operiamo quando ci affidiamo ad una magistratura togata è di tenore opposto. Se le garanzie per l'imputato sono strettamente connesse alla fedele sottoposizione del giudice alla legge⁹⁸ e all'imparzialità di giudizio e se l'imparzialità di giudizio segue alla spersonalizzazione dell'organo⁹⁹, allora, quanto maggiore è la spersonalizzazione dell'organo (e cioè la sua appartenenza ad una struttura burocratica), tanto maggiore è la probabilità di un giudizio equo e corretto. Questo modo di ragionare riflette, peraltro, alcuni luoghi comuni sul giudizio dei non esperti: comunemente ritenuti sensibili alle pressioni dell'opinione pubblica¹⁰⁰, pieni di pregiudizi, stupidi e soprattutto vendicativi e giustizialisti.

Ad un'analisi più accurata dell'istituto, tuttavia, molti di questi pregiudizi non reggono.

Quasi tutti gli studi empirici sul funzionamento della giuria in America, dalla pionieristica analisi condotta negli anni cinquanta e sessanta dall'Università di Chicago¹⁰¹, fino alle indagini più recenti¹⁰², dimostrano sistematicamente non soltanto una maggiore mitezza dei giurati rispetto al giudice toga-

⁹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 59.

⁹⁷ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁹⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penal*, cit., p. 553.

⁹⁹ Corte Cost., n. 155/1996, cit.

¹⁰⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2002.

¹⁰¹ H. KALVEN E H. ZEISEL, *The American Jury*, Boston, Little Brown, 1966.

¹⁰² HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 97-112; S.M. KASSIN & L.S. WRIGHTSMAN, *The American Jury on Trial. Psychological Perspectives*, Bristol, PA, Taylor & Francis, 1988, pp. 169-188; HASTIE (ed.), *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 2004, pp. 136-174; N.J. FINKEL, *Commonsense Justice. Jurors' Notion of the Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, pp. 63-78; cfr. anche, D.J. DEVINE, L.D. CLAYTON, B.B. DUNFORD, R. SEYING, J. PRYCE, *Jury decision making: 45 years of empirical research on deliberating groups*, in *Psychology, Public Policy, & Law*, 7, 2001, pp. 622-727; M. ALLEN, E. MABRY, & D.M. MCKELTON, *Impact of juror attitudes about the death penalty on juror evaluations of guilt and punishment: A meta-analysis*, in *Law & Human Behavior*, 22(6), 1998, pp. 715-731; B. MYERS; E. GREEN, *The Prejudicial Nature of Victim Impact Statements: Implications for Capital Sentencing Policy*, in *Psychology, Public Policy, & Law*, 10, 2004, pp. 492-515.

to, ma anche la intelligenza di costoro nel comprendere le istruzioni di diritto del giudice nei casi difficili. Nell'ambito del cosiddetto *Chicago Jury Project*, i professori Kalven e Zeisel, responsabili della ricerca, hanno sottoposto a circa 560 giudici un questionario relativo a circa quattromila casi celebrati di fronte ad una giuria. Nel questionario è stato richiesto ai giudici: (a) come ha deciso la giuria (assoluzione, condanna, nessun risultato); (b) come avrebbe deciso il giudice se il caso non fosse stato deciso davanti ad una giuria; (c) in cosa i giudici pensassero risiedesse la differenza fra il giudizio dei giurati e quello proprio.

Lo studio è stato poi arricchito da parecchie interviste effettuate a giurati nonché, nella misura in cui ciò fosse possibile, dalla registrazione di ciò che è avvenuto dietro le porte chiuse della deliberazione dei giurati.

Questi i risultati dell'indagine: nel 5,5% dei casi le giurie non hanno espresso un verdetto, non avendo raggiunto l'unanimità (*hung juries*). Eliminati i casi di *hung juries* – ipotesi che non si dà per i giudici – i risultati dimostrano che nel 78% dei casi i giudici avrebbero deciso come i giurati. Nel 64% dei casi il giudice avrebbe condannato come la giuria; nel 14% dei casi il giudice avrebbe assolto come la giuria¹⁰³. Ma le conclusioni più interessanti riguardano il 22% dei casi rimanenti, quelli cioè in cui non vi è accordo fra giurati e giudici. Il disaccordo, infatti, non è al 50%: nel 19% dei casi i giudici avrebbero condannato mentre la giuria ha assolto; solo nel 3% dei casi il giudice avrebbe assolto mentre la giuria ha condannato¹⁰⁴.

