

QUESITI

CARLO MORSELLI

L'oratoria, l'oratore e la prova nel processo penale: il carattere destinativo dell'“eloquenza argomentativa” (l'agnizione)

SOMMARIO: 1. L'oratoria forense. - 2. L'eloquenza forense. - 3. Il processo penale - 4. Il rito. - 5. Azione e narrazione: la “liturgia della parola”. - 6. L'arringa difensiva quale “capitalizzazione” del materiale probatorio. - 7. Prova e i prolegomeni del giudizio. - 8. Le proposizioni argomentative: contro-nominale, *modus tollens*, l'argomento apagogico. Distinzione tra «prove di fatto e di ragionamento» (Quintiliano). - 9. L'eccezione (fortemente) enfatica, con finalità persuasive - 10. Le memorie scritte (l'importanza delle).

1. L'oratoria forense

Nel 1977, a Zurigo, si istituì il sodalizio della fondazione della Società internazionale per la storia della retorica (*International Society for the History of Rhetoric*), non inserendosi, però, nell'esergo del suo tratto onomastico ed evocativo, il richiamo, forse celebrativo, dello statuto teorico della disciplina (proposto da Chaïm Perelman, da affiancare al registro diacronico).

Anche oggi, in questo attraversamento ctonio, è preferibile privilegiare una precisa impostazione: riguardare e calare i traguardi euristici della retorica e quindi il piano eidetico (nella fenomenologia di Husserl è contrapposto a quello empirico) nel distretto della oratoria forense e, così, ricondurli e ridurli nel terreno funzionale di strumento rigoroso e selettivo di carattere distributivo, ostensivo e dimostrativo.

È riconoscibile come arte, denominata oratoria, la capacità di parlare ed esporre oralmente e perspicuamente agli astanti (*ars dictandi*)¹ la materia (le

¹La cd. nuova retorica (o Teoria dell'argomentazione, ingl. *Theory of Argumentation*, franc. *Théorie de l'argumentation*, ted. *Argumentationstheorie*) è di matrice belga, del filosofo Chaïm Perelman, pubblicata nel 1958 e apparsa in Italia nel 1966: (in sintesi) l'intento è positivo (lo studio dell'arte del persuadere e del convincere) e negativo (non ridurre le tecniche di prova alla logica formale) e il bacino d'indagine della T. dell'argomentazione è vastissimo: «“Occupa il campo di ogni forma di discorso persuasivo...l'arringa...l'orazione...”» (*Argomentazione, teoria dell'*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 80).

L'esercizio attivo dell'arte del discorso è il campo di appartenenza dell'oratoria (*laus eloquentiae*), e quello (non dissimile) della retorica (che esiste da almeno due secoli e mezzo) è l'organizzazione dello studio dell'arte del discorso (*ratio studiorum*), dei processi compositivi (*ratio* e *oratio*): il titolo di *technè* è attribuito alla retorica da Aristotele. Propriamente, il libro che apre la *Retorica* aristotelica è riservato alla figura dell'oratore.

Un protostatuto dell'eloquenza può leggersi e ricavarsi dall'*Odissea* omerica: «<<Uno può essere meschino d'aspetto, ma un dio di bellezza incorona il suo dire; e tutti lo guardano affascinati: egli parla sicuro, con garbo soave; brilla nelle adunanze, e quando gira per la città, come un dio lo contemplan»» (*Odissea*, trad. di Calzecchi Onesti, Torino, 1963, VIII, vv. 166-173).

