



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
4/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



4/2019

LA MORFOLOGIA DEL PROCESSO PENALE. UN APPROCCIO STORICO-FILOSOFICO ALL'EPISTEMOLOGIA GIUDIZIARIA

di Claudio Costanzi

Abstract. *Quale “palcoscenico privilegiato” della relazione dell’uomo con la verità, la giurisdizione penale si è per molti secoli rivelata uno degli strumenti prediletti dai regimi politici per assicurarsi il controllo della ricostruzione dei fatti. Oggi, di converso, l’alto grado di credibilità razionale della decisione e l’assenza di qualsivoglia prova legale assurgono a valore irrinunciabile e legittimante dell’intero sistema processuale. Invero, la liturgia del giudizio presuppone da sempre una chiara politica della verità, dalla quale il processualpenalista non può certo prescindere. Il fil rouge che lega intrinsecamente processo penale e sovrastrutture del potere appare, conseguentemente, ineliminabile. Ripensare la storia del processo penale in termini morfologici, dall’epoca classica a quella contemporanea, operando entro il solco nitidamente tracciato da Foucault, consente di affrontare da una prospettiva inconsueta le tradizionali questioni del diritto delle prove penali. Un simile approccio, inoltre, rende possibile ridefinire il modello accusatorio e il modello inquisitorio attraverso i connotati del substrato filosofico e istituzionale nel quale sono inseriti. Nel far ciò, il contributo si prefigge l’obiettivo di indagare le interazioni tra forme giuridiche della verità e le pratiche criminali, propugnando la necessità di affrontare le sfide del XXI secolo con una rinnovata consapevolezza che il formante politico determina – e non solo influenza – l’intera euristica giudiziaria.*

«La verità è come la luce, che dal contrasto sfavilla di due corpi, che si percuotono a vicenda [...]. La confrontazione è la pietra paragone della verità; e dove per lo sistema de’ criminali giudizj è questa confrontazione sconosciuta, ivi il caso più che la Verità dirige le sentenze de’ giudici»¹.

SOMMARIO: 1. Una premessa kantiana. – 2. La nascita dell’indagine giudiziaria tra vero e sacro nell’Edipo Re. – 3. *Aequum iudicium* e *lumen veritatis* nel processo penale romano. – 4. Delle ordalie e della “seconda nascita” dell’indagine. – 5. L’estorsione della verità. – 6. Verso la concezione moderna di prova. – 7. Conclusioni. Le nuove sfide del processo penale del XXI secolo.

¹ F.M. PAGANO, *Istituzioni criminali*, Tomo I, Milano, 1803, 118.

1. Una premessa kantiana.

Tra tutti gli algoritmi conoscitivi posti in essere dall'uomo per la ricostruzione dei fatti del passato, il processo – e in particolare il processo penale – è senz'altro uno dei più emblematici. La storia delle pratiche giudiziarie consta, infatti, di una successione ininterrotta di sovrastrutture sempre intrise di ambizioni epistemiche, ancorché estremamente variegate. Ogni ordinamento processuale è espressione dell'assunto che la Giustizia possa realizzarsi solo per il tramite di procedure date². Procedure "giuste" à la Rawls nella misura in cui siano almeno finalizzate all'emersione e registrazione ermetica del vero³.

Invero, considerare la procedura penale quale sovrastruttura del tutto *neutrale* rispetto all'oggetto dell'accertamento consente di cogliere solo in minima parte il complesso fenomeno dell'accertamento dei fatti nel processo. Una delle più grandi conquiste della epistemologia giudiziaria moderna, a sua volta mutuata dalla filosofia della scienza, consiste nella constatazione che «lo svolgimento concreto e specifico del singolo processo condiziona in vario modo il contenuto della decisione finale»⁴, senza alcuna eccezione.

I *luoghi del sapere* e i *soggetti di conoscenza* devono essere considerati parte integrante della verità che intendono accertare nella misura in cui, per dirla con Michel Foucault, «le condizioni politiche ed economiche non sono un velo o un ostacolo per il soggetto di conoscenza, ma ciò attraverso cui si formano i soggetti di conoscenza e di conseguenza i rapporti di verità»⁵. La rivoluzione copernicana della "umanizzazione"

² M. TARUFFO, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion Pratica*, 1997, n. 9, 145 ss.

³ Rawls individua l'essenza *etica* delle norme processuali non già nella garanzia di un esito certamente coincidente con il vero, bensì nella loro finalizzazione a un simile esito. In questi termini, se un processo *giusto* può avere occasionalmente come esito un giudizio ingiusto, qualsiasi processo non finalizzato alla emersione del vero contamina *in radice* di ingiustizia il risultato (cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETONE, Milano, 1997, 85 ss.). In tal senso, si v. anche G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. L'uomo, il diritto, la giustizia.*, Torino, vol. 3, 2002, 241.

⁴ M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 290. Cfr. chiaramente anche G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 49 ss. dove si legge appunto che «un esito degli studi epistemologici non sempre presente ai giuristi, ma ormai divenuto patrimonio generale della cultura filosofico-scientifica contemporanea, è costituito dal riconoscimento che qualunque risultato di un'indagine fattuale è dipendente dal contesto in cui quest'ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate». È d'altronde un punto fermo negli studi di epistemologia sin dagli anni Trenta, come testimonia L. FLECK, *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico. Per una teoria dello stile e del collettivo di pensiero* (1935), trad. it., Bologna, 1983, spec. 178 ss., nonché K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto correttivo della scienza* (1934), Torino, 1970, 101 ss.

⁵ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli, 2007, 49.

dell'universo operata da Kant⁶, consente di rilevare finalmente che «il cosmo reca l'impronta del nostro spirito»⁷.

Pertanto, se è ormai innegabile che «lo sperimentatore fa parte del sistema sperimentale»⁸, deve ammettersi che l'oggetto dell'accertamento del processo penale rechi kantianamente le tracce indelebili della relazione tra un determinato ordinamento giuridico, sociale e culturale e la verità⁹. D'altronde, l'idea che il processo penale possa svolgere una funzione meramente *descrittiva* dei fatti da accertare, oltre ad essere gnoseologicamente insostenibile, è storicamente smentita dalle spasmodiche ambizioni di controllo della giustizia penale variamente manifestate dal potere politico.

In quanto palcoscenici privilegiati delle «relazioni tra l'uomo e la verità»¹⁰, le pratiche criminali si prestano ad essere ricostruite, secondo il suggerimento di Foucault, seguendo un ordine non solo cronologico, ma anche morfologico e sincronico¹¹ che evidenzia il rapporto tra la procedura e il ruolo socialmente tributato alla verità. Da una

⁶ Nella prefazione alla seconda edizione in I. KANT, *Critica della ragion pura*, a cura di P. CHIODI, Torino, 2004, 44, si legge un significativo riferimento a Copernico: «Sinora si è ammesso che ogni nostra conoscenza dovesse regolarsi sugli oggetti. Noi invece abbiamo dimostrato vera l'ipotesi opposta, che gli oggetti debbano regolarsi sulla nostra conoscenza. Ora è proprio come per la prima idea di Copernico; il quale, vedendo che non poteva spiegare i movimenti celesti ammettendo che tutta la moltitudine degli astri rotasse intorno allo spettatore, cercò se non potesse riuscir meglio supponendo che fosse l'osservatore a girare, e che gli astri invece stessero fermi. Quindi non è men vero quel che io affermo riguardo alle leggi dell'intelletto, che cioè l'intelletto non attinge le sue leggi dalla natura, bensì piuttosto le impone ad essa».

⁷ K. R. POPPER, *Come io vedo la filosofia e altri saggi*, Roma, 2005, 69. Per Heisenberg, inoltre, «il metodo scientifico [deve diventare] consapevole che il suo intervento modifica e trasforma il suo oggetto [da cui] non può più separarsi» (W. HEISENBERG, *La teoria dei colori di Newton e di Goethe alla luce della fisica moderna* (1941), in ID., *Mutamenti nelle basi della scienza* (1942), trad. it., Torino, 1944, 82).

Conferme forse inaspettate arrivano dalla teoria della relatività di Einstein, il quale però non si limita a prendere atto della intrinseca e inscindibile influenza della realtà nella quale viene espresso un giudizio scientifico sulla validità dello stesso, ma cerca di correggerlo, ripulendolo da ogni possibile interferenza. «Ogni esame serio di una teoria fisica deve tener conto della distinzione tra la realtà oggettiva, che è indipendente da qualsiasi teoria, e i concetti fisici con i quali la teoria opera. Questi concetti sono intesi corrispondere alla realtà oggettiva e mediante questi concetti ci formiamo un'immagine di questa realtà». Così si apre l'articolo di A. EINSTEIN – B. PODOLSKY – N. ROSEN, *Can Quantum-Mechanical Description of Physical Reality Be Considered Complete?*, in *Phys. Rev.*, 1935, 777, qui nella traduzione offerta in S. PETRUCCIOLI (diretta da), *Storia della scienza*, vol. VIII, Roma, 2004, 29.

⁸ J. P. SARTE, *Questioni di metodo* (1957), trad. it., in ID., *Critica della ragione dialettica. I. Teoria dei sistemi pratici*, I, Il saggiatore, Milano, 1963, 37. Cfr. similmente anche L. FLECK, *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico. Per una teoria dello stile e del collettivo di pensiero*, cit., 178 ss. e K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto correttivo della scienza*, cit., 101 ss. Si deve quindi ritenere che ogni sistema conoscitivo della verità polisemicamente intesa «presupponga, oltre al "sistema" (o oggetto), anche un "misuratore" (o soggetto)» (J. S. BELL, *Dicibile e indicibile in meccanica quantistica*, Milano, 2010, 53), talché «se si può parlare di un'immagine della natura propria della scienza esatta del nostro tempo, non si tratta più propriamente di un'immagine della natura, ma di una immagine del nostro rapporto con la natura» (W. HEISENBERG, *Natura e fisica moderna*, trad. it., Milano 1985, 54 ss.).

⁹ Costatazione, questa, di rado colta dai giuristi, come constata laconico Giulio Ubertis in apertura di G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 4.

¹⁰ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 32.

¹¹ Così suggerisce L. D'ALESSANDRO, *Regola giuridica e regola di verità*, in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 14.

simile ricostruzione sembra possibile trarre la consapevolezza necessaria per affrontare le sfide imposte al processo penale del XXI secolo dalla mutata relazione tra uomo e verità alla luce della Rivoluzione digitale e tecnologica.

