

PROCESSO PENALE E SCIENZE SOCIALI

DEVIANZA E TUTELA DELLE CATEGORIE DEBOLI

3

Direttore

PAOLO DE ANGELIS

Procura della Repubblica – Tribunale di Cagliari

Comitato scientifico

Ivano IAI

Libera Università degli Studi “Maria SS. Assunta” (LUMSA) di Roma

Michele INCANI

Procura della Repubblica – Tribunale di Sassari

Comitato redazionale

Cristiano DEPALMAS

Questura di Sassari – Divisione Polizia Anticrimine

PROCESSO PENALE E SCIENZE SOCIALI

DEVIANZA E TUTELA DELLE CATEGORIE DEBOLI

Il processo penale è, per definizione, conoscenza. L'accertamento della verità si basa sul principio del libero convincimento del giudice e sulla regola costituzionale del "ragionevole dubbio", in presenza del quale non può esservi condanna. Lo scopo del processo è, quindi, l'accertamento dei fatti per consentire la decisione del giudice.

Questa necessità di conoscenza può essere soddisfatta, nella maggior parte dei casi, solo attraverso il ricorso alle regole scientifiche che descrivono i fenomeni e le leggi che li regolano.

Per questo, il processo penale ha bisogno delle conoscenze scientifiche.

Il tema del rapporto tra processo e scienza è pertanto argomento che, da tempo, è oggetto di attenzione sia degli studiosi che degli operatori pratici: come afferma una autorevole dottrina, il processo è il luogo nel quale il mondo del diritto (e delle sue regole) incontra il mondo dei fatti (le cui regole vengono esplicate dalle scienze che li studiano).

Il versante più esplorato di questo rapporto è quello nel quale le scienze spiegano i rapporti causali dei fenomeni: la medicina, la balistica, la chimica, la fisica, l'ingegneria delle strutture (solo per citarne alcune) offrono al giudizio i criteri di accertamento dei fatti, sulla base delle relazioni tra fatti ed eventi, in termini di certezza o di probabilità.

È ancora da approfondire, invece, l'apporto che altre discipline scientifiche possono fornire al processo e alla decisione giudiziaria: la psicologia, la criminologia, le scienze del linguaggio (anche qui, per citarne solo alcune) elaborano criteri di approccio al comportamento umano e alle sue linee di sviluppo di fondamentale importanza per le conoscenze in base alle quali il giudice fonderà il suo giudizio.

Questa collana ha quindi la finalità di promuovere opere nelle quali gli Autori approfondiranno proprio questi temi, per offrire al giurista un patrimonio di conoscenze alle quali attingere e, nel contempo, per fornire agli specialisti delle diverse scienze (accomunate sotto la generale definizione di scienze sociali) i parametri giuridici per la valutazione giudiziaria delle regole da essi elaborate.

La collana si propone, in questo quadro, un altro, ambizioso obiettivo: quello di analizzare, alla luce della scienza, i fenomeni di devianza, sociale ed individuale, per andare alla radice delle cause ed alla ricerca dei possibili rimedi ed, insieme, di portare l'attenzione sulla tutela delle categorie deboli, maggiormente esposte al rischio della devianza.

Una esigenza, di analisi e di protezione, sempre più sentita, in una società nella quale i valori della solidarietà e dell'uguaglianza restano, troppo spesso, mere affermazioni di principio e che, invece, richiedono attenzione e cura, all'interno del processo e grazie all'aiuto di queste scienze.

Un traguardo, dal valore giuridico, scientifico e culturale, verso il quale questa collana si proietta.



Vai al contenuto multimediale

Carlo Morselli

Tractatus logico poenalis

Trattato di diritto processuale penale





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0728-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2018

Indice

- 9 *Introduzione*
- 13 *Partizione I*
Sistema: i quadranti e le tavole kelseniane. Giudizio e agnizione (diáresis 1)
- 31 *Partizione II*
Ontogenesi e sinotticismo nell'impalcatura codicistica (extra omnes, nel versante custodiale) (diáresis 2)
- 39 *Partizione III*
Perquisizione e sequestro: Theory of the fruit of the poisonous tree (versus la tesi partenogenetica di F. Cordero e quella del vincolo giuridico di P. Ferrua). L'antilogia Epos / Ethos (diáresis 3)
- 63 *Partizione IV*
Prolegomeni (Norimberga e il Führer). I capi di accusa a (e gli accusatori di) Socrate (diáresis 4)
- 69 *Partizione V*
Competenza (una rivisitazione della teoria di Franco Cordero) (diáresis 5)
- 75 *Partizione VI*
Giudizio (tecnica euristica dell'élenchos) Principale e speciale (diáresis 6)
- 83 *Partizione VII*
Conoscenza e prova (deficit della) quella apagogica e scientifica. Ius dicere. Il delitto Matteotti (diáresis 7)