quote di) prefissata e sviluppata (vincolo stipulativo e partitivo), trattata, al vaglio, adeguatamente ed utilmente, attraverso la trasmissione dei contenuti corrispondenti (allocognizione), e (veicolata, appunto) con ordine, efficacia, compostezza, eleganza, sicurezza, stile (*pronuntiatio*), nonché controllo della gestualità, avvalendosi (il locutore²) delle proprie competenze e risorse (attingibili prontamente, *statim*³) risalenti a categorie e cognizioni predefinite (*artes praedicandi*). La trama del tessuto espositivo, come nell'impianto morfosintattico, deve essere coordinata, coesa e coerente (le tre "c"), *eo magis* se aspira a presentarsi come un sistema compiuto (nel distretto preso in considerazione). Quella deve essere, all'orizzonte del controllo sinottico, priva di (gibbosità, cioè) contraddizioni (non perché *nondum natae*, ma per averle gestite, spiegate, considerate più o meno apparenti, emendate e risolte⁴) e, in scala, deve preferire l'uso degli ordinali (se i cardinali limitano in elenco le componenti della materia). Così, i saperi implicati sono due, funzionalmente complementari (quindi l'*elocutio* non è in posizione ipotattica ma, nella diade, è costruita sui paralleli della paratassi): le peculiari competenze ostensive del registro linguistico (la scrittura non ha un pubblico presente) e le specifiche cognizioni della materia gradualmente e progressivamente esplorata, elucidata e riordinata (quindi *in utramque partem*⁵: siamo alle soglie del costruito di stampo olistico). Questa deve essere, prevalentemente ed essenzialmente, oligotematica se non monotematica (come nel ventaglio dei colori, ove deve

² *Physique du rôle* designerebbe l'aspetto esteriore adattato alla condizione professionale, e dagli altri considerato. *Amplius infra* nota 19.

³ *Infra* nota 71.

⁴ Proprio l'oratore, con la varietà delle sue risorse risalenti alla logica, è nelle migliori condizioni di appianare le contraddizioni: queste possono esistere, ma non possono sussistere, cioè persistere. Nella tradizione scettica, il tropi erano le vicende contraddittorie o solo controverse.

In epistemologia, secondo la teoria di Hempel, in ordine alla spiegazione, l'enunciato di cui si chiede chiarimento (diremmo oggetto di indagine o accertamento conoscitivo) è detto *explanandum*, quello che lo spiega *explanans* (c.d. modello nomologico-deduttivo).

Considerando il "fatto" (cioè, la vicenda storica incriminata dal diritto penale e *sub iudice*), esso deve essere provato e quindi convalidato, ma la verifica sperimentale non potrebbe ricostruire la commissione del delitto (l'art. 218 c. p. p. ammette l'esperimento giudiziale quando << occorre accettare se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo >>) (così, E. FASSONE, *Dalla "certezza" all'ipotesi preferibile "": un metodo per la valutazione*, in *La prova penale, Quad. C.S.M.*, 1997, n. 98, 31, che si sofferma su siffatta verifica: << la costruzione reale del "factum explanans", e la constatazione che esso produce realmente il "factum explanandum": se A fosse la causa di B, riproducendo A si dovrebbe ottenere B>>).

⁵ Una sorta di kalokagathia, in questa sede (quella nota concezione greca) intesa come armonico intreccio tra estrinseco (della veste verbale) ed intrinseco (del concetto sotteso). Cfr. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G. P. Voena, XXXIII, 2, Milano, 2000, 56 s.

riconoscersi quello dominante). Vestire verbale e apparato concettuale armonicamente correlati, dunque: «la parola infatti deve sbocciare ed uscire dalla cognizione delle cose: se l'oratore non conosce profondamente l'argomento, il suo discorso si riduce a un giro di parole vuoto»⁶.

Lo scopo specifico (del discorso), distintamente, è l'agnizione, in forma negativa o positiva, e la proprietà, quella transitiva (non riflessiva), ne è la direzione.

Quanto precede (coincide con la cd. opera morta, ed) esclude e delimita, *eo ipso* e necessariamente⁷, cioè identifica, anche il quadrante negativo (due i piani coinvolti⁸), lo spazio emarginato (rileva l'ambito ammesso e omesso, cioè pretermesso) dell'antioratoria⁹. Questa è una pratica all'impronta e rabdomantica che (per l'effetto, può incorrere nella palinodia e nell'aposiopesi e), senza confini rigorosi, non muove da uno scopo preciso e dalla solidità di un prodotto semilavorato che richiede di essere perfezionato al contatto con gli astanti, ed è dettata dall'improvvisazione (di matrice peripatetica), servendosi (oltre che di traslati) di cognizioni e tecniche comuni e generali.