2. La nascita dell'indagine giudiziaria tra vero e sacro nell'Edipo Re.

Si potrebbe rilevare che «il processo è frutto storico della civiltà umana; non di tutte le civiltà o di tutte le culture, ma di quelle che riconoscono la problematicità della giustizia e della verità»¹², ipotizzando di non riconoscere dignità pienamente processuale a quei luoghi di dominio del sapere che pur scontrandosi con la verità, non sentono l'esigenza di ricostruirla attraverso algoritmi conoscitivi in forma processuale validi ed efficaci¹³, se non per pura casualità¹⁴. In realtà ogni pratica giudiziaria si è sviluppata lungo una sottile linea rossa, a metà tra quelli che Cordero chiama gli «orientamenti di cultura, dalla religione all'epistemologia»¹⁵, e le esigenze del formante politico, cui inevitabilmente il diritto e i concetti che ivi si utilizzano si informano. Per queste ragioni occorre vincolare la storia della verità, come si è anticipato, alla storia del processo penale, partendo inevitabilmente dalla più antica testimonianza della ricaduta epistemica delle pratiche giudiziarie greche¹⁶ che ci offre l'*Edipo Re* di Sofocle. Nel corso della tragedia si danno chiari richiami al meccanismo decisorio arcaico del giuramento¹⁷, ma è il cuore dell'opera a ospitare la ricerca della verità sull'assassino di Laio, precedente

¹² Cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. L'uomo, il diritto, la giustizia*, cit., 234 ss., richiamando in nota il lavoro di A. BETTETINI, *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della Chiesa*, Padova, 2002.

¹³ La pratica giudiziaria del linciaggio, cui si contrappone il processo, è definita «sanzione con illecito ma senza giudizio» come una delle possibili combinazioni di illecito, sanzione e giudizio che la storia del processo penale ha conosciuto in F. BELLINI, *Responsabilità. Tema con variazioni*, Milano, 2011, 53. Essa, pur basandosi su un giudizio collettivo potenzialmente certo e vero (l'omicida colto in flagrante dalla folla), non appare ai nostri occhi ammissibile, perché l'accertamento processuale dei fatti, che qui manca completamente, è garanzia e parte stessa della verità e il solo giudizio, non corroborato da un giusto processo, anche nei casi di colpevolezza apparentemente cogente, non può essere sufficiente.

¹⁴ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. L'uomo, il diritto, la giustizia*, cit., 238, fa correttamente notare che in questo caso il giudizio, pur conforme al vero, non contribuisce ad accrescere né la vita etica di una società né a renderla più giusta.

¹⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, III ed., Padova, 1974, 4.

¹⁶ In tal senso si esprime M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 53, che però dà conto di un precedente in OMERO, *Iliade*, XXIII, vv. 258-615, relativo a un caso di cosiddetta prova della verità, con il deferimento di giuramento solenne dinnanzi alle divinità di non aver commesso irregolarità in una disputa sportiva tra Antiloco e Menelao. Tra la storia in questione e la storia di Edipo trascorsero alcuni secoli, eppure anche in quest'ultima si rinvengono tracce di questo arcaico strumento di prova (che ritroveremo non solo nelle pratiche criminali e giudiziarie del medioevo, ma che tutt'oggi richiama piuttosto chiaramente il deferimento di giuramento decisorio e suppletorio nel processo civile di cui agli articoli 233 e seguenti del Codice di procedura civile). Per una disamina storiografica dei temi giuridici, specie di quelli legati al fenomeno della giustizia, si rinvia a C. PELLOSO, *Themis e Dike in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, nonché al recente M. CARTABIA-L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone, Creonte*, Bologna, 2018.

¹⁷ Per esempio, in SOFOCLE, *Edipo Re*, vv. 642-563 Creonte, messaggero del sovrano nei rapporti con l'oracolo, giura per scagionarsi dall'accusa di aver cospirato contro Edipo.

re della città di Tebe la cui morte rimasta impunita è individuata dall'oracolo di Delfi come causa della terribile pestilenza che il popolo chiede a Edipo di debellare. Tuttavia, mentre l'oracolo ha individuato con facilità la causa della pestilenza, dinnanzi alla richiesta di indicare il colpevole, così da poterlo punire ed eliminare la maledizione, rimane silente. Un silenzio, ancora una volta¹⁸ estremamente edificante, che ha obbligato a ricercare *aliunde* la verità sul regicidio. Edipo, quale re, *indi* titolare dell'azione penale, si domanda «dove cercare i segni perduti di una colpa già remota»¹⁹ sottolineando il problema, qui ancora *in nuce*, che quotidianamente i tribunali sono chiamati a risolvere, *i. e.* la ricostruzione di verità storiche a partire dalle tracce che esse potrebbero aver lasciato nella realtà attuale o nella memoria di testimoni. Sofocle ci dà conto di un significativo mutamento qualitativo, senza però enfatizzarlo: la nascita dell'indagine ricostruttiva attraverso la testimonianza e l'inizio di una progressiva erosione del giuramento decisorio. Richiesto consiglio a un indovino che accusa lo stesso Edipo di aver ucciso il predecessore²⁰, sorge l'esigenza di individuare una prova testimoniale del fatto afferente a un tempo passato senza il ricorso a profezie di sorta, le quali possono collocarsi, nell'economia del presente discorso, sullo stesso piano dei meri giudizi. L'accusa, tutta fondata su una *doxa* commista alla riverenza verso gli dèi, trova una necessaria, graduale e totale conferma nelle testimonianze di due umili schiavi e pastori, testimoni diretti del delitto. Il passaggio dalla verità del discorso profetico, alto e criptico, si sostanzia in una accezione empirica, tanto semplice da essere attribuibile anche (*e, a fortiori*) a due schiavi, soggetti comunemente esclusi dalla vita pubblica greca. Il grande valore che Sofocle ha voluto attribuire al ricordo degli uomini, paragonato alle profezie degli dèi, rende pienamente giustizia, cacciando Edipo e rivendicando il «diritto di giudicare, di dire la verità, di opporre la verità ai suoi stessi signori, di giudicare coloro che governavano»²¹. La grande conquista della democrazia ateniese è lo sviluppo di un nuovo tipo di conoscenza, tutt'altro che limitato alla storia dell'epistemologia giudiziaria. Nasce l'esigenza epistemica di un processo, qui inteso come semplici e sistematiche forme dell'indagine (*exetasis*²²), compresa la conoscenza per testimonianza e per ricerca, di cui il processo a Edipo si serve, ma a cui attingono abbondantemente anche altre scienze, come la storiografia, poste a fondamento di tutto il sapere nella filosofia aristotelica. Non a caso i greci descrivevano la verità in negativo come *a-letheia*, letteralmente "che *non* si nasconde", "che esce dall'oblio (*lèthe*)"²³, rendendo sicuramente più facile l'emersione e il radicamento di una forma di scoperta giudiziaria della verità intesa come indagine. Il concetto greco di verità non ha nulla a che vedere con il concetto

¹⁸ Il riferimento è al silenzio seguito al quesito di Pilato "*quid est veritas?*", come alveo nel quale scorre tutt'oggi la linfa che alimenta l'epistemologia giudiziaria.

¹⁹ SOFOCLE, *Edipo Re*, v. 109.

²⁰ *Ibidem*, vv. 351-354.

²¹ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 78.

²² Così Socrate, tra gli altri, chiama l'esame dialettico volto a far emergere il falso (in PLATONE, *Apologia di Socrate*, 21 b – e, 30; 31 d – e).

²³ Sulla significativa peculiarità dell'accezione greca di verità in negativo espressa dal lemma *aletheia* contrapposta alla *veritas* latina e alla *Wahrheit* tedesca si concentra ampiamente M. HEIDEGGER, *Dottrina platonica della verità*, in *Segnavia*, Milano, 1987, 159 ss.

di corrispondenza, non si riferisce a una asserzione, bensì a un “ente” come sostenuto da Heidegger²⁴. Di qualche decennio successiva all’*Edipo Re*²⁵ è la celebre orazione di Lisia pronunciata davanti al Delfino²⁶ alla fine del V secolo per difendere Eufileto dall’accusa di omicidio premeditato di Eratostene²⁷, che dà conto non solo di una natura finalmente conoscitiva del processo attico (di stampo accusatorio) attraverso un’indagine, ma anche di una certa abilità nel (non) maneggiare il concetto di *aletheia* in una sede processuale. Tutta la difesa del noto lologofo è incentrata sul tema dell’*eikòs*, traducibile come ‘verosimile’, aspirando a persuadere l’uditorio, che svolge la funzione di giuria, non già rincorrendo la verità, ma accontentandosi della logica della verosimiglianza, presentata con certezza e supportata da ragionamenti per assurdo (ovviamente confermativi delle proprie tesi e denigratorie di quelle avversarie). Così, per difendere Eufileto dalla accusa di premeditazione, Lisia invita i giurati a ragionare come se fossero essi stessi criminali in procinto di commettere un omicidio premeditato, facendo loro presente che la sera dell’assassinio l’accusato aveva invitato nella propria casa un parente, sfruttando un dato certo per persuadere della sua innocenza²⁸. Si cerca di ottenere la prova di un fatto attraverso la negazione logica del suo contrario, assumendolo come ipotesi e dimostrandone la sua assurdità per far convenire infine sulla sua falsità. È solo a questo punto che Lisia attinge al tema della *aletheia*, non senza il supporto di un’abilità oratoria che lo porta a passare (forse con troppa disinvoltura) dalla prova della falsità dell’opposto di un fatto alla prova del fatto stesso. Lisia riesce così a incanalare la giuria in un *cul de sac* cognitivo in cui il verosimile si tramuta in *quid pluris*, in una *normalità* dell’accadere (e anche in questo senso è possibile tradurre *eikòs*) presentato come *necessità* dell’accadere. Quello che propugna Lisia è però un paradigma processuale, che per De Lalla coincide sostanzialmente con il sistema probatorio adottato²⁹, in cui più che dimostrare occorre persuadere, rivelando la doppia natura della verosimiglianza, tanto vicina alla verità quanto sua possibile detrattrice³⁰. Pur tuttavia

²⁴ *Ibidem*, 188.

²⁵ Sebbene non sia pacifica la datazione dell’*Edipo Re*, l’opera, rappresentata postuma solo nel 401 a. C., precede di almeno vent’anni l’orazione in questione.

²⁶ Sacratio in onore di Apollo in cui si giudicavano, nella tradizione giuridica attica, gli omicidi che affermassero di aver ucciso legittimamente.

²⁷ Si tratta di *Contro Eratostene* di Lisia, variamente edita con diversi titoli. Per i passi qui citati si fa riferimento a LISIA, *Per l’uccisione di Eratostene*, in Id., *Orazioni I-X*, a cura di E. Medda, Milano, 1991.

²⁸ «Osservate come mentono anche su questo punto: lo capirete facilmente da ciò che sto per dirvi. Come ho detto prima, giudici, Sostrato, che è mio parente ed è in grande familiarità con me, mi ha incontrato al tramonto ed è venuto a cena da me e poi, quando è stato sazio, se ne è andato. Allora, per prima cosa, giudici, fate questa riflessione: se quella notte avessi teso un tranello a Eratostene, sarebbe stato meglio per me cenare altrove o portarmi invece un ospite a casa? Eratostene non avrebbe certo avuto il coraggio di entrare in casa! E poi, vi pare che, congedato il mio commensale, sarei rimasto tutto solo, o non gli avrei piuttosto chiesto di restare, così avrebbe punito l’adultero insieme a me?» (LISIA, *Per l’uccisione di Eratostene*, cit., 97 ss.)