- 99 *Partizione VIII*
 Impugnazione (Dike, Kronos) (diáresis 8)
- 103 *Partizione IX*
 Appello (Epos) — *Motivazione–motivi* (diáresis 9)
- 111 *Partizione X*
 Cassazione (iudices postrēmae provocatiōnis): *Corte regola-*
 trice. Omicidio Meredith Kercher (diáresis 10)
- 123 *Partizione XI*
 Revisione (diáresis 11)
- 129 *Partizione XII*
 Esecuzione (diáresis 12)

Introduzione

Il titolo scelto, che (echeggia quello dell'opera di Mario Pagano e) trasparentemente esempla il titolo *Tractatus logico-Philosophicus* di Ludwig Wittgenstein (e a cui si sono ispirati, ad esempio, L. Sàffaro, *Tractatus logico-prospecticus*, F. Kambartel, *Tractatus logico-oeconomicus*, L. Coenen, *Tractatus logico-pragmaticus*, P. Simons, *Tractatus mereologici-philosophicus*, H. Burger, *Tractatus logico-suicidalis*, B. Hölzl, *Tractatus poetico-philosophicus*, A.G. Conte, *Tractatus deontico-philosophicus*), ne segue l'andamento e le scansioni suddivise in proposizioni (*Sätze*) ordinate gerarchicamente e riordinate in *diáiresis* (alla greca διαίρεσις: è una categoria esplorativa di conio platonico, riferita ad una tecnica divisoria di definizione di una figura preceduta dalla fissazione di un concetto più ampio, procedendo, con divisioni dicotomiche, da una successione di sotto- classi, di *diáiresis* in *diáiresis*, come nelle *Summae divisiones* delle *Istituzioni* di Gaio; negli schemi di Epitteto, la diatesi — si badi, per il connesso accrescimento — è il giudizio di secondo grado o supergiudizio, opposto alla controdiatesi).

Le lettere inserite nelle partizioni tematiche (dichiarate in titoli che sormontano l'*explicit* dell'autore), al pari di esergghi, indicano la posizione dei singoli lemmi e lo sviluppo analitico, il tratto prossemico che regge e giustifica l'impianto della materia oggetto di scrutinio.

L'intera procedura penale italiana è riguardata, nei capisaldi, in sequenza ordinale lungo l'*iter* codicistico (del disegno dei compilatori, gestori, nelle scansioni del saltèrio codicistico, della proprietà distributiva, si propone una rivisitazione e quindi ricollocando, nella sistemica generale dell'*ordo*, indagini preliminari e misure cautelari, all'interno della profase della *enquête préliminaire*), ricostruito, in successione, criticamente (e non dogmaticamente), mediante tavole esplicative ("XII tavole"); il corrispondente rito, dunque, non è una vicenda eslege (*exlex*): vi domina *Nomos*.

Pure si sottopongono a revisione critica, nei settori coinvolti, le più espressive conclusioni della dottrina italiana, note alla comunità scientifica. Esemplificativamente, l'approccio alla c.d. *Theory of the*

fruit of the poisonous tree, che occupa uno spazio speciale nella trattazione poiché, eloquentemente, riflette il modo netto di interpretare proprio lo strumento del processo criminale, scava una irriducibile distanza tra una impostazione olistica ed una separatista (Cordero, Ferrua, Lozzi, Dominioni), la seconda passata al ferreo vaglio della regola di inferenza del c.d. *modus tollens* (sviluppata dai logici medievali). Militari della Guardia di Finanza che, con la destrezza e la forza bruta di un oplita, eseguono una perquisizione arbitraria (art. 609 c. p.) — tale non solo perché carenti le condizioni richieste dalla legge per il compimento dell'atto (quelle viaggiano come i requisiti essenziali della figura stipulativa, ai sensi dell'art. 1325 c.c.), ma anche (*eo magis*) per la sua realizzazione con modalità illegali (con violenza e provocando lesioni al perquisito, sottoposto a misure di rigore tassativamente vietate dalla legge) — operano (i perquirenti, *hommes de loi*) *dans les règles*, oppure l'abuso (atto fuorilegge: *outlaw*) si comunica, contagiandola, dalla fonte (anche *ex delicto*) alla foce (mercé l'art. 185 c.p.p.) del concomitante sequestro (considerando i due atti, saldati in sequenza, della *scrutatio* e della *adprehensio rei*, addendi o gemellari, consecutivi e collegati come nella paratassi), all'origine dell'agnizione reale? E quindi, *male captum bene retentum* (convertibile, crediamo, in *da mihi retentionem, caetera tolle*) o *simul stabunt simul cadent*? *Epos* (rito penale con) o *Ethos* (rito penale senza)? Forse è utile (abbassare la vicenda interpretativa al piano di) una metafora, calando Artemide: se la lepre, libera, diventa preda con la caccia, *sicut* il bene, occultato, diviene sequestrabile se (ostensibile, cioè) il perquirente lo porta alla luce (*inventiō*). D'altra parte, può distinguersi tra atto del perquirente che pratica (anche abusivamente) il sequestro e giudizio del giudice, che applica il trattamento legale nell'atto (c.d. atto dovuto *dicunt*, come se fosse indeclinabile: ecco perché si sceglie il paravento di tale formula reticente): quando la vicenda giunge *banco iudicis*, corre rigorosamente lungo i binari del "giusto processo". La procedura penale (la disciplina della), elucidata, si inserisce nella topica e nella dinamica, come avviene nel terreno fertile delle scienze applicate.