Il pericolo insito nell'oratoria incontrollata (l'uso e l'abuso, al pari di valore e disvalore, devono richiamarsi e segnalarsi, essendo di entrambi il ceppo comune), che conviene individuare, è il suo fondamentalismo: l'autocompiacimento esteriore, l'astrattismo, la leziosità e la prolissità, l'essere terreno di elaborazione di «un gran numero di massime» (Quèlet, 12,14) e, nell'antioratoria, la riduzione di quanto evocato a resoconto implementato da considerazioni soggettive (non verificate, alla luce di paradigmi indicati, mentre *ars est celare artem*¹⁰), l'uso di un tono colloquiale e prosaico, di un linguaggio spoglio e disadorno.

Se l'opera dell'oratore è selettivamente (ed elettivamente) analitica e denotativa, di enucleazione delle classi disposte a raggiera, quella dell'antioratore è, perlopiù, descrittiva ed è guidata dall'estro.

⁶ Anticipiamo una parte del brano del noto *De Oratore*, *amplius infra*, nota 14.

⁷ Nell'impostazione della filosofia spinoziana «ogni determinazione è una negazione» (*omnis determinatio est negatio*).

⁸ Anche il quoziente negativo rileva quale limite (nella galleria dei numeri, la negatività può essere feconda e non inutile, se, per esempio, un numero negativo moltiplicato per un altro numero negativo genera, quale risultato, un numero positivo: $-1 \times -1 = +1$).

⁹ Con tale espressione, tratta dalla comune radice oratoria, intendiamo designare il profilo antagonista (al pari della contrapposizione eroe-antieroe: v. TERSITE, in *Dizionario di mitologia greca e latina*, Torino, 199, 686: «<< Antieroe per eccellenza, con la sua bruttezza, viltà e impudenza si pone in contrasto con le virtù degli eroi >>»).

¹⁰ Si tratta del proverbiale monito della tradizione retorica, espressione del contegno «distaccato» dell'oratore.

La *differentia specifica* è resa dall'apoftegma *poeta nascitur, orator fit* (a partire dal protonomastico¹¹).

L'oratore deve dominare (da *dominus*) e governare quanto è oggetto del suo scrutinio (non subirlo: qualora, per sciatteria, ponga taluni aspetti in un cono d'ombra, li ricusi, li lasci inesplorati e nell'imperscrutabile), avente carattere destinativo (diretto all'*altera pars*, in senso lato e locativo) e commutativo: non deve essere indifferente l'obiettivo del coinvolgimento, anzi deve porsi come precipuo ed irrinunciabile.

Tuttavia, siffatto coinvolgimento può essere frutto di una strategia, in uso nel campo della retorica (e della sofistica) quando il locutore assume una posizione propriamente eccentrica, deliberatamente allontanandosi dall'argomento pendente ed aperto per contestare e stigmatizzare un'affermazione altrui (c. d. *argumentum ad hominem*¹² o, scriviamo noi, "voce civetta"). Si tratta di una tecnica dilatoria, di diversione (come avviene nel terreno militare), cioè di spostamento (dal nucleo dell'argomentazione centrale) su temi del tutto periferici (una traccia l'avremmo rinvenuta in Licinio Crasso¹³).