²⁹ «È questo un periodo in cui il processo penale coincide integralmente col suo sistema probatorio. Poiché nella legislazione penale attica, come in gran parte delle legislazioni più antiche o anche medioevali, esiste soltanto la menzione del reato ma non la descrizione del fatto donde una giurisdizione sostanzialmente equitativa - è intuitivo che l’interesse per l’ermeneutica giudiziale converga interamente sulla ricostruzione del fatto, e pertanto sulla logica probatoria» in P. DE LALLA, *Logica delle prove penali*, Napoli, 1973, 82.

³⁰ In tal senso sia sufficiente riportare un illuminante passo di Platone: «Chi si accinge a diventare oratore in

«non si può non osservare che l'orazione giudiziaria antica ha rappresentato un vero e proprio *humus* per l'elaborazione di valori determinanti nel processuale penale»³¹ e potrebbe pertanto non essere totalmente azzardato ritenere che Lisia cercasse di spingere la giuria a prendere atto di una verità solo (altamente) probabile, suscitando in loro un giudizio di irragionevolezza non solo delle tesi avversarie, ma anche di ogni dubbio sulla non colpevolezza. La fiducia nella conoscenza della verità di un fatto storico sembra lasciare necessariamente il posto alla logica induttiva, su cui si concentrerà ampiamente l'esperienza processuale medioevale e a cui si contrapporrà fermamente il nuovo monismo giudiziario del XII secolo³². La ricerca della verità nel processo attico si fonda sì su un percorso di conoscenza in cui l'influenza della teoria platonica è inevitabile, ma vi si aggiunge una presa d'atto, più socratica che platonica, che la conoscenza umana ha dei limiti, a partire dai quali plasmare il concetto di verità assoluta in verità possibile, in verità logicamente (e non ancora empiricamente) probabile. Vengono così distinte le prove certe, indi necessariamente vere e incontrovertibili in relazione al fatto da provare (*tekméria*, letteralmente indizi sicuri), dalle prove solo congetturali, in cui l'approccio è solo logico-deduttivo e che corrisponde in buona sostanza all'*eikòs*. L'eco di questa *summa divisio* ha valicato non solo in confini geografici venendo ripresa e valorizzata da Quintiliano³³, ma si pone oggi come fondamento storico all'attuale classificazione tra prove dirette e indirette «a seconda del rapporto che si pone tra il fatto da provare e l'oggetto della prova (o meglio: tra i fatti che sono assenti nelle due definizioni)»³⁴.

Il forte impulso che il V secolo diede alla formazione razionale della prova e al ragionamento probatorio nel processo criminale greco è talmente fulgido e, per certi versi, straordinariamente attuale da cagionare un certo stupore³⁵ a chiunque constati che questo importante contributo venne presto dimenticato, per essere poi recuperato solo molti secoli più tardi e con accezioni inevitabilmente diverse.

maniera adeguata, non occorrerebbe che sia a conoscenza di verità intorno a cose giuste e buone, o anche intorno agli uomini che per natura ed educazione sono tali. Infatti, nei tribunali, della verità intorno a queste cose non importa proprio niente a nessuno, ma importa ciò che è persuasivo. E questo risulta essere l'*eikos*, e a esso deve attenersi chi intende parlare con arte. E, anzi, talvolta non si devono esporre neppure i fatti medesimi, qualora non si siano svolti in modo corrispondente all'*eikos*, ma [bisogna raccontare] soltanto ciò che è *eikos* [...]; e, in ogni caso, colui che parla deve seguire l'*eikos* e dire addio alla verità». Così PLATONE, *Phedro*, 272d-273a, in Id., *Tutti gli scritti*, Milano, 1991.

³¹ A. BARBA, *I principi del contraddittorio e dell'oralità. I vecchi sistemi sono funzionali al "giusto processo" moderno*, in *Archivio penale*, vol. 3, 2009, 12.

³² A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2010, 28.

³³ Quintiliano, non a caso un oratore, tenta un approccio casistico alla differenza tra *tekméria* e *eikòs*: «è necessario che colei che ha partorito si sia unita ad un uomo, che ci siano i flutti quando il vento imperversa sul mare [...], né può succedere che ci sia messe dove non si è seminato, o che uno si trovi contemporaneamente a Roma e ad Atene; un esempio di prova, non necessaria, invece, è: per mezzo del sangue si capisce che c'è stata uccisione, ma ad insanguinare un abito può essere stato il sangue sprizzato da una vittima o uscito dal naso, per cui non necessariamente chi si sarà macchiato l'abito di sangue avrà commesso un assassinio» in M.F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, libro V, cap. IX, par. 5-6.

³⁴ Sulla distinzione odierna si rinvia a M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 426 ss., da cui è presa la citazione.

³⁵ Così M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 79.

3. *Aequum iudicium e lumen veritatis* nel processo penale romano.

Della storia del processo penale romano si conservano maggiori testimonianze legislative, dalle quali è possibile ricostruire, anche in parallelo a quanto visto in precedenza, un'esperienza processuale più organica ed attenta al "bisogno di verità". La dottrina ha lungamente ritenuto che le *quaestiones perpetuae* della Roma repubblicana e la *cognitio extra ordinem* sviluppatesi nell'Impero, si informassero, ciascuno monoliticamente, a due diversi modelli processuali³⁶.

Nelle *quaestiones* era infatti un cittadino romano qualsiasi, quale titolare di un interesse collettivo (diffuso, diremmo noi oggi) alla legalità, a poter intentare contro l'asserito reo un processo, presentando il *libellus inscriptionis* con l'indicazione del nome dell'accusato e il capo di imputazione, integrato delle risultanze dell'indagine squisitamente privata. Non è scorretto quindi parlare di un processo su modello accusatorio che, almeno per quanto concerne i fondamentali, richiede prove prodotte dalle parti dinnanzi a un'assise, integrando la natura di processo come *actus trium personarum*: accusa, difesa e giudice *super partes*.

Ancor più interessante dal punto di vista della valenza epistemica del processo è la *cognitio extra ordinem*³⁷ che, da modello eccezionale, divenne in pochi secoli il modello di processo largamente prevalente e poi unico³⁸, con il superamento del sistema delle *quaestiones* per quanto concerne il diritto penale e il processo *per formulas* per il civile. Mentre nel processo più risalente delle *quaestiones* «la giuria si limitava a dichiarare la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato, risultando [già predeterminata rigidamente] la pena dalla legge»³⁹, nella *cognitio* trionfa la discrezionalità del giudice nella monetizzazione della sanzione da infliggere⁴⁰. Il magistrato è chiamato a fissare l'entità della pena sulla base della valutazione delle circostanze che emergono dalle risultanze probatorie da lui stesso ricercate. Anche il processo acquisisce così, contestualmente alla ristrutturazione politica e riorganizzazione amministrativa dell'Impero, una struttura accentrata e unitaria, con un magistrato, quale delegato del principe, che svolge egli stesso dapprima l'attività di indagine (*inquirere*) anche attraverso organi di polizia alle proprie dipendenze e infine esprime il giudizio. In questo senso, l'*inquisitio* si caratterizza per una ricerca *ex officio* da parte del magistrato di prove volte a corroborare la tesi accusatoria da lui stesso formulata, come una fase processuale "necessaria" di tipo

³⁶ Tra tutti si veda lo studio di M. LAURIA, *Accusatio-inquisitio*, in *Atti della Reale accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, 56, 1993, 304 ss. e V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2006, 255.

³⁷ V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., 252 ss.

³⁸ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2006, 150 ss.

³⁹ V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., 253.

⁴⁰ Cfr. G. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, in *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, 1938, 45, 57 ss.

istruttorio⁴¹ a partire dalla legislazione costantiniana⁴². Illustre dottrina ha sottolineato che la natura inquisitoria del processo criminale imperiale non escludeva del tutto la possibilità dell'accusato di chiedere l'«ammissione di istanze istruttorie a propria difesa, con il dichiarato obiettivo di ottenere una riforma della prima sentenza»⁴³.

Anche nel processo romano, complessivamente inteso, il ruolo dell'oratore rimane centrale, così come il ruolo logico-dialettico della prova, almeno a partire dagli insegnamenti ciceroniani⁴⁴, sicuramente influenzati dai contatti sempre più stretti con la cultura giuridica attica⁴⁵. Nel processo giustiniano i fondamentali della teoria probatoria del processo classico, come il contraddittorio, l'onere della prova e la teoria delle presunzioni, sono sostanzialmente conservati e trasposti in un'ottica storico-evolutiva differenziata più per via della ricaduta politica che per quella teorica dell'euristica processuale.

Per tornare nell'alveo portante del nostro discorso è utile constatare che il nuovo ruolo assunto nella legislazione tardo antica dal giudice della *cognitio* è l'emersione attraverso un *aequum iudicium* del *lumen veritatis*⁴⁶ attraverso un'istruttoria volta a «far rivivere come presente l'azione passata e esaurita»⁴⁷. Ciò che il mito di Edipo appena accenna, il diritto romano esalta e pone a fondamento del “disvelamento” principalmente dialettico di una *veritas* che è descritta in positivo e che ha progressivamente abbandonato il suo legame con il sacro, senza però dare il giusto peso che in questa ottica è richiesto al sistema probatorio, lasciato al buon senso dell'organo giudicante. Tutto ciò rileva non solo in tanto e in quanto il processo penale romano si ponga come obiettivo l'emersione dialettica del vero⁴⁸, bensì per la pretesa dello stato di fare dell'amministrazione della giustizia uno strumento di potere, un «luogo di dominio

⁴¹ Così F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno* (Modena 21 – 22 maggio 1998), Milano, 2000, 285 ss.

⁴² Tra tutti si richiama il riferimento esplicito all'*inquirere* in CTh 9.5.1 «*Si quis alicui maiestatis crimen intenderit, cum in huiuscemodi re convictus minime quisquam privilegio dignitatis alicuius a strictiore inquisitione defendatur, sciatur se quoque tormentis esse subdendum, si aliis manifestis indiciis accusationem suam non potuerit comprobare*», ovvero, in riferimento ai poteri di polizia tributaria, ancor più chiaramente CTh 9.42.7 «*Nam si quid post factam a praedicto officio investigationem rationalis rei privatae, cui inquisitio secunda mandata est, amplius fortassis invenerit, officium fraudulentum ea condemnatione ferietur, ut aliud tantum, quantum fuerat subtractum, ex propriis facultatibus inferat*».

⁴³ F. PERGAMI, *Nuovi studi di diritto romano tardo antico*, Torino, 2014, 25 ss.

⁴⁴ Cicerone descrive la prova come *argumentum* nel senso di «*ratio quae rei dubiae faciat fidem*» (in CICERONE, *Topici*, 2, 8) e attribuisce al ragionamento logico un ruolo centrale e anzi superiore del tradizionale mezzo di prova della testimonianza, nell'affermare che «*apud iudicem plus argumenta valent quam testes*» (in CICERONE, *De Republica*, I, 38, 59).

⁴⁵ Sulla compenetrazione dell'esperienza attica nella cultura giuridica romana G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *Recueils de la société Jean Bodin*, vol. XVI, Bruxelles, 1964, 284 ss.