Altro interrogativo, *de libertate*: si rintraccia (è predicabile) un rilevante sinotticismo tra l'esigenza conservativa scolpita all'art. 274 comma 1 lett. a c.p.p. sul «pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova» e quella indicata all'art. 392 comma 1 lett. b c.p.p. («persona... esposta a violenza, minaccia... affinché non deponga o deponga il falso»), rispettivamente in materia di libertà personale e di incidente probatorio. Perché, allora, non togliere dal "libero circuito"

il testimone (per porlo al riparo dalla minaccia anticognitiva incombenente), assumendolo *statim*, anziché togliere la libertà all'imputato per tutelare una prova altrimenti acquisibile, relativamente all'assicurazione della "prova storica" della testimonianza? Se si riconosce tale terreno comune per questi due istituti incidentali (protasi), può aprirsi una nuova frontiera interpretativa (apodosi), centrata sul carattere poziore della libertà personale e sull'evitabilità del suo sacrificio (considerato *extrema ratio*, espressione dell'esercizio di un "potere ultimo"), passandola ai registri ufficiali, al pari di uno sbarramento. Sempre *de iure condendo*, nello stesso settore, si può ripensare l'attuale procedura cautelare repressiva quale *affair a deux* (l'allineamento brachilogico: P.M.–G.I.P.) inserendo il tratto antiagnostico e virtuoso del c.d. contraddittorio anticipato, dando cioè voce allo *ius ad loquendum* dell'inquisito (nei precisi termini illustrati) che, ancora oggi, subisce del tutto la clausura passivante del procedimento *extra omnes*, non garantito ed analibertario, conclusivamente distante dall'*Idealtypus* accusatorio. La presunzione di non colpevolezza, evidentemente non è regola di trattamento.

dicembre 2015 – marzo 2018

Carlo Morselli

Partizione I

Sistema: i quadranti e le tavole kelseniane
Giudizio e agnizione (*diàresis* I)

A Norme sul processo (iperonimo) penale (iponimo) [(per la radice fondativa, v. N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 226: « la codificazione è una forma storica di legislazione »; il proto-legislatore di Atene fu Solone, di Creta Minosse, mentre Demetrio Falereo aggiornò della prima la legislazione, oramai superata) appartenenza al genere: « lotta tra libertà e autorità » (J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1993, II, che si riferisce ai « primi periodi storici. . . in Grecia, Roma. . . »); una distinzione canonica fra “libertà negativa” e “libertà positiva”, fra libertà *da* e libertà *di*, risale, notoriamente, a Isaiah Berlin, versata nel saggio *Due concetti di libertà* (v., 1969, tr. it., 185–241), ma formulata in occasione della sua lezione inaugurale all’Università di Oxford del 31.10.1958, e ripresa da S. VECI, *Libertà*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 286 s. Appartenenza alla categoria, dell’accertamento: « Il complesso delle norme che disciplinano siffatto accertamento e gli atti che vi adducono. . . costituisce. . . il c.d. diritto. . . processuale » (A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, 1931 — IX, 11–12, che « pel processo penale » richiama V. MANZINI, *Trattato di dir. process. pen.*, Torino, 1931, I, 69) . # Ovviamente, quelle norme non regolano i massimi sistemi, ma singole classi, come si ricava dal filtro giurisprudenziale: « Le norme processuali sono, in via generale, scritte con riferimento all’ipotesi del procedimento che riguarda un singolo imputato, parte del rapporto con lo Stato, che con il processo assicura a lui. . . il miglior sistema di garanzie per accertare fatti e responsabilità » (Cass., sez. un., 15.5.2014, n. 20214, Frija Mourad, *ANPP*, 2014, 343). G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 9 s., rende omaggio a Mario Pagano, giurista fortemente garantista (la cui opera si intitolava, appunto, « *Considerazioni sul processo criminale* »). Per l’*apax* demostenico, la requisitoria contro Neera resta l’unica orazione giudiziaria antica intitolata a una donna: DEMOSTENE, *Processo a una cortigiana (contro Neera)*, a cura di E. Avezzù, Venezia, 2002, Introd., 10, che si occupa pure della tecnica selettiva di accertamento della **docimasia**, « l’esame di rito » o la verifica (dei diversi requisiti) cui venivano sottoposti i candidati alle magistrature maggiori (*op. cit.*, 69 s.). F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, 3, nt. I, richiama l’art. 8. n. I, r.d. 30.1.1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, sulla necessità che il magistrato