Indagini successive sono pervenute a conclusioni simili¹⁰⁵. I risultati attestano dunque che la giuria è più *indulgente* del giudice togato. La giuria è stata più indulgente nel 19% dei casi mentre il giudice togato solo nel 3% dei casi. Vi è dunque uno scarto *di indulgenza* del 16% in favore della giuria. Perché?¹⁰⁶

Kalven e Zeisel hanno distinto tre casi: casi in cui il disaccordo concerne soltanto i fatti; casi in cui il disaccordo concerne fatti e valori; casi in cui il disaccordo concerne essenzialmente i valori. Il disaccordo è distribuito pressappoco così: 34% soltanto fatti; 42% fatti e valori; 24% soltanto valori¹⁰⁷.

¹⁰³ KALVEN E ZEISEL, *The American Jury*, cit., p. 56, tavola 11.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 58, tavola 12.

¹⁰⁵ HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 245-251.

¹⁰⁶ N.J. FINKEL, *Commonsense Justice. Jurors' Notion of the Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 52.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 52.

Sul disaccordo relativo alla ricostruzione dei fatti, Kalven e Zeisel hanno prospettato due ipotesi: che i giurati siano più diffidenti rispetto al giudice sull'attendibilità delle prove offerte dall'accusa (ipotesi della credibilità) e che essi tollerino un minor margine di dubbio per pronunciare una condanna (ipotesi del ragionevole dubbio)¹⁰⁸.

Qualora poi il disaccordo riguardi valori e fatti insieme (quando, ad esempio, non si dubita che la condotta sia stata posta in essere, ma è controverso il valore da attribuire a tale condotta: legittima difesa? stato di necessità? etc..), Kalven e Zeisel formulano la cosiddetta "ipotesi liberatoria" (*liberation hypothesis*): "il sentimento fa da guida alla soluzione di dubbi che nascono dalla valutazione delle prove; i dubbi sulla valutazione delle prove offrono una condizione favorevole alla risposta al sentimento. La vicinanza alle prove rende possibile che la giuria risponda al sentimento *liberandolo* dalla disciplina sulle prove [...]. Questo punto è fondamentale per comprendere la psicologia della giuria e del processo a giuria. Noi sappiamo da altre parti del nostro studio sulla giuria, che la giuria di rado consapevolmente e esplicitamente dà precedenza al sentimento rispetto alla lettera della legge. Piuttosto essa cede al sentimento nell'apparente processo di risolvere dubbi relativi alle prove. La giuria, dunque, è capace di mettere in atto la sua rivolta contro la legge sotto l'etichetta della risoluzione delle questioni di fatto"¹⁰⁹. La *battered woman syndrome*, sindrome da donna maltratta, ha giustificato, ad esempio, una serie di assoluzioni di donne che erano arrivate ad uccidere il marito abusante; così come è stata accolta la tesi della legittima difesa anche quando il marito è stato ucciso nel sonno¹¹⁰.

L'indulgenza dei giurati è ancora più evidente in quei casi in cui la lettera della legge stride con il loro senso di giustizia e che possono sfociare di tanto in tanto nella cosiddetta *jury nullification*: che consiste sostanzialmente nell'assoluzione anche qualora sia provata incontestabilmente la colpevolezza dell'imputato alla luce di una norma di legge. Si pensi ai cosiddetti *merciful*

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 165.

¹¹⁰ FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., pp. 240 ss; la letteratura sul tema è piuttosto ampia: A. BROWNE, *When Battered Women Kill*, New York, Free Press, 1987, pp. 11 ss; C.K. GILLESPIE, *Justifiable Homicide: Battered Women, Self Defense and the Law*, Columbus, Ohio State University Press, 1989; C.P. EWING, *Psychological Self-Defence: A Proposed Justification for Battered Women Who Kill*, in *Law and Human Behavior*, vol., 14, n. 6, Dec., 1990, pp. 579-594; N.J. FINKEL, K.H. MEISTER, D.M. LIGHTFOOT, *The Self Defence Defence and Community Sentiment*, in *Law & Human Behavior*, vol. 15, n. 6, 1991, pp. 585 ss.

killings, omicidi per pietà o eutanasia: casi chiari in cui gli stessi imputati non contestano i fatti ma che spesso culminano con un'assoluzione¹¹¹.