⁴⁶ Cfr F. PERGAMI, *Nuovi studi di diritto romano tardo antico*, cit., 27.

⁴⁷ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59.

⁴⁸ Al punto che il processo penale romano poteva (e doveva) svolgersi anche nei confronti del contumace e dell'accusato risultato assente (su cui si richiama la monografia di L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992).

del sapere»⁴⁹, assicurandosi il monopolio statale del vero nel giuridico, sostanzialmente tutt'oggi conservato. Ed è proprio all'*inquirere* romana finalizzata alla *veritas*, molto più che dall'*exetasis* greca dell'*aletheia* e dell'*eikòs*, che si ispirerà non solo l'*inquisitio* medioevale di diritto comune (nelle cui scuole non a caso ci si formava sui testi latini principalmente ciceroniani), ma tutta la «[ri]sistemazione della materia nelle epoche successive, fino ai giorni nostri»⁵⁰.

4. Delle ordalie e della “seconda nascita” dell’indagine.

Preso atto del sofisticato livello concettuale raggiunto gradualmente tanto dalla storia giuridica delle *poleis* greche quanto da quella della Roma imperiale, potrebbe risultare più che sufficiente terminare qui questa breve disamina e ritenere che, se già le esperienze giuridiche più risalenti affrontarono il tema del vero, a maggior ragione le successive esperienze non abbiano fatto altro che proseguirne lo sviluppo. Eppure, come si è accennato, l’esperienza giuridica europea (non solo in ambito euristico) è segnata da una soluzione di continuità netta e assai prolungata.

La caduta dell’Impero Romano d’Occidente e la diffusione, contestuale alla disintegrazione dello *status quo ante*, del diritto germanico ha prodotto inevitabili ripercussioni sul piano giuridico e processuale. Se «la storia del processo penale è la storia delle prove penali»⁵¹ e queste ultime sono a loro volta «il riflesso politico, sociale e *lato sensu* culturale di ogni civiltà»⁵², l’alto medioevo ha impresso sulla macchina processuale un repentino quanto travolgente ritorno alla superstizione e alla connotazione religiosa del vero. Mentre in altri campi del sapere la storiografia⁵³ ha iniziato a squarciare un velo di pregiudizio sull’Alto Medioevo, per quanto concerne l’esperienza giuridica non sembrano sussistere grandi margini di rivalutazione. Nell’invadere progressivamente i territori dell’Impero, i popoli barbari portarono con sé religioni e consuetudini giuridiche proprie, tra cui la pratica di risoluzione delle controversie per mezzo delle ordalie. Nel diritto germanico non esisteva, né occorre che venisse introdotto, alcun tipo di indagine. Già prima della caduta dell’Impero, la risoluzione delle liti nelle società barbariche si realizzava soprattutto attraverso un duello ritualizzato non molto differente da quello adottato per le stesse finalità nella società romana⁵⁴ e greca più risalenti, di cui già Omero dà conto nell’*Iliade*.

⁴⁹ Espressione già citata che si utilizza in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 29.

⁵⁰ F. PERGAMI, *Nuovi studi di diritto romano tardo antico*, cit., 27.

⁵¹ S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, cit., 296.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Celeberrima la rivalutazione operata, tra gli altri, dallo storico francese Le Goff che ha fatto della rimozione di ogni incrostazione residua su ogni atteggiamento dogmatico di critica radicale e sbrigativa al Medioevo l’obiettivo dell’intera sua ricerca. Si vedano per esempio J. LE GOFF, *“Un lungo Medioevo”*, Roma, 2006; ID., *La civiltà dell’Occidente medioevale*, Torino, 1999 e ID., *Il Medioevo. Alle origini dell’identità europea*, Milano, 2006.

⁵⁴ Sul ruolo delle prove di tipo ordalico nel processo romano arcaico si vedano G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l’époque classique*, cit., 281 ss., e G. BROGGINI, *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 148 ss.

L'assenza di istituzioni propriamente dette aiuta a comprendere lo sviluppo e l'adozione di una procedura in cui qualsiasi parte privata può asserire di aver subito un danno accusando il presunto responsabile, prendendo così l'iniziativa che si qualifica come già propriamente processuale. Anche nei casi conosciuti di iniziativa pubblica⁵⁵ (tradimento e omosessualità), essa spetta invero alla collettività nel suo complesso, come parte offesa e senza la rappresentanza di alcun centro di potere.

L'euristica nella procedura criminale barbarica è quella di un «cerimoniale divinatorio»⁵⁶, caratterizzato «dall'esaltazione mistica di una immediata e sovranaturale ricerca della verità»⁵⁷, con lo svolgimento di prove ordaliche di varia natura a seconda dei casi, ma tra cui spicca per diffusione e longevità il duello fisico giudiziario tra i due contendenti o loro rappresentanti⁵⁸. Il diritto diviene così una «maniera regolamentata di fare la guerra»⁵⁹ o al più di svolgere prove fisiche che non presuppongono uno scontro, ma che possono risultare egualmente, e in quell'ottica legittimamente, «letali» come la prova dell'acqua, del calderone bollente, del fuoco e così via⁶⁰. Uscire vincitori o sopravvivere significa aver ottenuto la protezione degli dèi e quindi il riconoscimento delle proprie ragioni⁶¹. Soccombere, di converso, significa aver agito o resistito in giudizio senza ragioni. La verità che ne risulta è meccanica, inequivocabile e inappellabile, e nell'originale germanico l'intervento di un giudice non è richiesto se non per «indicare le azioni e le formule che consent[ono] di ricorrere alla procedura giudiziaria»⁶². Quand'anche egli ritenga che il convenuto risulti innocente, la sconfitta nella prova si traduce immediatamente in sconfitta nel processo, poiché non sussiste alcun margine valutativo di attendibilità della prova e di adeguatezza nel ricostruire la verità. Il giudice in quanto mero arbitro non può che limitarsi formalmente ad accertare l'esito dell'ordalia, risultando il fulcro del suo ruolo più che altro spostato nella fase antecedente di organizzazione e determinazione delle modalità con cui essa dovrà svolgersi⁶³.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 80.

⁵⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, III edizione, cit., 4.

⁵⁷ Così F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, Milano, 2009, 84.

⁵⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 5.

⁵⁹ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 80.

⁶⁰ Per una descrizione organica e soddisfacente nella letteratura storiografica F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino, 1890 e P. DEL GIUDICE, *Storia della procedura*, in A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, II ed., vol. VI, Parte I, Torino, 1900, 336 ss. Per una disamina in prospettiva propriamente processualpenalistica si vedano V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*, I, cit., 10 ss. e A. MALIVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino, 1972, 15 ss.

⁶¹ F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, cit., 84.

⁶² C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979, 35.

⁶³ Lo spostamento del baricentro alla fase antecedente lo si deduce da uno scritto di Salvioli in cui si legge che «se il giudice avesse avuto la scienza che il convenuto era innocente, se questi era sconfitto nella prova, doveva condannarlo. Il formalismo della prova era conforme a tutto quel simbolismo che regolava tutto il diritto e che fa parte della mentalità dei popoli primitivi, che solo il sensibile li colpisce, e fuggono le fatiche del ragionamento. Perciò formalismo nel numero dei testimoni, nelle parole del giuramento, nell'obbligo di ripetere parola per parola le frasi contenute nella sentenza che ordinava la prova, nella presentazione dei documenti. Quindi il giudizio che ordinava la prova aveva un'importanza straordinaria, poiché la prova

L'esperienza ordalica è stata correttamente definita mezzo di prova irrazionale⁶⁴ e, a tratti, primitivo⁶⁵. D'altronde non è epistemologicamente valido un percorso conoscitivo che si affidi alla capacità di sopravvivenza in condizioni avverse per la vita delle parti processuali, né la maggiore o minore abilità nello scontro fisico. Tuttavia, un'analisi sistematica della realtà culturale nella quale esse si inseriscono può portare a ritenere le ordalie uno strumento di emersione della verità certo non valido, ma quantomeno coerente con la cultura dell'*enchantement*⁶⁶ diffusa in quel periodo.

Nell'impianto originario del diritto germanico la soluzione della lite avveniva interamente⁶⁷, attraverso l'affidamento fideistico alla giustizia divina⁶⁸, esteriorizzata nella liturgia dell'ordalia⁶⁹, e solo in un secondo momento l'osmosi con i fondamentali del processo romano e il contestuale sviluppo di centri di potere e di produzione legislativa ha portato allo sviluppo di un modello progressivamente sempre meno incentrato sul coinvolgimento delle prove fisiche. La distanza tra il sistema delle prove del diritto germanico e quello romano è (e rimane) rimarcata dalla *facultas probandi* in campo al convenuto e non in capo (come *honus*) all'attore, oltre che dal largo utilizzo del giuramento di purgazione in luogo di una empirica *inquisitio*, sulla cui base si è talvolta espresso giudizio fortemente critico e meno rivalutativo di questa fase di storia del processo⁷⁰. Una distanza, come già accennato, destinata inevitabilmente a ridursi con il

doveva essere adempiuta secondo i termini della decisione» (G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE (a cura di), *Storia del diritto italiano*, Milano 1927, vol. III, 249 ss.)

⁶⁴ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etudes de sociologie juridique*, Parigi, 1964, 59 e 72.

⁶⁵ «Le ordalie costituiscono il portato necessario di certe condizioni individuali e sociali, comuni nell'infanzia dell'umanità a tutti i popoli, e che perciò solo nello studio dell'uomo e delle società primitive se ne può trovare la spiegazione e la giustificazione» (F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, cit., 164).

⁶⁶ Così H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etudes de sociologie juridique*, cit., 80, per descrivere la realtà progressivamente sempre più attenta alle dimensioni mistiche e sempre meno a quelle empirico-razionali.

⁶⁷ *Ibidem*, 81.

⁶⁸ Sul punto sembra interessante riprendere un passo di Federico Patetta in cui si cerca di dare una rilettura critica all'etimologia della parola "ordalia" strettamente compenetrata dal sentire religioso. «Queste parole [ordalie] significano etimologicamente *giudizio*, ma passarono nelle lingue moderne nel loro senso più ristretto e più comune di *giudizio di Dio*, quasi giudizio per eccellenza. Ordalia corrisponde quindi alle espressioni del latino medievale *iudicium*, *Dei iudicium*, *paribile iudicium*, *probabile iudicium*, *purgatio probatio*, *examen examinatio*, ecc., ed ha sul suo sinonimo *giudizio di Dio*, forse più italiano, il vantaggio di essere parola più precisa e più estesa, mentre quello pare convenga esclusivamente alle religioni monoteistiche [...]. Ci troviamo perciò in presenza di una specie di oracolo, cioè di usanze superstiziose dirette, come molte altre, ad ottenere una risposta dalla divinità» (così in F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, cit., 2).