fosse maschio; tale riserva è stata abolita dall'art. 1 l. 9.2.1963, n. 66. C. GUARNIERI, *Magistratura*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 454–455, ricorda che « la magistratura italiana ha tradizionalmente presentato un assetto molto simile a quello delle altre magistrature di *civil law* dell'Europa continentale. . . nel corso del processo di unificazione, l'influenza del modello francese risulta sempre molto forte ». Nota è « l'influenza esercitata dalla legislazione napoleonica sui codici di procedura penale emanati in Italia nel corso del secolo diciannovesimo » (P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, 67). Risale agli efori la più importante magistratura spartana dell'età classica (richiamati da M.T. CICERONE, *De Republica*, Lo Stato, in *Opere politiche e filosofiche*, I, *Lo Stato, Le leggi, I doveri*, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Torino, 1995, 278–279: « anche a Sparta sotto il regno di Teopompo furono istituiti i cinque, che essi chiamano efori » (*etiam Spartaee regnante Theopompo sunt item quinque, quos illi ephoros appellant*), ma la datazione potrebbe essere sbagliata e più lontana, di almeno cinquant'anni, avverte il commentatore, nota 83) **e processo sulle norme medesime** [(nei passaggi della cosmogonia, *Thémis* è l'equivalente di “norma”) per i riferimenti legislativi, v. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 3 s.; mentre sui profili costituzionali del processo penale, v. E. AMODIO, *Valori costituzionali e riforme processuali*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 33 s.; V. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2012, 2 s.; A. GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, Torino, 2015, 10 s.]: il chiasmo della formula rovesciata, intersecando un quadrante bisemantico, elucida l'attitudine circolare della **razionalità della legge processuale** [per esempio, v., emblematicamente, C. cost., sent. 7.4.2016, n. 74, *GD*, 2016, n. 18, 28, secondo cui l'art. 69, comma 4 del Cp, modificato dalla legge 251/2005, è illegittimo per violazione del principio di ragionevolezza], quale meccanismo regolato (nello schema del rito) ed anche sistema disciplinato (quello è oggetto di scrutinio), allineato al sindacato verticistico [sulla diffusività di quest'ultimo, v. Cass., sez. I, 3.6.2004, Zidda, *RP*, 2005, 1389, che ritiene ammissibile il ricorso per cassazione fondato esclusivamente sulla questione di legittimità costituzionale di una norma, di cui debba essere fatta applicazione nel procedimento. In merito al « diritto fondato sulla ragione », v. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma–Bari, 1985, 504]. Pure il rito è **meccanismo regolato e regolatore** (della regiudicanda, quando *iudex ius dicere*). Norma “annunciata” (incriminatrice di parte speciale) *erga omnes*, fatto “denunciato” *contra aliquem* (soggetto a controllo), regola “enunciata” (la sua forma è la sentenza) *in personam*: si tratta del ciclo, ternario, di produzione giuridica d'impronta sillogistica (elemento apicale–tratto intermedio–elemento epilogativo), dalla fonte (*lex generalis*) alla foce