2. L'eloquenza forense

L'eloquenza occupa un'area assai vasta, e così l'esame sarà limitato a quella forense (che possiamo appellare di tipo anairenico, per la notazione indefettibile dei poli antiparalleli della contesa) al pari della scelta rigorosamente selettiva della dottrina di Marco Tullio Cicerone, ristretta al genere giudiziario o deliberativo e sfociata in una composizione, particolarmente ampia, che non conta eguali nel suo genere (l'opera retorica più importante dell'Arpinate, che riteneva l'arte oratoria, invero, come qualcosa di più difficile di quel che si crede: *sed enim maius est hoc quiddam quam homines opinantur*), in nesso-

¹¹ Corace (sec. V. a. C., famoso retore siracusano). Dalla tradizione, vengono appellati "oratori attici" i grandi oratori (o logografi) del V e del IV sec. a.C.: Antifonte, Andocide, Lisia, Isocrate, Iseo, Eschine, Licurgo di Atene, Demostene, Iperide, Dinarco. Fu, però, Isocrate il maestro di tutti gli oratori greci. Al riguardo, v. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in *Il diritto in Grecia e a Roma*, di M. Bretonne e M. Talamanca, Roma-Bari, 1994, 25-26, il quale ricorda «la regola per cui, nei processi pubblici e privati, non era ammesso il ministero del difensore tecnico, dell'avvocato "come noi diremmo: ciò non ha però impedito che si venisse formando, soprattutto nell'Atene della fine del V e dell'inizio del IV secolo a. C., un ceto di professionisti della difesa, gli oratori o logografi, fra cui, oltre a Lisia, a Iseo, a Dinarco, vanno annoverate personalità altrimenti importanti...come Antifonte, Isocrate e Demostene».

¹² Un tipo di *argumentum ad hominem* (nella logica del '600 è l'argomentazione dialettica, di contrapposizione all'avversario) in retorica è l' *argumentum ad personam*, incentrato sull'invettiva.

¹³ *Infra* nota 19.

na letteratura: il *De oratore*¹⁴ (*orator* è usato nel senso di *optimus orator* e, più che *ars dictandi*, si riscontrano testualmente altre formule perlopiù ellittiche: *ratio dicendi, ad dicendum studio, bene dicendi, ornate ab eo copioseque dicatur, studio dicendi, virtus dicendi*). Retore di professione fu Marco Fabio Quintiliano - a cui Vespasiano assegnò, per l'insegnamento ufficiale di retorica (ininterrottamente mantenuto per circa vent'anni), uno stipendio annuo di 100,000 sesterzi - autore (ed anche patrocinatore in più processi) del più ampio trattato di retorica dell'età classica, della stesura, nel solco dell'*ordo*, dell'*Istitutio oratoria* (<<Sull'insegnamento dell'oratoria) (92-94 d.

¹⁴ L'opera (il cui inizio pare che cada nella tarda primavera del 56 a. C., maggio-giugno) è (dedicata al fratello Quinto) - una dotta conversazione sul tema dell'eloquenza, come avvenuta, diversi anni prima (91 a. C.) nella villa Tuscolana del noto oratore L. Licinio Crasso e riferita da C. Aurelio Cotta a Cicerone - è considerata dagli studiosi, nel percorso ricostruttivo, una lettura obbligata.

V., per la riferita fondamentale delimitazione (frutto di una scelta selettiva, appunto), *Opere retoriche*, di M. T. Cicerone, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Libro I, a cura di Norcio, Torino, 1992, 99 (mentre per la riportata difficoltà, *op. cit.*, 97), secondo cui i Greci <<hanno separato da tutte le altre parti dell'eloquenza quella che si riferisce alle discussioni forensi di carattere giudiziario o deliberativo, riservando all'oratore solo questo tipo di eloquenza. Perciò in questi libri io non tratterò se non quei problemi che per consenso quasi unanime degli uomini più valenti, dopo lunghe indagini e ampie discussioni, sono stati riconosciuti propri di questo tipo di eloquenza>> (*seposuisse a ceteris dictionibus eam partem dicendi, quae in forensibus disceptationibus iudiciorum aut deliberationum versaretur, et id unum genus oratori reliquisset; non complectar in his libris amplius, quam quod huic generi re quaesita et multum disputata summorum hominum prope consensu est tributum*).