⁶⁹ Non bisogna però confondere l'ordalia come mezzo di prova, irrazionale o razionale che sia, con l'intero procedimento, almeno concettualmente distinto, che avveniva dinnanzi a un giudice per lo più collegiale che aveva il compito dapprima di individuare la materia del contendere e indi di accertarsi della regolarità del cosiddetto "gioco della prova" (Espressione che si utilizza anche in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 79) reso fruibile attraverso la formulazione di quesiti vagliati soggetti a una sola risposta di tipo affermativo o negativo a seconda dell'esito dell'ordalia. Va sottolineato in ogni caso che la dottrina riconduce la vincolatività della sentenza con cui si dava atto dell'esito non già all'ordine del giudice, bensì alla originaria volontà delle parti, a conferma della *vacatio* istituzionale e politica dei primi secoli del Medioevo.

⁷⁰ Il sistema processuale franco longobardo viene descritto con sicurezza come "lontanissimo" da quello

progressivo sviluppo di entità statali culminate nell'Impero Carolingio che attinse abbondantemente dal diritto romano non solo in ambito pubblicistico, ma anche in ambito processualpenalistico. Nel Regno Italico di Liutprando, per esempio, torna a splendere l'indagine di stampo romano con l'escussione di testimoni, lettura dei documenti, assunzione di prove *ex officio* e persino rinvii per consentire alle parti di produrne di proprie⁷¹. Esclusi i duelli e le altre prove ordaliche, il processo penale torna a incanalarsi sul lungo cammino verso l'epistemologia moderna, con lo studio del diritto tra le materie del *trivium* assieme – non a caso – a retorica e logica, dando luogo in pochi in secoli quella che è stata efficacemente definita da Foucault la “seconda nascita” dell'indagine⁷².

Ovviamente il percorso di rinascita dell'euristica processuale non operò uniformemente in tutta l'Europa. In molte zone europee, specie quelle più legate alla tradizione germanica e alla cultura della probità cavalleresca⁷³ il duello giudiziario continuò a operare⁷⁴. Significativo contributo al ritorno della ragione negli affari giudiziari è il divieto imposto dal Concilio Laterano IV nel 1215 a tutti i sacerdoti di partecipare alle ordalie, determinando *de facto* un'*empasse* insormontabile alla loro celebrazione per la mancanza della benedizione degli strumenti che occorre per il loro svolgimento, che pure le consuetudini e le procedure richiedevano⁷⁵. Di talché la concezione mistica tra *facta probanda* e prove viene definitivamente sostituita da un nuovo razionalismo probatorio posto alla base del modello processuale romano-canonico⁷⁶ e costituito dall'eliminazione del giuramento di compurgazione e dalla

romano in A. BUCCI, *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale*, in *Studia et documenta*, 5, Ed. Serafica, 2003. Sul punto si veda anche A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, 1970, 177 ss.

⁷¹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 13.

⁷² M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., 79.

⁷³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, 18.

⁷⁴ Il religioso e giurista spagnolo Ramon de Peñafort nel XIII secolo dà ancora conto del duello giudiziario, chiamato *singularis pugna*, descrivendolo come mezzo ad *probationem veritatis* (cfr E.C. LEA, *Forza e superstizione, ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, trad. it. di P. CREMONINI, Piacenza, 1910, 112).

⁷⁵ Cfr F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, cit., 312 e 341.

⁷⁶ Per ragioni di brevità si dà per assodato che l'esperienza giuridica di diritto comune si caratterizzi come una sintesi (*utrumque ius*) tra diritto propriamente romano, espressione del potere imperiale e più ampiamente politico, e diritto canonico, connesso ad aspetti spirituali non sempre coincidenti con i confini del potere.

Sul punto potrebbe risultare ben più illuminante un passo nel quale Caravale affronta proprio le specificità di ognuna delle due anime della cultura giuridica tardomedioevale: «all'unità dell'Impero corrisponderebbe un ordinamento che si articolerebbe nel diritto civile e in quello canonico, il primo competente per gli aspetti temporali della vita, il secondo per gli spirituali, tra loro inscindibilmente legati dato che strettamente intrecciati sono i due aspetti della vita umana. Il diritto civile sarebbe costituito dall'opera giustiniana interpretata dalla dottrina giuridica inaugurata da Irnerio e proseguita fino al secolo XIX, quello canonico dalle compilazioni iniziate con la raccolta di Graziano e dall'esegesi delle stesse elaborata dai giuristi sin dal secolo XII. Diritti tra loro chiaramente distinti, ma al contempo intimamente legati, tanto da essere designati con l'espressione *utrumque ius* – l'uno e l'altro diritto – che ne esprime l'unità nella differenza. [...] La scienza giuridica presentava il diritto giustiniano come diritto vigente, e quindi immediatamente cogente per tutti i soggetti liberi; tale diritto si affiancava alla consuetudine delle singole regioni, ai numerosi ordinamenti che guidavano le comunità» (M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna,

trasformazione dei *testes de credulitate* in *testes de veritate*⁷⁷, con il divieto di testimonianze *de auditu* e il giuramento di dire tutta la verità a propria conoscenza, non dissimile dal nostro articolo 497 c.p.p.⁷⁸. La rigorosa ridefinizione della *forma probandi* si incentra per altro su una natura essenzialmente documentale del processo, essendo chiamato il giudice a decidere sulla base di documenti (e, solo eccezionalmente, su risultanze da altri mezzi di prova) di cui è la legge a indicare aprioristicamente il valore⁷⁹.

5. L'estorsione della verità.

La crisi dell'*ordo iudiciarius* della Chiesa, già impostosi come unica alternativa alla *vacatio* del potere politico altomedioevale, e la contestuale affermazione di nuove entità statali in tutta Europa, ha condotto a una nuova trasformazione del processo come luogo di affermazione del potere, che culminerà nella spettacolarizzazione delle esecuzioni capitali nelle piazze principali alla presenza dei sovrani e del popolo nel Seicento assolutista⁸⁰.

La nuova concezione monista della verità, il cui controllo attraverso il processo diventa espressione del potere stesso, vede il superamento del contraddittorio (ancorché prevalentemente documentale) del modello romano-canonico per ricercare non più *una*, ma *la* verità formale, «intesa in senso “oggettivo”, “assoluto” quindi mistico»⁸¹ non

1994, 304 ss.).

⁷⁷ A. HAREIRA, *An early olistic conception of judicial fact-finding*, in *Jur. Rev.*, 1986, 79.

⁷⁸ Al cui comma secondo è riportata la formula del giuramento che ogni testimone è tenuto a pronunciare prima dell'esame («Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza»). Si ricordi che la formula relativa al processo civile contenuta nell'articolo 251 c.p.c. reca tutt'oggi un riferimento “mistico” a Dio e una ritualità che ricorda, per certi versi, le procedure rigide della cavalleria ordalica medioevale («consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio, se credente, e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità»). Quindi il testimone, in piedi, presta il giuramento pronunciando le parole: «Lo giuro»). Tuttavia due sentenze della Corte Costituzionale (sentenza 117 del 10 ottobre 1979 e sentenza 149 del 5 maggio 1995) hanno ripulito la norma da qualsiasi connotato religioso e riportato sul più concreto piano della responsabilità penale e (laicamente) morale, riproponendo anche per il processo civile una formula pressoché identica a quella dell'articolo 497 c.p.p. Un richiamo al passato cavalleresco del duello giudiziario, tuttavia, il codice di procedura civile sembra mantenerlo anche dal punto di vista lessicale prescrivendo alle *partes* l'obbligo di probità (articolo 88 c.p.c.). Si veda M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo – Rivista di filosofia*, N. 8, 2012, 95 ss. e in particolare ID., *Il processo come gioco*, *Ibidem*, 100 ss.

⁷⁹ A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., 27 ss.

⁸⁰ Il contributo di Michel Foucault è senz'altro da considerarsi tra i più importanti sulla fenomenologia del potere anche in ambito giudiziario. In *Sorvegliare e Punire* si legge: «prima di tutto fare del colpevole il pubblico ufficiale della sua propria condanna. Lo si incarica, in qualche modo, di proclamarla e attestare così la verità di quello che gli è stato addebitato. [...] Perseguire, una volta ancora, la scena della confessione. Doppiare la forza della confessione pubblica con un riconoscimento spontaneo. Instaurare il supplizio come momento di verità. Fare che gli ultimi istanti in cui il colpevole non ha più niente da perdere siano acquisiti alla piena luce del vero [...]. Il vero supplizio ha la funzione di promuovere la verità» (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993, 47 ss.).

⁸¹ P. FERRUÀ, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1998, 8, nota 18.

soggetta a dubbi o interpretazioni e risultante da documenti dal valore legale prestabilito⁸². L'apparente garantismo di un sistema nel quale il giudice appare vincolato a condannare solo in presenza di una prova *plena* o al più di una moltitudine di prove *semiplene* coerenti tra loro, viene presto smentito dalla cronaca storica e da illustre dottrina. Cordero ci ricorda che «essendo smisurata la gamma degli indizi, impossibile che non ne esista almeno uno; [...] l'inquisitore ne scopre quanti vuole»⁸³. Il giudice agisce in luogo del sovrano, e in tale ruolo è autorizzato a invertire oneri probatori, ammettere o meno prove discrezionalmente, insomma gestire come *dominus* la vicenda e la normativa processuale. La confessione, preferibilmente resa (o ripetuta) pubblicamente, costituisce la prova regina (*confessio est regina probationum*) sulla base della quale il giudice è legittimato a ritenere ricostruita la verità. Ed è in questa fase storica che l'*inquisitio* latina viene richiamata, con accezioni tutt'altro che euristiche, nelle pratiche inquisitorie poste a tutela del dogma della religione prima e della sovranità poi⁸⁴. Il giudice non rimane arbitro imparziale della contesa, si fa artefice, espressione e garante dell'accusa, interroga l'accusato e in quella sede *l'inquirere* si trasforma in un *capere* violento di una confessione che il giudice sotterraneo ricerca scavando "cunicoli infernali" nella partita tra lui e l'inquisito⁸⁵. Per riprendere un'affascinante rilettura che Ferrua fa di Wittgenstein, il giudice, una volta incontrata la roccia dura rappresentata dalle prove incontrovertibili, abbandona la "vanga del dubbio"⁸⁶ e imbraccia il piccone del potere, ben più appuntito, al pari di alcuni strumenti di tortura, in grado di scolpire quelle prove a immagine e somiglianza dell'ipotesi accusatoria.

Il processo penale inquisitorio diviene un «luogo di estorsione della verità»⁸⁷, attraverso un nuovo apparato probatorio con strumenti di tortura più che di indagine. Scrive ancora Cordero sul modello inquisitorio che se in un processo «c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso [...] bisogna captargli le memorie» attraverso tormenti che «favoriscono lo scandaglio introspettivo»⁸⁸. Pare evidente a

⁸² A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., 27.

⁸³ F. CORDERO, *La fabbrica della peste*, Bari - Roma, 1984, 24.

⁸⁴ Sull'adozione del metodo «terribile e feroce» dell'inquisizione nei tribunali statali cfr. F.M. PAGANO, *Principi del codice penale e considerazioni sul processo criminale*, Lugano, 1832, 166 ss.