(*lex specialis*) [neppure i misteri sono contrari alla **ragione** (quelli della fede, i due principali: Unità e Trinità, incarnazione, passione e morte). L'enciclopedista francese Perre Bayle (l'opera più famosa è *Dizionario storico-critico*), sull'inconciliabilità tra fede e ragione, affrontò il problema del male. Scrive risolutamente CORDERO, *Riti*, cit., 53, premettendo il noto articolo di S. Satta sul « mistero del processo » (MP, 273–88, a proposito degli « atti senza scopo »), e quindi « I “legòmena” sul cosiddetto mistero del processo », che « al mondo non esistono cose intellettualmente impenetrabili; è un fatto esplorabile anche la visio beatifica offerta al mystes nel telesterion eleusino ». Per gli stoici (la cui dottrina conta due fasi a partire dal 300 a.C., la seconda detta stoicismo medio), la logica rappresentava una sezione della filosofia dominata dal *lógos*. *Ab universalis ad particularem*, intreccia una delle *consequentiae formales* della logica scolastica [*Ad universalis ad particularem, sive indefinitam sive singularem valet (tenet) consequentia*]. Emblematico l'ordinato schema ternario, chiuso e discendente (legislatore–accusatore–giudice), risalente a (ll'antesignano) Licurgo [probabilmente, il più inesorabile ed irreprensibile accusatore del diritto antico]: « La legge ha la funzione di prescrivere quel che non si deve fare, l'accusatore di denunciare quelli che sono incorsi nelle penalità stabilite dalla legge, il giudice di punire quelli che gli vengano designati dall'una e dall'altro » [LICURGO, a cura di E. MALCOVATI, in *Oratori attici minori*, I, *Iperide, Eschine, Licurgo*, a cura di M. Marzi, P. Leone, E. Malcovati, Torino, 1995, 831 (e degli oratori Attici Demetrio Falereo fu l'ultimo)]. # Variante: “**sentenza sulla sentenza**”, quando il riconoscimento di una sentenza straniera viene deliberato con la forma della sentenza [art. 734 c.p.p., sostituito dall'art. 8, comma 1, lett. d), D.Lgs 3 ottobre 2017, n. 149] [sul punto, v. F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 872: « Procedimento. Valgono le 10 norme sul rituale in camera di consiglio, dettate all'art. 127: l'unica variante attiene alla forma dell'atto conclusivo: è una sentenza ». Cfr. P. PITTARO, Sub art. 734, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, VI, Torino, 1991, 833 s.; R. PILLONI, Sub art. 734, in G. BOLLINI, M. CONFORTINI, *I codici ipertestuali. Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Gaito, con la collaborazione di Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello, Torino, 2012, 4280 s. # In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass. civ., sez. un., sent. 5.7.2017, n. 16601, Axo, *GD*, 2017, n. 39, 50–51].

AA *Res cogitans* (l'appartenenza al conio: il legislatore che formula le norme e le sue tavole) e *res extensa* (l'appartenenza all'orizzonte: il giudice, dotato di *téchne*, e i testi delle sentenze) [il pensiero platonico distingue tre tipi di “arti” (*téchnai*); il lemma *téchne* designa, indistintamente, ogni forma di applicazione pratica la cui esecuzione avviene seguendo regole e principi]

occupano ed esauriscono lo spazio di quella produzione, sempre nella declinazione sillogistica di matrice illuministica (il c.d. sillogismo perfetto) [di Cesare Beccaria, il più rappresentativo esponente dell'illuminismo lombardo (per « le barbarie della giurisprudenza », può ricordarsi A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, in *Tutte le opere*, prem. R. Bacchelli, I, Firenze, 1973, 1277). Cfr. L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fondato da G. Tarello, 2015, n. 1, 137: « Cesare Beccaria può ben dirsi il padre del moderno diritto penale, da lui concepito. . . come sistema di garanzie dell'individuo »; M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, *ivi*, 163, parlando di « una teoria conoscitiva di ogni giudizio, tanto penale quanto civile; la (pretesa) descrizione di come il giudice ragiona ». Sulla “tenuta” del « nostro disastroso sistema punitivo », v., recentemente, T. PADOVANI, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, *GD*, 2016, n. 1, 10 s.]. Due le dimensioni, dunque, o piani, ordinati e coordinati (come per le note asse delle ascisse e asse delle ordinate), che delimitano lo spazio considerato.