La maggiore mitezza della giuria non vale soltanto nei confronti del giudizio che avrebbe espresso il giudice togato ma anche in relazione ai sondaggi di opinione¹¹². Così ad esempio, nelle settimane e negli anni successivi all'assoluzione per ragioni di infermità di John Hinckley Jr., che aveva attentato alla vita del presidente Reagan, due americani su tre erano favorevoli all'abolizione dell'infermità di mente dalle cause scriminanti. Ancora oggi nei sondaggi l'infermità è un concetto cui gli intervistati guardano con estrema diffidenza e che interpretano, comunque, in maniera piuttosto rigorosa. Tuttavia le assoluzioni per causa di infermità sono sempre più frequenti e anche per ragioni che difficilmente trovano posto nei manuali di psichiatria: cause di infermità sono state riconosciute l'intossicazione da *junk food*, l'aver assunto troppa quantità di zucchero (*sugar high*), la sindrome premestruale (*pms*)¹¹³.

Stessa cosa in materia di severità delle pene. La legislazione in materia di recidiva ha ricevuto il plauso di gran parte della popolazione della California; e tuttavia le giurie sono particolarmente riluttanti a condannare di fronte alla prospettiva che venga inflitta una pena che si avverte sproporzionata. Con la conseguenza che non di rado gli imputati che rischiano di vedere aumentare la propria condanna per effetto della norma sulla recidiva vengono assolti¹¹⁴.

Se più di un secolo fa Gustav Le Bon attribuiva ai giurati una spiccata intuizione morale, di gran lunga superiore al giudizio sclerotizzato della casta dei magistrati¹¹⁵, oggi addirittura si imputa all'atteggiamento spesso troppo compassionevole della giuria (il *bleeding heart*) la progressiva deresponsabilizzazione della società americana¹¹⁶.

¹¹¹ P. MITCHELL, *Act of Love: the killing of George Zygmank*, New York, Knopf, 1976, p. 195; KASSIN & WRIGHTSMAN, *The American Jury on Trial. Psychological Perspectives*, cit., p. 157; FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., p. 127.

¹¹² A.W. SCHEFLIN, "Mercy and morals : the ethics of nullification", in LEVINE AND KLEINIG, eds, *Jury ethics : juror conduct and jury dynamics*, Boulder, Co., Paradigm, 2007, pp. 131-72.

¹¹³ Cfr. HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 179 ss.; FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., pp. 279 ss.; cfr. anche J.Q. WILSON, *Moral Judgement: Does the Abuse Excuse Threaten out Legal System*, New York, Basic Books, 1997, pp. 22 ss., in cui tuttavia l'autore paventa il rischio di un'eccessiva deresponsabilizzazione della società americana per effetto dell'atteggiamento benevolo dei giurati.

¹¹⁴ N. FINKEL, al., *Recidivism, Proportionality, and Individualized Punishment*, in *American Behavioral Scientist*, 39, 1996, pp. 474-487.

¹¹⁵ G. LE BON, *Psicologia delle Folle*, Milano, TEA S.p.A., 2004, pp. 207-215.

¹¹⁶ WILSON, *Moral Judgement*, cit., pp. 89 ss.

5. Senso comune e giudizio

Il senso comune dei giurati va innanzitutto definito in negativo.

In una prima accezione esso è lo sguardo di chi si trova investito di una funzione pubblica in via occasionale: e cioè il *fresh look* (lo sguardo ingenuo) di chi non soltanto non è vincolato da precedenti ma che altresì non fa del giudizio un lavoro di routine.