Relativamente al brano riportato a nota 6, v. *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 99: *Quae, nisi res est ab oratore percepta et cognita, inanem quandam habet elocutionem*. Trattazione dotta (nello schema dialogico) ma (è la nostra valutazione) iterativa e con una struttura (che diventa figura: l'exergasia), pesantemente, circolare (lo stesso giudizio è stato dato per l'opera del romanziere Hemingway - premio Nobel per la letteratura - *Per chi suona la campana* del 1940, come riportato da MANTOVANI, Milano, 1997, 10-11: <<Diversi commentatori hanno insistito sul fatto che *Per chi suona la campana* ha una struttura circolare. Il ponte d'acciaio...sta al centro dell'azione narrativa dal primo capitolo all'ultimo>>). Abbiamo contato almeno 47 volte in cui il *De Oratore* pone, ripropone e riprende, dipanandolo in modo concentrico, lo stesso interrogativo sulla figura del perfetto oratore (se debba o meno possedere una cultura vastissima per affrontare qualsiasi argomento, e con le forme dell'eloquenza), identificandola in modo ridondante. Lucido il discorso di Antonio (ma Cicerone ammirava, cercando di somigliarvi, Crasso, che nel 113 difese dall'accusa d'incesto la Vestale Licinia, però, senza procurarle l'assoluzione), che intende l'oratore come un soggetto abile, forte della sua attività forense (proprio l'abilità permise, nel 98, ad Antonio di fronteggiare una posizione giuridica assai difficile, quella di Manio Aquilio accusato di concussione: lo difese, parlò molto bene e lo fece assolvere). Una circolarità " estesa ", se si pensa a *Brutus* (tratta, appunto, la storia dell'eloquenza), considerata <<opera monotona e pesante>> (v. *Opere retoriche*, di Cicerone, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Intr., a cura di Norcio, Torino, 1992, 28), e, si badi, velocemente composta lo stesso anno (nel 46 a. C.), a l'*Orator* (ove si delinea, ma in forma del tutto ideale, la figura dell'oratore - il quale deve dimostrare, dilettere, commuovere - all'interno di una tessitura stilistica a volte non in ordine), con cui si chiude la triade delle opere retoriche (maggiori) di Cicerone (ci sono, ancora, gli scritti retorici minori).

C.) , <<cioè di quella *summa* dell'eloquenza, che veniva destinata alla formazione dell'oratore perfetto>>¹⁵.

I greci¹⁶ (antichi ritenevano la retorica nata in Sicilia nella metà del V secolo a.C., allorché Corace e, il suo allievo, Lisia, in un manuale, tracciarono il contegno per chi dovesse esercitare e sostenere i diritti vantati nelle tante cause giudiziarie), d'altra parte, individuaronò una terna oratoria, distinguendo diversi generi: giudiziario, con radici nella contesa processuale, simboleutico (come le cinque arringhe di Isocrate) risalente alla contesa politica, epidittico (di Gorgia), comprendente la varietà dei discorsi (per esempio, le orazioni celebrative).

Si è ricordato che <<il *De invenzione* e l' *Ad Herennium* divennero i due più famosi testi di retorica dell'antichità, se non addirittura le opere più diffuse di ogni genere>> e si <<ritrovavano in entrambi le opere...delle definizioni concise e coerenti della dottrina retorica fondamentale, i tre generi di orazione, le cinque parti della composizione (*inventio, dispositio, elocutio, memoria, pronuntiatio*) e le sei parti del discorso>>¹⁷ (seguendo la classificazione aristotelica, i tre generi principali di oratoria sono il giudiziario, il deliberativo e l'epidittico¹⁸).

Lo statuto dell'*optimus orator* (composto e sicuro, nell'esteriorità), calato nell'impostazione binaria (in precedenza tracciata), può ricercarsi

¹⁵ QUINTILIANO, *L'istituzione oratoria*, a cura di Faranda e Pecchiura, Intr., I, Torino, 1996, 11. Cicerone e Quintiliano sono richiamati da PISANI, *Introduzione alla tematica dell'esame diretto e del controesame*, in *Indice penale*, 1989, 484. Cfr. SOLIDORO (a cura di) *Regole e garanzie nel processo criminale romano* Torino, 2016, 112. Nel sistema processuale dell'antica Roma i pretori pronunciavano di volta in volta, in alternativa agli schemi fissi (per *certa verba*), *verba concepta* (a base del processo *per formulas*).