B Il processo (la disciplina o “esperienza” del) [la c.d. dottrina dell'esperienza giuridica (il riferimento al sostantivo deriva dall'arsenale lessicale di taluni ambienti filosofici del primo Novecento ispirati al movimento anti-intellettualistico che ha concorso alla formazione europea di quegli anni) — e che potrebbe sintetizzarsi nella (seguente) formula: *scientia sive experientia* — risulta compiutamente esposta (secondo un costrutto di intrinseca specialità) da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Roma 1937), a cura di P. Piovanini, Milano, 1962, 146–147: « Ora la scienza del diritto conosce il diritto, perché ne ha esperienza », e l'intentata equazione l'A. la esprime, *scīlicet*, nella « posizione di inerenza della scienza nell'esperienza. . . Poiché la scienza fa parte, e non parte esteriore ma parte integrale dell'esperienza, poiché la scienza è l'esperienza stessa in un suo momento, conoscere l'esperienza significa adeguare l'esperienza a sè stessa » (M. CIOFFI, *Giuseppe Capograssi giurista e filosofo cattolico nella crisi del suo tempo*, *Iustitia*, 2017, n. 2, 197, il quale ricorda che G.C. « occupa un posto di rilievo nella cultura italiana del Novecento »); e le ragioni dell'adozione del concetto di esperienza giuridica sono esposte dall'OPOCHER E., *Concetto di esperienza giuridica e idealismo*, *RIFD*, 1950, 101–109 (già, nel 1934, J. DEWEY, aveva pubblicato *Arte come esperienza*, con cui codificava la continuità tra l'esperienza ordinaria e quella creativa). # Ma la sua estensione non è illimitata, nella dottrina wittgensteiniana: l'esperienza decide se l'enunciato sia vero o falso, ma non il senso di esso (*Ob der Satz wahr oder falsch ist, wird durch die Erfahrung entschieden, aber nicht sein Sinn*). E così, se J. LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana*, in *Le domande della filosofia*. *Mente*, a cura di M. Ferraris, Roma, 2012, 63 recisamente scrive « l'esperienza. È questo il fondamento di tutte le nostre conoscenze », si

interroga G.W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, ivi, 64: «L'esperienza è necessaria, lo ammetto... ma qual è il mezzo per cui l'esperienza e i sensi possono darci delle idee?». # L'esperienza, nel processo penale, può integrare una massima, la quale può dettare al giudizio una regola (sull'uso delle massime di esperienza, da parte del giudice, v., recentemente, Cass., sez. VI, sent. 5.1.2017, n. 487, Di Pietro e altri, *GD*, 2017, n. 7, 82–83) può ricondursi, essenzialmente, alla matrice del *laissez-faire*, concependolo quale metodo per la risoluzione (e chiusura della forbice) dei conflitti, e a quella *welfare*, quale canale per l'attuazione di scelte di politica legislativa [R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 69: «Supponiamo per esempio, che un giudice sia persuaso che l'industria automobilistica fiorirà se egli abroga una vecchia legge e ne inventa una nuova a favore e che l'economia in generale trarrà beneficio se lo avrà l'industria automobilistica. È questa una buona ragione per cambiare una legge?» (ma l'esempio appare sbilanciato, salvo che l'A. si riferisse, solo per un certo tratto e *mutato nomine*, non al giudice degli uomini, piuttosto a quello delle leggi. In materia, v., recentemente, G.M. SALERNO, *Corte costituzionale, la difficile missione di preservare i diritti*, *GD*, 2016, n. 18, 10 s., sulla «presenza della Corte come giudice dei diritti e dei conflitti»). # Le (radicali) posizioni dei filosofi ed economisti ultraliberisti (come Robert Nozich), teorici dello “*Stato minimo*” (ma non del ritorno al *laissez-faire*, di stampo ottocentesco) — nel campo finanziario — possono porsi a confronto con il pensiero dell'economista inglese John Maynard Keynes (con l'interventismo delle politiche keynesiane); si dimostrò, agli inizi degli anni Trenta, dopo la “Grande crisi” (che travolse le economie dei Paesi industrializzati), e in opposizione alla scuola neoclassica (Alfred Marshall, Vilfredo Pareto), che la garanzia del pieno impiego dei fattori produttivi non è, sempre ed automaticamente, assicurata dal libero gioco delle forze economiche, dalla capacità autoregolatrice del mercato (la distinzione, «psicologica e sociologica... tra azioni logiche e quelle non logiche», di Vilfredo Pareto, è richiamata, in tali termini, da E. FERRI, *Difese penali*, I, Torino, 1925, 39, per la Scuola positiva)].