Significative sono al riguardo le parole che lo scrittore Chesterton pronunciò dopo aver servito come giurato, esperienza questa che, a suo dire, lo avvicinò come mai prima di allora alla sofferenza umana: “Molti legalisti hanno affermato che la giuria di gente incompetente deve essere soppiantata da un giudice istruito. [...] Tuttavia] più si guarda alle cose, e meno le si vede, e più impara una cosa e meno la conosce... [C]he su un uomo istruito debba essere riposta più fiducia sarebbe inconfutabile se fosse vero che chi studia qualcosa e la pratica ogni giorno riesca a comprenderne sempre di più il significato. Ma non è così. Anzi costui comprenderà sempre meno il significato [...]. È un’impresa terribile assegnare ad un uomo il giudizio sugli altri uomini. Ma è qualcosa a cui ci si può abituare, come ad altre cose terribili [...] la cosa orribile degli uomini di legge, anche dei migliori, dei giudici, dei magistrati, degli avvocati, dei detective, dei poliziotti, è non che essi siano malvagi (che al contrario alcuni sono buoni), non che essi siano stupidi (molti di loro sono intelligenti), ma è semplicemente che essi si sono abituati a giudicare [...]. Essi non vedono un prigioniero dietro le sbarre; tutto ciò che vedono è il solito uomo al solito posto. Non vedono la spaventevole corte di giustizia, vedono soltanto il loro posto di lavoro”¹¹⁷.

La giuria è l’antidoto al progressivo ispessimento della capacità di giudizio di chi giudica per professione. È l’occasione per immettere nel processo un sentimento che difficilmente può essere descritto: “quel sentimento” ci dice Chesterton, “che avvertii io quando fui chiamato a giudicare”¹¹⁸.

L’occasionalità del giudizio dei giurati ne accresce il senso di responsabilità. Sedere nella giuria è un’esperienza molto difficile. Come ha riconosciuto anche la Corte Suprema “può essere difficile per un giurato improvvisamente trovarsi a decidere se mandare un altro essere umano in prigione, così come può essere altrettanto difficile concludere con la propria coscienza per l’asso-

¹¹⁷ G.K. CHESTERTON, *Tremendous Trifles*, 1909, ch. XI, (The twelve men) http://www.cse.dmu.ac.uk/~mward/gkc/books/Tremendous_Trifles.txt .

¹¹⁸ *Ibidem*.

luzione”¹¹⁹. Non sono pochi i casi in cui i giurati riferiscono di periodi di esaurimento e particolare stress dopo aver pronunciato il verdetto¹²⁰.

Tuttavia, è proprio questo senso di responsabilità, unito alla circostanza di non dover dipendere da nessuno, che spinge i giurati a guardare oltre i dogmi giuridici. Del resto la giurisprudenza americana riconosce che alla giuria – in quanto coscienza della comunità – è concesso di guardare oltre la logica¹²¹, così come pacifica è la considerazione che i giurati possono farsi guidare nella formulazione del giudizio non soltanto dal principio di diritto e dall’esperienza ma anche dalla *simpatia*: perché se così non fosse le persone dichiarate colpevoli di un certo reato sarebbero trattate come membri di una massa senza volto ed indifferenziata cui infliggere alla cieca la pena di morte¹²².

Il *fresh look* dei giurati si contraddistingue, dunque, non solo per lo scarso dogmatismo ma anche per una più accentuata partecipazione empatica¹²³: quella che, ad esempio, consente di dilatare le cause scriminanti o prestare più attenzione all’elemento soggettivo del reato. Ma anche quella che spinge a diffidare delle consulenze tecniche, quando la personalità dei consulenti non sembra convincente.

In una seconda accezione il senso comune dei giurati è lo sguardo di chi non ha alcuno spirito di casta: uno spirito che si manifesta non soltanto nella resistenza a superare precedenti magari diventati obsoleti, ma anche nella tendenza del giudice ad appiattirsi sull’accusa.

Una simile intuizione sembra confermata anche da alcuni giudici: come il giudice Fortas che riconobbe che “i giudici tendono a fare il callo ai casi. Essi tendono, dopo qualche anno, a nutrire dei sospetti nei confronti dell’imputato. [...]Tendono ad acquisire una mente un po’ da pubblico ministero. Questa è la giustificazione fondamentale della giuria”¹²⁴.

Nella *Psicologia delle folle*, Le Bon difende appassionatamente la giuria

¹¹⁹ *Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172, 187 (1997); cfr. anche T.E. PETTYS, *The Emotional Juror*, in *Fordham Law Review*, 76, 2007, p. 1637; disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1038641>.

¹²⁰ M.K. MILLER & B.H. BORNSTEIN, *Juror Stress: Causes and Interventions*, in *T. Marshall L. Rev.*, 30, 2004, pp. 237, 241.

¹²¹ *U.S. v. Spock*, Federal Reporter, 2nd Series, 1969, 416, 165-194. vedi anche HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., p. 42.