<<Il *modus*, la *species*, l' *ordo* i tre caratteri divengono criteri di perfezione>>, spiega ECO, *Il problema estetico in Tommaso D'Aquino*, Milano, 1970, 94.

¹⁶ Cfr. *Opere retoriche*, di Cicerone, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 95, per l'ampia testimonianza: <<Per non parlare della Grecia, che ha voluto essere sempre la prima nell'eloquenza e di quella famosa madre di tutte le scienze che fu Atene, in cui nacque e venne a perfezione la vera eloquenza>> (*Atque ut omittam Graeciam, quae semper eloquentiae princeps esse voluit, atque illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, in quibus summa dicendi vis et inventa est et perfecta*).

¹⁷ VICKERS, *Storia della retorica*, Bologna, 1994, 64-65, aggiungendo: <<Il libro III dell'*Ad Herennium* elenca così gli argomenti dell'orazione deliberativa ed epidittica. Studia la memoria e i gesti: mentre il libro IV affronta la questione delle qualità dello stile, elencando circa un centinaio di figure del discorso: e per secoli fu questa la parte dell'opera a cui si fece più ricorso>>.

Ma, v. *Opere retoriche*, di Cicerone, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Libro I, Intr., a cura di Norcio, Torino, 1992, 13, nota 10: <<Il *De invenzione* in 2 libri poco dopo l'86 a. C. (quando Cicerone aveva poco più di 20 anni). Avrebbe dovuto essere un trattato sulle 5 parti che costituiscono l'eloquenza...ma l'autore scrisse soltanto due libri riguardanti l'*inventio*>>.

¹⁸ KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman Word (300 BC - AD 300)*, Princeton, N.J., 1972, 20-21; VICKERS, *Epideictic and Epici in the Renaissance*, in *New Literary History*, 14, 1982, 497 ss.

nell'eponimo (denomina soggetto ed oggetto): <<L'oratore infatti deve possedere molte nozioni, senza le quali l'arte del dire si riduce ad una pompa di parole vuota e ridicola, deve curare lo stile non solo con la scelta, ma anche con l'adatta collocazione delle parole e deve inoltre conoscere a fondo tutte le passioni, che la natura ha dato al genere umano, perché è nel calmare o nell'eccitare gli animi degli ascoltatori che si esprimono necessariamente tutta la forza e la bellezza dell'eloquenza>>¹⁹.

3. Il processo penale

Nel processo penale, sono le parti (difesa, accusa, parte civile) che possono avvalersi delle risorse pratiche di tale (particolare) sapere, convogliato in uno dei punti fondamentali su cui poggia l'intero impianto del nuovo codice di procedura penale (del 1988, considerato come espressione di un " processo di parti "), di stampo accusatorio: l'oralità e l'andamento antitetico, tipico del principio del contraddittorio, che consegna alle parti (c.d. principio dispositivo) poteri che si inscrivono nei modelli *adversarial* continentali²⁰. Si distinguo-

¹⁹ *Opere retoriche*, di Cicerone, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 96-97: *Est enim et scientia comprehendenda rerum plurimarum, sine qua verborum volubilitas inanis atque invidenda est, et ipsa oratio conformanda non solum electione, sed etiam constructione verborum, et omnes animorum motus, quos hominum generi rerum natura tribuit, penitus pernoscendi, quod omnis vis ratioque dicendi in eorum, qui audiunt, mentibus aut sedandis aut excitandis expromenda est.*

Questo moto suscitato, viene attribuito da Cicerone a Licinio Crasso (e raccontato da Cotta), nell'ultima parte del brano (*op. cit.*, 102-103): <<In verità, non c'è niente per me di più bello del potere con la parola di dominare gli animi degli uomini, guadagnarsi le loro volontà, spingerli dove uno voglia, e da dove voglia distoglierli>> (*Neque vero mihi quicquam praestabilius videtur, quam posse dicendo tenere hominum [coetus] mentis, adlicere voluntates, impellere quo velit, unde autem velit deducere*). V., *retro*, n. 13.