BB Il rapporto generato (di filiazione) è fra struttura (rito regolato) e sovrastruttura (ideologia), tra base ontica e dimensione deontica (*Is-ought*) [nella legge di Hume è un principio metaetico]. Esclusa la neutralità della funzione (ciò che, invece, potrebbe configurarsi: mero accertamento della questione storica) [d'altra parte, in diverso ambito scientifico appunto, è nota la contrapposizione tra “finanza neutrale” (nell'Ottocento) e “finanza funzionale” (nel Novecento), di espansione dell'economia pubblica], nel firmamento del fenomeno considerato appaiono enucleati due modelli (storici: inquisitorio e accusatorio, nell'epigènesi) che danno vita

(dalla fonte) ad altrettanti moduli (alla foce) [v., ad esempio, F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, Roma–Bari, 1985, 20, nt. 6: « sappiamo quante cose sinistre. . . implichi nell’inferno inquisitorio. . . (il contraddittorio è fisiologicamente estraneo alle tecniche inquisitoriali) ». # Per « una storia della procedura penale comparata dall’Italia liberale al codice del 1989 », v. E. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870–1989)*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 3 s.], di quelli dimostrativi (epicherèma), come nel genere epidittico [quale modello dell’oratoria epidittica, si cita il testo dell’*Encomio di Elena* del sofista Gorgia]. Altra, più generale, dicotomia distingue sistemi processuali angloamericani (*common law*) e continentali (*civil law*) [L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 392: « Un’altra importante caratteristica del modello di giustizia secondo l’esperienza inglese e più in generale dei paesi di *common law* consiste in ciò che la disciplina della procedura, sia civile che penale, è stata e continua tuttora ad essere dettata. . . da regolamenti (*rules*) rimessi alla competenza degli stessi giudici e più in generale degli ambienti forensi »; cfr., pure, N. PARISI, *I diritti fondamentali nell’Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dell’unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, a cura di U. Draetta, N. Parisi, D. Rinoldi, Napoli, 2007, 123: « Tradizionalmente per gli ordinamenti di *civil law* la legalità penale comporta la necessità di associare all’adozione della norma penale (sostanziale e processuale) l’istituzione parlamentare. . . Il principio di democrazia, sotteso all’esigenza di rispetto della legalità penale, è peraltro garantito per altre vie negli ordinamenti di *common law* »; e, recentemente e specificamente, A. MANNA, *Il principio di legalità*, AP, 2017, web, nel cui ambito analizza il principio di stretta legalità nell’ottica della legalità penale tradizionale, quella c.d. *in the books* e quella, di recente emersione, nei Paesi di *civil law*, ovvero sia la c.d. *law in action*, entrambe ormai ritenute fonti di diritto anche in materia penale: « Il richiamo, tuttavia, ai principi fondanti il diritto penale, soprattutto nei sistemi di *civil law*, rischia l’accusa, da parte dei seguaci delle più moderne tendenze ermeneutiche di un neopositivismo penale, cioè di un ancoraggio quasi fideistico alla norma di legge come espressione della volontà popolare. In tal modo, però, non si tiene appunto nel dovuto conto che la stessa volontà popolare è anche espressa dall’organo giudicante ». Cfr. P.P. PORTINARO, *Legalità, principio di*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 217 che riporta i due modi in cui « si può intendere la legge come *legge in senso formale*. . . oppure come *legge in senso materiale*, come norma giuridica dotata di qualità oggettive » (Cass., sez. I, 12.9.2014, n. 37577, CP, 2014, 4107 s., m. 765.4, si occupa delle espressioni esteriori, evocative del disciolto partito fascista, contrassegnandone l’idoneità lesiva per l’ordinamento democratico ed i valori ad esso sottesi). Recentemente è intervenuto nel dibattito GAROFOLI, *Diritto*, cit., 8, per segnalare che « il processo italiano è permeato dall’esigenza di

giungere ad una decisione giusta che contenga l'accertamento della verità; il sistema di *Common Law*, al contrario, si dimostra più propenso ad assicurare un "Fair Trial", ossia regole del gioco uguali per le parti e una procedura garante della naturale selezione delle forze ». Sulla Legge 23.6.2017, n. 103, v. R. BRICCHETTI, *Reclusione più lunga, per voto di scambio, furti e rapine, GD*, 2017, n. 32, 10 s., per l'inasprimento delle pene riguardanti sei reati].

BB1 Si richiama una sottocategoria binaria: la contrapposizione di sistemi *adversarial* a quelli inquisitori [ricorda M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 30: « Nel XII secolo la dicotomia era già in uso allo scopo di distinguere i procedimenti che richiedevano l'impulso di parte (*processus per accusationem*), da quelli che potevano iniziare anche in assenza di parti (*processus per inquisitionem*). . . Il modello processuale *adversarial* ha la forma di una contesa o . . . disputa: si configura come una lotta tra due avversari di fronte ad un arbitro relativamente passivo. . . Il modello *non-adversary* è invece strutturato con un'indagine ufficiale ». V., pure, F. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo adversary*, Milano, 1988, 211; G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattito: l'assunzione diretta delle prove, FI*, 1988, V, 364].