¹²² *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, 304 (1976).

¹²³ PETTYS, *The Emotional Juror*, cit., pp. 1637 ss.

¹²⁴ A.W. SHEFLIN, *Jury Nullification: the Right to say*, in *Southern California Law Review*, n. 45, pp. 168 ss. (1972), p. 213.

proprio sulla base di questo argomento: “Conoscendo la psicologia delle caste e quella delle altre categorie di folle, non vedo nessun caso in cui, accusato a torto di un delitto, io non preferirei aver a che fare con dei giurati piuttosto che con dei magistrati. Con i primi, avrò assai probabilità di essere riconosciuto innocente, e ne avrò assai poche con i secondi. Temiamo la potenza delle folle, ma assai più quella di certe caste. Le une possono lasciarsi convincere, le altre non si piegano mai”¹²⁵.

È sulla base di queste premesse che la Corte Suprema può affermare che il comune senso di giustizia dei non esperti (di diritto) può offrire un antidoto efficace ad un giudice imbevuto “dell’ideologia della legge” e può arrivare a sostenere che una giuria composta da soli impiegati pubblici desta forti sospetti di faziosità: perché la debolezza umana, quella che spinge gli uomini a ‘piegare le docili giunture delle ginocchia, là dove il profitto segue l’adulazione’¹²⁶ pervade tutti i settori; anche quello degli impiegati e funzionari pubblici che possono avere qualche difficoltà a mettere la propria dipendenza dallo stato totalmente fuori dal giudizio¹²⁷.

In una terza accezione, il senso comune dei giurati è il sentimento di giustizia diffuso all’interno di una comunità che magari si è gradualmente discostato (superandolo) dalla legge scritta. Come riconobbe una corte federale “le giurie consultive possono essere utili ...alle conclusioni della Corte. Dal momento che le giurie consultive presuppongono la partecipazione della comunità e possono dunque incorporare la visione pubblica della moralità e della *common law* che cambia, il loro uso è particolarmente adatto quando si devono definire gli standard di giustizia della comunità (*community standards*)”¹²⁸.

Infine, il senso comune dei giurati è esattamente l’opposto di quello che sembrerebbe alla lettera. Non è il comune sentire di una maggioranza che tipicamente fa sentire la propria voce, ma è il sentimento di chi di rado interviene nelle questioni pubbliche: è il sentimento dei neri che chiedono giustizia quando sistematicamente i bianchi accusati di violenza contro i neri vengono

¹²⁵ LE BON, *Psicologia delle Folle*, cit., p. 215.

¹²⁶ La citazione è tratta dall’*Amleto*, Atto 3, scena 2, in William Shakespeare, *Amleto, Otello, Macbeth, Re Lear*, trad. it. a cura di A. Meo, Milano, Garzanti, 1974, p. 54. Così l’intero verso: “Perché si dovrebbe adulare il povero? No, la lingua zuccherata lecchi l’assurda pompa e pieghi le docili giunture le ginocchia là dove il profitto segue l’adulazione”.

¹²⁷ *Frazier v. United States*, 335 U.S. 497, 520. *Dissenting Opinion* del giudice Jackson.

¹²⁸ *National Ass.’n For Advance of Colored People (NAACP) v. Acusport Corp.*, 226 F.Supp. 2d 391, 398 (E.D.N.Y., 2002).

assolti¹²⁹; è il sentimento dei consumatori feriti o uccisi da prodotti nocivi; è il sentimento delle donne abusate; o dei risparmiatori truffati. Per dirla con John Stuart Mill, è il sentimento di coloro la cui scarpa è più stretta degli altri.

6. Conclusioni

La giuria è un istituto umano che come tale non può che avere luci e ombre. È costosa, rallenta i processi e inoltre *impone* una partecipazione civica che non sempre è in linea ai principi di uno stato liberale in cui la partecipazione politica è al più un diritto ma non un dovere. Per non tacere la circostanza che molte pronunce bizzarre di giurie americane, sia nei processi penali che nei processi civili, hanno suscitato parecchio sconcerto¹³⁰.