⁸⁵ Così, magistralmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, III edizione, cit., 4.

⁸⁶ Vedi P. FERRUVA, *La prova nel processo penale*, Vol. I, Torino, 2015, 83 in cui si legge: «il giudice può condannare solo quando la colpevolezza abbia trovato piena conferma nelle prove di accusa e nessuna significativa smentita in quelle a favore (altrimenti è doverosa l'assoluzione). Per riprendere una bella immagine di Wittgenstein [l'autore esclude che nell'originale egli si volesse riferire al ragionevole dubbio], 'colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio' sta a significare che si è giunti ad un punto, indeterminabile a priori, in cui la vanga del dubbio, che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando inaccettabile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza».

⁸⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 46.

⁸⁸ F. CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in *la Repubblica*, 19 maggio 2004, 35, ora a introduzione di A. Giannelli e M. P. Paternò (a cura di), *Tortura di Stato: le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 17 in cui si legge più ampiamente che «lo spirito scientifico duecentesco, coniugato a teologie pessimistiche (il male pullula, l'inferno incombe), suggerisce l'equazione: c'è una persona i cui interni mentali contengono la chiave del caso; colpevole o innocente, l'inquisito sa cose utili al processo; bisogna captargli le memorie; i tormenti favoriscono lo scandaglio introspettivo. L'istruttore diventa psicanalista».

questo punto che il precipitato epistemico del sistema quasi “agonistico”⁸⁹ delle prove legali e della tortura tardo medioevale e assolutistica è assai più simile a quello del sistema delle ordalie che non al primo processo romano-canonico, con una indagine che diviene uno strumento raffinato di affermazione del potere più che di conoscenza, con la complicità di un *iudex atque accusator*.

Il processo penale assolutista deve accertare il vero solo in chiave politica, punendo i colpevoli e chiedendo a essi stessi di costruire la verità con una confessione. Come il grande inquisitore de *I fratelli Karamazov*, il giudice non deve porsi altro compito che difendere l’ordine costituito attraverso uno degli esoterismi del potere tra cui può sicuramente annoverarsi il processo penale, una *mise en scene* che non ha forse nulla a che vedere con la ricerca della verità, ma che si preoccupa solo di conservare l’ordine escludendo ogni libertà di coscienza, compresa quella del giudice⁹⁰. Il tutto avviene segretamente, all’oscuro del *quivis de populo*, ma anche dello stesso imputato il quale «gioca al buio, sapendo solo quanto gli dicono, e niente garantisce parole vere da capo a fondo [...] perché non esiste *fair play* inquisitoriale»⁹¹.

La verità del processo viene plasmata liberamente, conformata, costruita e infine celebrata nelle esecuzioni pubbliche della sanzione, con una attenzione quasi teatrale per le cerimonie di esecuzione, rese visibili a chiunque perché poste in alto, su patiboli, in scenografie del potere, da cui ogni gesto del boia risultava rivolto ai singoli sudditi molto più che al condannato⁹². E sul patibolo non c’era nulla di più vero della morte,

⁸⁹ Così Franco Cordero definisce con sagacia ed efficacia la natura di questi riti in *ibidem*.

⁹⁰ Non è certo questa la sede per una disamina completa del significato fortemente allegorico dell’opera di Dostoevskij. Tuttavia, sia sufficiente ricordare l’ammissione del Grande Inquisitore, in procinto di condannare Gesù, che tutta la giustizia altro non è che un luogo del potere. Così egli giustifica la sua decisione all’imputato che egli ha senz’altro riconosciuto: «Vi sono tre forze, tre sole forze sulla Terra in grado di vincere e incatenare per sempre la coscienza di questi esseri miseri e ribelli, per garantire loro la felicità: il miracolo, il mistero e l’autorità» (F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, trad. it. di A. Villa, Torino, 2006, 340). L’autorità è il processo, nel quale Gesù verrà condannato per il bene stesso della collettività, il mistero va a rafforzare l’autorità, operando il processo inquisitorio nel segreto di un’aula di giustizia che si trasforma in un’aula di *tormenta*. L’endiadi autorità-mistero raffigura efficacemente la natura e l’aspetto della pratica criminale della Santa Inquisizione, ma è perfettamente applicabile all’esperienza coeva della giustizia secolare. Nonostante il popolo abbia già riconosciuto l’imputato, il Grande Inquisitore si mostra certo che gioirà a saperlo condannato: «Esclameranno infine che la verità non è in te, perché non si poteva lasciarli più in preda di ansie e di tormenti di quanto tu hai fatto, dando loro tanti affanni e problemi insolubili» (*Ibidem*, 339 ss.). Tra cui, per altro, il “*quid est veritas?*”. Quello che descritto dal celebre racconto è un processo penale (inevitabilmente romanzato) estremamente efficace che opera come una macchina di mistificazione della realtà, di ogni realtà, anche della più empirica e indiscutibile, poiché più che la verità, in quell’ottica conta *l’autoritas qui facit veritas*. Il grande interesse suscitato anche nella letteratura giuridica è dimostrato dalla monografia dedicata a una rilettura del celebre racconto nelle sue ricadute costituzionali da Zagrebelsky (G. ZAGREBELSKY, *La leggenda del Grande Inquisitore*, Brescia, 2003) e dall’introduzione di Gherardo Colombo in G. COLOMBO, *Il peso della libertà*, in F. DOSTOEVSKIJ, *Il Grande Inquisitore*, Milano, 2010.

⁹¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 350.

⁹² Per una vera e propria fenomenologia della spettacolarizzazione delle esecuzioni, v. M. FOUCAULT, *Lo splendore dei supplizi*, in ID, *Sorvegliare e punire*, cit., 35 ss. e P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Milano, 2011 a cui si ispira A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Milano, 1995, per la nota vicenda della colonna infame di Milano. Eretta a memoria di una esecuzione capitale plateale di due presunti untori nel 1630 e divenuta presto simbolo dell’errore grossolano dei giudici in cerca di colpevoli qualsiasi e non dei veri responsabili,

esattamente come in un duello ordalico, ma già deciso in partenza, e senza il contraddittorio poiché se *auctoritas, non veritas facit legem*⁹³, allora lo stesso non può che valere in questa fase storica per lo *iudicium*, luogo di applicazione di quella legge. Ma l'autorità non si limita a "fare il giudizio" in luogo della verità; essa si spinge ambiziosamente molto oltre: *auctoritas facit iudicium* ma anche *veritatem*. Non v'è spazio in questa fase per l'epistemologia giudiziaria, poiché la verità diviene (provocatoriamente) un istituto di diritto pubblico e il processo penale, ancora una volta, un mero palcoscenico in cui si consuma la tragedia dialettica tra uomo e verità.

Questa esperienza, che culminò nell'*Ordonnance Criminelle* emanata da Luigi XV nel 1670 definita da illustre dottrina «monumento dell'ingegno inquisitoriale»⁹⁴, palesò la natura di un sistema che aveva sacrificato quel che era rimasto di giuridico sull'altare della centralizzazione del potere, altare che in poco più di due secoli si troverà senza sacerdoti né fedeli, con la scomparsa dei re, ma soprattutto dei sudditi.

6. Verso la concezione moderna di prova.

Una rassegna che ambisca almeno a dar un'idea *morfologica* dei principali atteggiamenti processuali verso il vero che il passato ha conosciuto non potrebbe dirsi sufficiente senza un riferimento all'irruenza che l'Illuminismo, come reazione dura all'assolutismo dispotico, ebbe sul sistema probatorio. L'impalcatura costruita dallo stato assolutista come soggetto attivo e pervasivo della verità del giudizio per relegare il giuridico a mera estroflessione di un potere superiore, fatta la debita esclusione del sistema inglese che rimase più a lungo legato alla tradizione romano-canonica⁹⁵, venne scardinata dal contributo di grandi esponenti dell'illuminismo giuridico come Beccaria e Verri.

L'attenzione per molti versi inedita ai diritti dell'individuo nel processo, non più "luogo di dominio", ma al più di deterrenza, gode oggi del giusto sentimento di

venne rimossa nel 1778. Al suo posto una lapide tutt'oggi visibile al Castello Sforzesco, reca, non senza un certo compiacimento, il lungo elenco dei supplizi cui pubblicamente vennero sottoposti i due condannati e costituisce ciò che Romagnosi non stenta a definire «monumento eretto in memoria d'un giudizio atroce pronunciato con evidente oltraggio della regione e della giustizia» (così G. ROMAGNOSI, *Opere di G.D. Romagnosi riordinate ed illustrate da Alessandro de Giorgi*, a cura di A. De Giorgi, Milano, 1842, 971).

Tradotto dal latino, un estratto memorabile riportato in originale dal Verri (cit, VII): «Il senato decretò che dall'alto di un carro prima fossero morsi con tenaglie roventi, mutilati della mano destra, spezzate l'ossa degli arti, intrecciati alla ruota, dopo sei ore sgozzati, bruciati e poi, perché di cotanto scellerati uomini nulla avanzasse, confiscati i beni, le ceneri disperse nel canale. Parimenti diede ordine che a imperituro ricordo la fabbrica ove il misfatto fu tramato fosse rasa al suolo né mai più ricostruita». Più recentemente si veda autorevolmente F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, 7.

⁹³ Si tratta dell'espressione tratta da «*doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem*» con cui Hobbes, nell'edizione latina del *Leviatano* (in T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di R. Santi, Milano, 2001, 448) rappresenta efficacemente il contrasto che la teoria del decisionismo ha posto tra verità e autorità, riassumendo efficacemente la pratica penale dello stato assolutista.

⁹⁴ Così F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 47.

⁹⁵ A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., 30.

riconoscenza in ogni ordinamento processualpenalistico occidentale. L'imputato non è più una «bestia da confessione»⁹⁶, ma diviene da oggetto di prova a soggetto della procedura, con l'abbandono degli assiomi gnoseologici inquisitori⁹⁷. Tuttavia, volendo riprendere uno scritto di Marongiu, l'attenzione da essi rivolta alle pratiche criminali ha operato «dal di fuori, dal lato morale e filosofico, non per modificarlo, ma per distruggerlo, pur senza validi appigli o argomenti tecnici e giuridici»⁹⁸, dando un contributo importantissimo, ma che risulta opportuno (e parimenti viceversa) integrare ai fini della nostra ricerca con la sistematica ricostruzione tecnico-giuridica operata da un grande esponente dell'illuminismo giuridico europeo e italiano: Francesco Mario Pagano. Invero già Beccaria si era occupato della ricerca del vero processuale, definendo efficacemente il giudice del processo "informativo" (i.e. sostanzialmente l'accusatorio, con una significativa presunzione di innocenza), contrapposto a quello "offensivo"⁹⁹ in cui è l'imputato a doversi disculpare, «indifferente ricercatore del vero»¹⁰⁰, restituendo al bisogno di verità il giusto ruolo nella pratica criminale.