C Nelle tavole kelseniane il rapporto è internormativo, regolato dalla nomodinamica, quale schema esplicativo della validità verticale della norma, inserita nella *Stufenbautheorie* (Teoria della costruzione a gradi).

CC Nella scala delle ascendenze, si staglia l'*Idealtypus* di concezione weberiana. Essenzialità significa, pure, che l'inquadramento, come nell'ideale stilistico, può essere difettivo (senza esserne un difetto sistematico), essendo sufficiente che ricorrano quasi tutte le caratteristiche tipiche [esemplificativamente: la cattedrale di *Notre dame* di Parigi, pur senza guglie, non può non dirsi gotica (per tale esempio, si rinvia a DAMAŠKA, *I volti della giustizia*, cit., 34, nt. 6)].

D Il rito non è una vicenda eslege (*exlex*), vi domina *Nomos* pianificatore [kelsenianamente il diritto appartiene al mondo del dover essere (*Sollen*; *Kathékon* nella dottrina stoica) e non a quello dell'essere (*Sein*); l'anomia, non meno

della teratologia, farebbe perdere l'identità al processo, per definizione fonte della *lex specialis*, nei termini dell'esegesi chiovendiana, a sua volta proiezione della *lex generalis*] [ma, nel dialogo del *Gorgia* platonico Callicle è fautore della distinzione, antitetica, tra *physis* e *nomos*, natura e legge, concepite, appunto, « in pieno contrasto fra loro » (482e), ponendo la natura al di sopra di *nomos*. Cfr. ARISTOTELE, *Politica Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Bari, 1972, 501, 16, riferendosi alla Costituzione di Solone e ad altre sue leggi: « Riportate le leggi sopra dei prismi lignei, li collocarono nel portico del Re e giurarono di attenersi tutti »; quelli consistevano in tavolette rettangolari colorate di bianco... quattro e scorrenti intorno ad un asse e sopra vi erano riportate le disposizioni di legge (GELL. *Noct. att.* II, 12, sulle leggi di Solone, incise « *axibus ligneis* »)]; *Kronos* segna le singole partizioni e scandisce il ritmo alternato del giudizio penale (simboleggiato dalla *klepsydra*) [PLATONE, *Apologia di Socrate*, a cura di E. Avezzù, Venezia, 1994, 51, chiamato in giudizio nel 399 a.C.: « E sia: si tratta di difendersi... in così poco tempo ». In ragione di una proprietà distributiva, veniva assegnato, alle singole parti, sia per la requisitoria che per l'arringa e le eventuali repliche (ascolto delle), un tempo prefissato rapportato all'importanza del processo e che veniva misurato (di solito, intorno all'ora) con una clessidra ad acqua (ARISTOTELE, *Politica*, cit., 501, 213. 2 s. « Ci sono le clessidre munite di tubicini di scolo: in esse si versa il liquido in quantità proporzionata alla durata della discussione. Sono accordati... cinque congi per le cause inferiori alle 1000 dracme e due alla replica, sei congi per le contestazioni tra privati in cui non c'è replica. Il giudice preposto alla clessidra tappa il tubo quando il segretario dà lettura di una legge o di una testimonianza... ma quando si tratta di un processo che dura per l'intera giornata distribuita in più parti, allora non tappa il tubo ma un'uguale quantità di acqua è concessa all'accusa e alla difesa. La misura del giorno è calcolata secondo i giorni del mese di Posidone ») (il congio o boccia equivaleva a l. 3, 50), per la quale v. S. YOUNG, *An Athenian Clepsydra*, in *Hesperia* 8, 1939, 274–284; per il computo dei discorsi giudiziari, v. A. ROME, *La vitesse de parole des orateurs attique*, in *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie Royale de Belgique* 38, 1952, 596–609], e *Dike* ne regola la materia lungo i binari [sul «l'eterno conflitto fra giustizia e diritto», v. S. SATTÀ, *De profundis*, Milano, 1980, 9. # Ma, per la massiccia dommatica tedesca, la decisione deve essere, più che giusta, rituale (J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1965, 465 s.). S. HABERL, *La formazione del giurista tedesco fra tradizione e propositi di riforma*, SI, 2017, n. 7–8, 825: « l'educazione del giurista tedesco è ancora oggi basata sul modello dell'*Einheitsjurist*: il "giurista unico" o unitario, cioè un modello di giurista non specializzato ma generalista »]. La terna designa enti ordinatori, a cui si aggiunge, per la trasmissione *interna corporis*, l'impulso di *Hermes* [nel processo romano — scrive G. CHIOVENDA, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894–1937)*, II, Milano, 1993, 238 —