L'obiettivo di questo breve scritto, tuttavia, non è quello di promuovere l'introduzione anche in Italia di un istituto diffuso altrove (e peraltro innestato in un sistema processuale affatto diverso): operazione questa che richiederebbe un'analisi di tutt'altro tenore e specialmente uno studio sulla compatibilità fra l'istituto e alcuni principi della nostra costituzione – fra cui l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

L'obiettivo è molto più limitato, e consiste nel contrapporre la fiducia riposta dalla cultura filosofico-giuridica americana sul *common sense* a due caratteristiche che nella nostra società pervadono spazi molto più ampi dell'attività giurisdizionale: e cioè la profonda diffidenza nei confronti della capacità di giudizio (politico, giuridico o morale) dei cittadini comuni cui si accompagna un sottile disprezzo per il senso comune¹³¹.

In linea ad una lunga tradizione filosofico politica, la Corte Suprema americana ci spiega che i costituenti hanno dimostrato riluttanza a consegnare la vita, la libertà e il patrimonio dei cittadini interamente nelle mani di magistrati di professione¹³² o della classe politica; e che per questo hanno disegnato un sistema che consentisse (ma anche imponesse) ai cittadini comuni di far senti-

¹²⁹ T.D. MORRIS, *Free Men All: the Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1974, pp. 73 ss ; cfr. anche D.A.J. RICHARDS, *Abolitionist Political and Constitutional Theory and the Reconstruction Amendments*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 25, 1992, p. 1187.

¹³⁰ Si pensi ai casi O.J. Simpson o Rodney King.

¹³¹ Per questa analisi, cfr. BOUDON, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, cit., pp. 15-56.

¹³² *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 1968.

re la propria voce. La Corte ci dice altresì che l'occhio vigile del cittadino comune – investito per una sola volta nella vita di un compito grave e solenne – mette al riparo l'imputato non solo da un'accusa faziosa o assetata di giustizia (*overzealous*), ma anche da un giudice togato diventato apatico ovvero eccessivamente sensibile alle lusinghe dell'opinione pubblica o alle pressioni di superiori e colleghi¹³³. Ci dice infine che la voce dei cittadini comuni può contribuire a smussare la rigidità di una legge¹³⁴ divenuta obsoleta e magari fare da propulsore per innovazioni legislative o giurisprudenziali¹³⁵.

Anche prescindendo da un giudizio di merito sul processo con giuria, le considerazioni filosofico-politiche che hanno fatto da sfondo all'istituto nel corso della storia rimangono attuali. Quando si consente la partecipazione di laici – di non esperti – alla giustizia, implicitamente si riconosce che ogni cittadino può essere in linea generale dotato di buon senso: può essere, cioè, in grado di formulare dei giudizi fondati su un sistema di ragioni sufficientemente convincenti per imporsi¹³⁶ senza dunque essere vittima di pregiudizi, passioni, pulsioni psicobiologiche, o condizionamenti sociali. Questo buon senso di ciascuno – che combinato al buon senso di altri dà origine al senso comune¹³⁷ – non soltanto non è qualitativamente diverso dalla conoscenza scientifica¹³⁸, ma in alcuni casi è superiore al giudizio di chi giudica per professione, che magari si è ispessito, sclerotizzato o imbrigliato in dogmi.

Il principio democratico che abbiamo ereditato dal periodo dei Lumi si

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ K. GREENWALT, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 238-240, che su queste basi giustifica la *jury nullification*.

¹³⁵ Cfr. ad esempio, *Edmund v. Florida*, 458 U.S. 782, (1982); *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, (1987); cfr. anche *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Cfr. N.J. FINKEL, K.B. DUFF, *Felony-Murder and Community Sentiment: Testing the Supreme Court's Assertions*, in *Law and Human Behavior*, 15(4), Aug., 1991, pp. 405-429; cfr. anche N.J. FINKEL et al., *Right to die, euthanasia, and community sentiment. Crossing the public/private boundary*, in *Law and Human Behavior*, 17(5), Oct. 1993, pp. 495 ss. Cfr. anche A.D. LEIPOLD, *Rethinking Jury Nullification*, in *Virginia Law Review*, 82, 1996, p. 298 secondo cui i frequenti casi di *nullification* sono una delle ragioni che stanno dietro la pronuncia della Corte Suprema che ha ritenuto la pena di morte contraria all'ottavo emendamento.