È nella *Teoria delle prove*¹⁰¹ di Pagano, inserita in una organica proposta riorganizzativa delle «parti tutte della Ragion Criminale; delitti, pene, *prove*, ordine di

⁹⁶ F. CORDERO, *Procedura Penale*, VII ed., Milano, 1983, 25.

⁹⁷ Assiomi che, per Paolo Ferrua, «anche a costo di essere grossolanamente riduttivi sono così formulabili: l'imputato è detentore della verità della quale il giudice deve appropriarsi; da soggetto processuale egli degrada così a mero oggetto di un'indagine che, da un lato, patisce diritti e garanzie individuabili come pericolosi inceppi al raggiungimento del suo ambizioso traguardo [...] dall'altro sollecita lo sviluppo di tecniche, più o meno brutali, *ad ereuendam veritatem*» (così in nota P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1998, 8).

⁹⁸ A. MARONGIU, *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 755. Ivi si fa senz'altro riferimento al giudizio che lo stesso Pagano, con sottile ironia, dimostra di pensare nello scrivere, in riferimento a Montesquieu e Beccaria, «una folla di scrittori seguirono le orme di questi valenti uomini. Ma a dire il vero, benché molte vedute piene di filosofia, e di umanità si scorgono nelle opere loro; tutta volta non mostrano sempre molta cognizione delle leggi, e del Foro, e sovente la di loro analisi non è né molto esatta, né molto profonda» (così in F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, Napoli, 1824, 10).

⁹⁹ Vale la pena ricordare la definizione che Beccaria dà della precedente esperienza processuale dello stato assolutista, con una sintesi che da sola vale l'intera descrizione del processo offensivo già fornita in questa sede in precedenza. «[...] il giudice s'impadronisce del corpo di un reo e lo strazia con metodiche formalità, per cavarne come da un fondo acquistato tutto il profitto che può. Provata l'esistenza del delitto, la confessione fa una prova convincente, e per rendere questa prova meno sospetta cogli spasimi e colla disperazione del dolore a forza si esige nel medesimo tempo che una confessione stragiudiziale tranquilla, indifferente, senza i prepotenti timori di un tormentoso giudizio, non basta alla condanna. Si escludono le ricerche e le prove che rischiarano il fatto, ma che indeboliscono le ragioni del fisco; non è in favore della miseria e della debolezza che si risparmiano qualche volta i tormenti ai rei, ma in favore delle ragioni che potrebbe perdere quest'ente ora immaginario ed inconcepibile. Il giudice diviene nemico del reo, di un uomo incatenato, dato in preda allo squallore, ai tormenti, all'avvenire il più terribile; non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quella infallibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose. Gl'indizi alla cattura sono in potere del giudice; perché uno si provi innocente deve esser prima dichiarato reo: ciò chiamasi fare un processo offensivo» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURINI, Torino, 1981, 46 ss.)

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ F.M. PAGANO, *Teoria delle prove*, in *Principi del codice penale e considerazioni sul processo criminale*, cit., 248 ss.

acquisire queste ed imporre quelle»¹⁰², che è possibile ritrovare molti principi dell'epistemologia giudiziaria contemporanea. L'opera di Pagano non solo prende in rassegna il diritto criminale, rieditandolo in forma scientifica attorno a principi cardine, ma propone l'adozione, tutta illuminista, dell'euristica scientifica al giuridico, rigettando ogni sistema di prova legale nel quale era stato irretito il giudizio. Pagano colloca il vero processuale, richiesto ai fini di una condanna, a metà tra il dubbio e la certezza, ossia i due estremi della conoscenza¹⁰³. Quando non sia disponibile una verità "intuitiva" cioè percettibile «dal primo sguardo della mente»¹⁰⁴ occorre ricostruire dai fatti noti i fatti ignoti rilevanti, allora occorre l'"indizio", il quale, dovendo ricongiungersi (con leggi di necessità scientifica, si direbbe oggi) al fatto ignoto diviene "probabile"¹⁰⁵. Quella che si richiede al giudice è la convinzione intima che la verità emersa in relazione a una proposizione¹⁰⁶ sia probabile¹⁰⁷, sulla base delle prove raccolte con una esaltazione del principio del libero convincimento incompatibile con qualsiasi subordinazione a un'*auctoritas* che pretende di sapere, indi di imporre e forse di essere, la verità in tutti i processi.

La funzione cognitiva primaria del processo deve dirsi salva, senza che si sia reso necessario ricorrere a concezioni di forza di un enunciato probatorio in termini costitutivi o normativi¹⁰⁸, obiettivamente incompatibili con le esigenze del "giusto processo". Il

¹⁰² Così nella premessa al lettore in F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, cit., 3.

¹⁰³ Lo ricorda lo stesso Pagano in F.M. PAGANO, *Teoria delle prove*, in *Principi del codice penale e considerazioni sul processo criminale*, cit., 60, nella concezione socratica il dubbio è già il primo grado della conoscenza.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Ancora una volta citare il passo risulta la scelta più appropriata per dar conto non solo delle parole esatte usate da Pagano, ma soprattutto della lucidità e modernità con cui affronta tali questioni: «Se la esistenza di una qualche cosa, o di un fatto, di necessità sempre con sè mena la coesistenza di un altro, allora il fatto, che addita l'ignoto, è il necessario indizio. Ma se poi il fatto noto, ossia indizio, sovente vada congiunto con l'ignoto, ma non già sempre, l'indizio allora chiamasi probabile», *Ibidem*, 61.

¹⁰⁶ «Quindi la verità altro non è, che la conformità dell'idea al suo originale, cioè all'oggetto, e la rassomiglianza del giudizio colla cosa rappresentata» in F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, cit., 82.

¹⁰⁷ «La probabilità adunque definiscasi per lo stato dell'anima, che in parte sì, ed in parte no l'assenso accorda alla proposizione concepita» in F.M. PAGANO, *Teoria delle prove*, cit., 59.

¹⁰⁸ Ci si riferisce a due delle tre teorie sulla forza di un enunciato probatorio, vale a dire dal rapporto tra prova di un enunciato e verità dell'enunciato stesso. Se si ritiene che affermare "è provato che *p* è vero" equivalga necessariamente a predicare la verità devirgolettata di *p*, allora si deve attribuire all'enunciato probatorio valenza *costitutiva*, così come intesa da Kelsen in *Dottrina pura del diritto*. La dogmatica positivista collocata in ambito epistemico stravolge il rigore euristico, attribuendo al Tribunale il potere di stabilire attraverso le prove che *p* è vero. Ciò in ragione del fatto che il presupposto per una condanna «non è il fatto che un uomo abbia commesso un omicidio, bensì il fatto che un organo competente in base all'ordinamento giuridico [...] abbia accertato che un uomo ha commesso un omicidio» (H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, 269 ss.). Non è l'attività probatoria a ricollegare l'enunciato accusatorio ed ipotetico alla verità, bensì il Tribunale a predicarla e costituirla positivamente, al pari di qualsiasi altra norma giuridica.

Similmente, la concezione normativa tipicamente riferita a Oppenheim, ritiene che la statuizione del giudice non sarebbe finalizzata direttamente a plasmare la verità, bensì costituirebbe l'adempimento ad un'obbligazione di diritto pubblico che prevede la sanzione di chiunque violi una norma penale. Per Oppenheim, «mentre "A ha ucciso intenzionalmente B" può essere inteso come un "fatto naturale", non esiste un "omicidio naturale", ma solo un "omicidio in senso giuridico"» (F. OPPENHEIM, *The judge as Legislator*, in L. Gianformaggio – S. Paulson (a cura di), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, 290).

giudice può *descrivere* la verità fattuale, e lo può fare con la stessa attendibilità epistemica e lo stesso rigore metodologico dello scienziato o dello storico. Il ricorso all'inferenza abduttiva, e non già al sillogismo, rende inevitabile ammettere la sussistenza del rischio di errore, che può essere però confinato al di sotto di una «soglia *socialmente accettabile*»¹⁰⁹, in cui non è più ragionevole dubitare. In questo senso, l'aggettivo 'ragionevole' esorta ad un esercizio di pragmatismo e, «come in una supplica, tempera la rilevanza del dubbio»¹¹⁰, custodendo le ambizioni euristiche attribuite dall'Illuminismo giuridico al processo.

Si abbandona, inoltre, il sistema della prova legale in favore di quella che Romagnosi definì la «prova legale negativa»¹¹¹ come contrappeso all'*intime conviction* proposta, ciò ottenendosi «quando la legge fa divieto al giudice di ritenere vero un fatto se non si verifica quel minimo di prova ch'essa stessa stabilisce»¹¹², e prescrivendo quindi i requisiti indispensabili per attribuire a una qualsiasi risultanza la dignità di prova. A ben vedere non si fa altro che regolamentare la libertà intellettuale del giudice a un alfabeto probatorio aprioristicamente definito idoneo, senza però minimamente ricadere nell'assolutismo ben rappresentato dall'*Ordonnance Criminelle*, nel rigido meccanismo del duello ordalico né tantomeno nella pericolosa commistione tra il sacro e il "profano" delle aule di giustizia delle prime pratiche criminali greco-romane.

La concezione classica della prova come *arguentum* retorico, volta quindi a convincere un giudice, viene gradualmente superata, attraverso una «rottura tra logica e retorica riconoscibile anche nel nostro tempo», con l'estensione al campo giuridico di un'«impostazione scientifico-sperimentale, basata sul principio della verificabilità empirica e sviluppatasi contestualmente al progredire delle metodologie induttive»¹¹³.

L'ottimismo per la scienza produce un nuovo slancio non solo nella struttura processuale ma nella stessa percezione del vero, accettando e normalizzando il ruolo svolto dalle prove indirette di un fatto noto da cui risalire al fatto ignoto. La scoperta, gli esperimenti concettuali, la fiducia a tratti spasmodica verso la scienza ha prodotto un

Per questo motivo, qualsiasi verdetto che riporti la responsabilità di A per il reato di omicidio di B, è solo normativo nel senso di esprimere «l'obbligo giuridico del giudice di condannare A per aver commesso il crimine [...] anche se l'enunciato "A uccise B (intenzionalmente)" è empiricamente falso» (*ibidem*). La differenza rispetto alla forza costitutiva kelseniana è sottile: mentre in Oppenheim la sentenza è l'adempimento dell'obbligazione (di diritto pubblico) a condannare chi si reputi colpevole da parte del *judge as a legislator*, avendo quindi la sua statuizione natura, discendenza e forza normative, in Kelsen la condanna ha implicazioni più strutturali e genetiche, nel senso di *constituire* giudizialmente un 'vero'.

¹⁰⁹ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 60 (corsivo aggiunto).

¹¹⁰ P. FERRUA, *Per il nuovo sistema delle impugnazioni in materia di provvedimenti cautelari*, in AA. VV., *La Corte Assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità. Atti del convegno (Roma 27-29 settembre 2012)*, Milano, 2014, 97.