Sul profilo esteriore, *retro* nota 2, e su cui, specialmente, v. il dialogo (ove eccelle Marco Apro, famoso avvocato, chiamato a dare lustro al nuovo genere di oratoria, allo stile isocrateo-ciceroniano) di TACITO, *Storie. Dialogo degli Oratori, Germania, Agricola*, a cura di Arici, **, Torino, 1983, 703, sulla figura dell'oratore che incanta tutti: <<Passo ora al piacere dell'eloquenza forense...E che corteggio di togati accompagna l'oratore al suo uscire! Che imponenza ha in pubblico! Che rispetto nel tribunale! Che compiacimento levarsi e stare in piedi in mezzo all'assemblea silenziosa, intenta a lui solo!...Io passo così in rassegna...chi professa l'arte oratoria. Se proferisce un discorso meditato e ponderato, la gravità e la sicurezza del suo dire è pari alla soddisfazione>> (*Ad voluptatem oratoriae eloquentiae transeo...Iam vero qui togatorum comitatus et egressus! Quae in publico species! Quae in iudiciis veneratio! Quod illud gaudium consurgendi assistendique inter tacentes ed in unum conversos!...dicentium...orantibus...Sive accuratam meditatamque profert orationem, est quoddam sicut ipsius dictionis, ita gaudii pondus et constantia*).

²⁰ Si richiama la contrapposizione di sistemi *adversarial* a quelli inquisitori [ricorda DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 30: <<Nel XII secolo la dicotomia era già in uso allo scopo di distinguere i procedimenti che richiedevano l'impulso di parte (*processus per accusationem*), da quelli che potevano iniziare anche in assenza di parti (*processus per inquisitionem*)...Il modello processuale *adversarial* ha la forma di una contesa o...disputa: si configura come una lotta tra due avversari di fronte ad un arbitro relativamente passivo...Il modello *non-adversary*

no, infatti, sistemi processuali angloamericani (*common law*) e continentali (*civil law*)²¹.

Il contesto deittico è il dibattito²² quale luogo di (“nascita “di una) ordinata contesa (cd. parità delle armi²³) e di formazione della prova penale (riservata ad una fase processuale autonoma, cd. istruttoria²⁴), proiezione dello spirito e dell’ideologia del sistema cd. *adversarial*. Lo stesso permette al giudice, organo costruito *super partes* (che tratterà con particolare acribia i delitti di sangue²⁵), di raccogliere e “sintetizzare” i dati anamnestici della produzione pro-

è invece strutturato come un’indagine ufficiale>>. V., pure, FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo adversary*, 1988, 211; ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l’assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, 364].

²¹L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 392: << Un’altra importante caratteristica del modello di giustizia secondo l’esperienza inglese e più in generale dei paesi di *common law* consiste in ciò che la disciplina della procedura, sia civile che penale, è stata e continua tuttora ad essere dettata...da regolamenti (*rules*) rimessi alla competenza degli stessi giudici e più in generale degli ambienti forensi >>; cfr., pure, N. PARISI, *I diritti fondamentali nell’Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dell’unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, a cura di U. Draetta N. Parisi D. Rinoldi, Napoli, 2007, 123: << Tradizionalmente per gli ordinamenti di *civil law* la legalità penale comporta la necessità di associare all’adozione della norma penale (sostanziale e processuale) l’istituzione parlamentare...Il principio di democrazia, sotteso all’esigenza di rispetto della legalità penale, è peraltro garantito per altre vie negli ordinamenti di *common law* >>; nonché P. P. PORTINARO, *Legalità, principio di*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 217 che riporta i due in cui << si può intendere la legge come *legge in senso formale*...oppure come *legge in senso materiale*, come norma giuridica dotata di qualità oggettive >>; (Cass., sez. I, 12 settembre 2014, n. 37577, in *Cass pen.*, 2014, 4107 s., m. 765.4, si occupa delle espressioni esteriori, evocative del disciolto partito fascista, contrassegnandone l’idoneità lesiva per l’ordinamento democratico ed i valori ad esso sottesi). Recentemente è intervenuto nel dibattito V. GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2012, 8, per segnalare che << il processo italiano è permeato dall’esigenza di giungere ad una decisione giusta che contenga l’accertamento della verità; il sistema di *Common Law*, al contrario, si dimostra più propenso ad assicurare un “*Fair Trial*”, ossia regole del gioco uguali per le parti e una procedura garante della naturale selezione delle forze >>.