¹³⁶ BOUDON, *Elogio del senso comune*, cit., p. 354.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Questa posizione è comune ad alcuni filosofi e scienziati. Ad esempio Albert Einstein ha sostenuto che conoscenza ordinaria e conoscenza scientifica differiscono per livello e non per natura. Qualcosa di simile ha detto Karl Popper quando afferma che la conoscenza scientifica è il prolungamento del buon senso. Cfr. J. CONANT, *Science and Common Sense*, Yale University Press, New Haven, 1951, p. 173; cfr. anche BOUDON, cit., p. 384.

fonda sull'assunto che ciascun individuo ha la facoltà di disporre di un controllo ultimo sulle decisioni che lo riguardano, direttamente o indirettamente: cosa che presuppone la capacità di comprensione e giudizio di ciascuno sull'operato dei rappresentanti politici nonché sulle questioni oggetto di decisione da parte di questi ultimi. Questo vale anche per l'attività giurisdizionale¹³⁹. Ed in questa luce vanno lette quelle norme costituzionali che ancorano l'amministrazione della giustizia alla volontà popolare (art. 20 della Legge Fondamentale tedesca; art. 101, comma 1, Cost. italiana) e che si traducono, fra le altre cose, nel principio di pubblicità delle udienze o dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali¹⁴⁰.

Tuttavia l'idea che il *fresh look*, lo sguardo fresco dell'uomo comune, può essere un antidoto sia al giudizio ottuso di chi fa un lavoro di routine che al giudizio accecato da pregiudizi e passioni del rappresentante politico fazioso è qualcosa in più. Il *common sense* dei giurati – e comunque dei cittadini investiti del compito di pronunciarsi su una questione pubblica – è un giudizio del tutto particolare: è un giudizio che per dirla con il giudice William Brennan è impregnato di realismo e umanità¹⁴¹.

Si può dissentire o meno da queste considerazioni; però le riflessioni elaborate dalla cultura giuridica illuminista sulla giustizia senza toga possono comunque risultare utili per scrollarci di dosso alcuni dogmi o pregiudizi: quello, ad esempio, che l'imparzialità del giudizio discende dalla spersonalizzazione dell'organo; quello secondo cui i principi di autonomia e indipendenza della magistratura siano sufficienti a mettere al riparo i cittadini dal pericolo paventato da tutti i classici del pensiero del politico liberale, e cioè la tirannia dei magistrati; quello secondo cui il giudizio tecnico (e sempre più tecnico) possa soppiantare fino a far scomparire il giudizio di senso comune.

Ma il contributo più fertile che ci viene dalle riflessioni di filosofi e giuristi sulla giuria è sull'antropologia che l'istituto presuppone. Contro il pregiudizio antropologico comunemente imputato ai maestri del sospetto Marx, Freud e Nietzsche, ma che ha radici ben più profonde, l'essere umano di cui parlano i

¹³⁹ HAMILTON, *Federalist Papers*, n. 83.

¹⁴⁰ Corte cost. nn. 65 del 1965, 12 del 1971, 16 e 17 del 1981, 212 del 1986, 50 del 1989, n. 69 del 1991; cfr. anche R. GUASTINI, *Sovranità popolare, legge, giurisdizione* in M. Bessone (a cura di) *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 215.

¹⁴¹ *California v. Brown*, 479 U.S. 538 (1987), dissenting opinion del Justice William Brennan; cfr. anche LEIPOLD, *Rethinking Jury Nullification*, cit., p. 298.

classici del pensiero politico illuminista ma anche la Corte Suprema americana non è soltanto dominato dalle passioni, da pulsioni cieche, da oscure forze economiche, da risentimenti atavici. È piuttosto un individuo, che di certo è capace di errore e che è anche tentato dall'ambizione di potere¹⁴², ma che tuttavia sa ascoltare i suoi simili, è capace di rivedere il proprio punto di vista¹⁴³, e specialmente sa accostarsi alle questioni pubbliche con l'occhio dell'osservatore imparziale di Adam Smith¹⁴⁴: né troppo vicino da essere obnubilato dall'interesse personale, ma neanche troppo distante (o, per dirla con la Corte Costituzionale italiana, spersonalizzato) da essere indifferente alle sorti di coloro che ne subiranno il giudizio.

¹⁴² HAMILTON, *Federalist Papers* n. 51.

¹⁴³ *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 233 (1978).

¹⁴⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