¹¹¹ «Il legislatore [...] appose all'intimo convincimento *certi limiti*, ed assegnò certe regole, se non positive, almeno negative. Io voglio dire che se il Legislatore non disse ai Giudici quando *dovevano essere convinti*, disse loro almeno *quando non dovevano esserlo*. In sostanza disse loro: mancando le tali e tali condizioni, i mezzi di prova adottati mancheranno di credibilità.» (G.D. ROMAGNOSI, *Cenni sui sistemi della convinzione intima e delle prove legali, e sul calcolo degli indizi*, in *Opere*, vol. IV, p. II, Milano, 1842, 964).

¹¹² E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano 1957, 59 ss.

¹¹³ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 85 ss.

mutamento di paradigma operativo. Il diritto, non dissimilmente dalla fisica o dalla chimica, viene a fondarsi su principi cardine da cui è possibile dedurre attraverso leggi di necessità un fatto ignoto a partire dall'osservazione di ciò che invece è immediatamente percettibile, trasformando il giuridico in un luogo non più di dominio, ma di *scienza*.

Anche sulla scorta di tali brevi considerazioni, si può notare che la morfologia della ricerca della verità è estremamente variegata. Il vero viene conteso tra le due differenti pretese conoscitive della concezione classica e moderna della prova, che si collocano solo per certi versi in contrasto e che, più correttamente, vanno a integrarsi¹¹⁴: esperimento scientifico da un lato, contraddittorio e logica per la persuasione tipica dei sistemi accusatori dall'altro. Il processo penale si presenta, oggi, come un sistema complesso difficilmente riducibile in un algoritmo conoscitivo esclusivamente classico o esclusivamente scientifico. Eppure, emerge dall'indagine storica una resilienza incoraggiante dell'epistemologia giudiziaria¹¹⁵.

Affermata e poi negata più volte, e sempre con accezioni diverse, l'esigenza di emersione del vero nel processo penale mostra un'innegabile centralità, al punto che, ritornando alla premessa kantiana con cui si è iniziato e attraverso cui si sono presi in rassegna questi modelli, il vero si è plasmato sulle forme di volta in volta assunte dal processo penale. Ma altrettanto si può dire sia avvenuto al contrario, con una contestuale e concorrente influenza del modo di intendere socialmente il vero sulle forme assunte dal processo penale. Certo, non bisogna pensare che dal Secolo dei Lumi nulla sia

¹¹⁴ Fa notare sapientemente Ubertis che «prima e dopo l'empiria [...] si trova sempre la argomentazione, da cui viene dapprima guidata e successivamente valutata: fatto e valore sono sempre interdipendenti» (*ibidem*, 99 ss.).

Provocatoriamente, Taruffo prende in esame in modo critico questa concezione e scrive che «la concezione retorico-argomentativa della prova confonde la descrizione di un fatto parziale ed eventuale con la teoria dell'accertamento razionale dei fatti in giudizio [...] e non considera che la persuasione (come la non-persuasione) è un fatto empirico che riguarda la situazione soggettiva di taluno (per quanto qui interessa: il giudice), mentre la teoria della prova è prescrittiva in quanto attiene ai criteri di attendibilità e validità del ragionamento con cui il giudice accerta i fatti sulla base delle prove. Ecco, a riprova di quanto sopra affermato, un chiaro esempio di critica alla teoria retorica della prova fondata esclusivamente su di un'accezione particolare e limitativa del termine retorica: come se retorica, nel modo in cui s'intendeva nell'antica Grecia, significasse irrazionale ed astratta persuasione di un auditorio, esclusivamente dipendente dal convincimento soggettivo di chi recepisce» (M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano 1992, 328 ss.).

¹¹⁵ Utile, a tal guisa, rammentare che il processo penale della Restaurazione conserva inevitabilmente traccia dei Lumi, ripartendo ovviamente dal processo inquisitorio ma, si legge nelle regie patenti dell'11 gennaio 1840 che accompagnano l'entrata in vigore del nuovo Codice penale sabauda, una nuova necessità di fornire nuovi mezzi istruttori volti a «meglio scoprire la verità ed ad aprire agli inquisiti un maggior campo alla difesa ed a tranquillare viepiù l'animo dei giudici, procurando ad essi maggiori mezzi di convinzione». Sulla nuova attenzione alla gnoseologia processuale, oltre che ai diritti di difesa, si veda F. SCLOPIS, *Storia della legislazione negli stati del re di Sardegna dal 1814 al 1847*, Torino, 1860, 66 ss. in cui vi si aggiunge che la nuova procedura criminale richiedeva che la prova della reità o non dell'inquisito dovesse dedursi da processo scritto combinato co' risultati della ripetizione dei testimoni ove questa [anche a richiesta dell'imputato che vi aveva diritto] avvenisse».

cambiato, né tantomeno ritenere che da allora l'approccio al vero processuale sia stato sempre informato su criteri propriamente scientifici e sinceramente epistemici.

La storia contemporanea ha visto e vede ordinamenti politici di stampo totalitarista permeare le categorie processuali agli opportunismi di potere. Essa è incredibilmente circolare e non molto dissimile dalla pratica criminale seicentesca è la pratica criminale del *Terzo Reich*. La legislazione nazista espunse dal lessico processuale termini come "parti" e "controversia" per far meglio risaltare la funzione di rafforzamento del regime attraverso il processo civile e penale. «Se la verità è una sola, e questa si identifica con la verità ufficiale, di cui solo il Führer è depositario, non può sorgere su questo fine supremo alcun dissenso tra i sudditi»¹¹⁶, perché la verità è data, va attuata e non ricercata, e i sudditi non possono che conoscerla già. E per citare fatti ancora più recenti, pensiamo a quale possa essere l'attenzione rivolta all'epistemologia negli interrogatori svolti a Guantanamo¹¹⁷ con tecniche non molto dissimili alla concezione che Azzone aveva di indagine come «*inquisitio veritatis per tormenta*»¹¹⁸.

Invero, c'è sempre bisogno di un nuovo Illuminismo, perché il processo penale ha continuamente conosciuto – e può ancora conoscere – momenti storici definibili come "Medioevo" della cultura giuridica occidentale.

7. Conclusioni. Le nuove sfide del processo penale del XXI secolo.

Giunti al termine di questa breve rassegna, sembra potersi ben comprendere la centralità dell'intuizione di Michel Foucault, per il quale «ogni società ha il suo regime di verità, la sua politica generale" della verità» sui cui si fonda anche il sistema processuale¹¹⁹. Se la società ordalica voleva un processo che desse conto del proprio rapporto divinatorio con il vero, la società illuminista, al contrario, ha preteso un rigoroso laicismo epistemico. La storia delle pratiche criminali offre i termini di un andamento fortemente irregolare, a tratti carsico, del rapporto tra verità e processo penale, ma soprattutto il *fil rouge* che lega quest'ultimo alla più generale relazione tra l'uomo e la verità. Sembra infatti innegabile che l'affermazione nel secolo scorso della prova scientifica quale nuova *regina probationum* esprima, dal punto di vista predetto, la cifra della rivoluzione tecnologica e della crescente fiducia socialmente riposta in essa.

Questa relazione privilegiata emerge più che mai al tempo della c.d. "Rivoluzione dell'informazione"¹²⁰ e della nuova identità digitale. Il processo penale non

¹¹⁶ G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. ital. proc. penale*, 1992, 1264

¹¹⁷ Cfr. sulle torture di Guantanamo come strumenti di emersione della verità G. LOSAPPIO, "Para los amigos, todos; para los delinquentes, la ley; para los enemigos, nada". *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in V. Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, 216 ss. e M. BOUCHARD, *Guantanamo*, in *Questione Giustizia. Rivista Trimestrale*, 2003, 1005.

¹¹⁸ Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, vol. I, Milano, 1953, 187 ss.

¹¹⁹ A. FONTANA – P. PASQUINO (a cura di), *Intervista a Michel Foucault*, in M. Foucault, *Microfisica del potere*, Torino, 1977, 25.

¹²⁰ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

può sottrarsi al proprio *drammatico* ruolo di compendio degli atteggiamenti sociali verso la verità, dovendo fornire risposte alle istanze di certezza che l'iperrealismo tecnologico avanza per trasformare l'accertamento giudiziale dei fatti da «labirinto di strana metafisica»¹²¹ a contesto di ricerca scientifica e statistica. Il nostro rapporto con la verità sta cambiando, adeguandosi al profluvio di strumenti statistici in ogni settore di conoscenza¹²². Con esso cambieranno inevitabilmente anche le pretese che avremo nei confronti del giudicante.

Nell'epoca della rivoluzione informatica (*rectius*, della "Rivoluzione della informazione"), il dato personale ha assunto una nuova centralità, modificando non solo la relazione dell'individuo con la verità, ma l'essenza stessa della realtà che il processo penale è chiamato ad accertare. Pur non essendo certo questa la sede per analizzare le nuove frontiere della *crime analysis*¹²³, occorre prendere atto della graduale, ma irreversibile, transustanziazione dell'essere umano in ente informazionale¹²⁴, dotato di una nuova personalità digitale sempre più complessa, in cui confluiscono non solo le informazioni che tradizionalmente lo contraddistinguono (tra cui età, preferenze sessuali, condizioni socio-economiche, dati biometrici, precedenti penali), ma anche l'insieme dei *nuovi* dati personali, frutto della sua quotidiana interazione con le nuove tecnologie. Ne è derivato un dilagante fenomeno di trattamento dei dati personali nello svolgimento di attività tradizionali di giustizia penale, tra cui la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento dei reati o l'esecuzione di sanzioni penali, recentemente riconosciuto e incentivato dalla Direttiva U.E. n. 680/2016.

Analizzando simili novità sotto la lente storico-filosofica, sembra verosimile ritenere che il processo penale finirà per adattarsi non appena lo farà la società, come sempre accaduto nella storia delle pratiche criminali. A ben guardare, viviamo in una fase cruciale, in cui il processo penale è giunto anche in Italia a un nuovo snodo nel progresso morfologico delle pratiche criminali, che va ad aggiungersi a quelli tradizionalmente individuati da Foucault. Spetta alla dottrina contemporanea la grande responsabilità di interrogarsi su quanto della pratica criminale novecentesca possa sopravvivere all'iperrealismo e alla interconnessione della *Big Data Society*. Nel farlo, uno dei pochi punti fermi individuabili per la decifrazione del presente sembra essere proprio l'intuizione foucaultiana che il processo non possa sottrarsi alle mutate relazioni sociali con la verità, subendole e non potendole, se non in minima parte, determinare.

¹²¹ Così P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Newton, Roma, 1994, 88, commentando la "pratica criminale" del suo tempo.

¹²² Solo per un esempio, si segnala l'utilità della profilazione in ambito medico e la diffusione del *profiling* degli utenti per fini commerciali. Cfr. U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione*, Torino, 2014, 181. Per una disamina degli ulteriori sviluppi applicativi della *data analysis* in ambito processualciviltistico, si v. L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Milano, 2017.

¹²³ Ci si permette di rinviare sul punto a C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Questione Giustizia. Rivista Trimestrale*, IV, 2018, 166 ss.

¹²⁴ Sulla reontologizzazione del mondo per effetto della Rivoluzione della informazione si v. almeno M. DURANTE – U. PAGALLO, *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 456 ss.