²² Indubbiamente, <<il dibattimento costituisce il fulcro del processo penale>> (LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, 539; sul <<ruolo centrale della fase del giudizio>>, v., recentemente, CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 508).

²³ Condannata la Lettonia, che non aveva consentito a un imputato detenuto di partecipare alla propria udienza dinanzi alla Suprema Corte, per violazione del principio di parità delle armi (Corte europea dei diritti umani, sez. IV, 25 novembre 2014, Liepiòd c. Lettonia, in *Dir. pen.proc.*, 2015, 110 s.).

²⁴ L’autorevole segnalazione (sempre valida ed attuale) è di CORDERO, *Strutture d’un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, 21: <<L’istruzione è decaduta a “ indagini preliminari”>>, che <<sembrerebbero pericolosamente al rito sommario se l’atto compiuto dal pubblico ministero o, addirittura, dalla polizia, costituissero prova, valutabile ai fini della decisione nel dibattimento: capita sugli “ atti irripetibili “, i cui verbali confluiscono nel dibattimento (art. 431., lett. b e c)>>.

²⁵ Sull’esigenza di << affidarsi ad un equo ed imparziale tribunale >>, v. DEMOSTENE, VII, *Su Alonneso*, in *Discorsi e lettere*, I, *Discorsi all’assemblea*, a cura di L. Canfora, Torino, 1995, 257.

Cfr. ANTIFONTE, IV, *Accusa per omicidio contro un tale che afferma di avere agito per legittima difesa*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di M. Marzi e S. Feraboli, Torino, 1995, 129 << La legge prescrive a ragione che nelle cause di omicidio i giudici si diano la massima cura perché le accuse e le testimonianze abbiano luogo secondo giustizia,

batoria svoltasi avanti a sé pur senza parteciparvi (sapere fattuale derivato) direttamente (come nello schema, adattato, dell'idealismo tedesco hegeliano: i tre momenti della tesi accusatoria, dell'antitesi difensiva, e della sintesi giudiziale).

La procedura penale (la disciplina della) si inserisce nella topica e nella dinamica, come avviene nel terreno delle scienze applicate (ma nel segno della "diseguaglianza"²⁶, o della "giustizia imperfetta"²⁷).

Gli strumenti primari di conoscenza risalgono, nelle fonti, agli apporti delle parti (attività devolutiva), secondariamente e marginalmente all'autocognizione del giudice (solo quando l'istruttoria condotta si riveli lacunosa, all'organo di chiusura è affidato un potere di supplenza, congegnato dall'art. 507 c. p. p.²⁸): geometricamente, l'imputato, la difesa, il pubblico ministero che sostiene, in giudizio, l'imputazione formulata, esposta all'opera di falsificazione. *Abrégé*: <<Il processo giuridico mette le parti nella condizione

senza lasciarsi sfuggire i colpevoli e senza chiamare in giudizio gl'innocenti >> (il processo per omicidio si inquadra nell'azione giudiziaria promossa dai familiari della vittima).

²⁶ Infatti, il dibattimento non è l'unico canale di trattamento della regiudicanda: il libro VI è riservato ai <<Procedimenti speciali>> (artt. 438-464 c. p. p.), riferiti a percorsi processuali diversificati.

Già il giurista francese Jean Bodin, nel quadro di una "giustizia armonica" (e in quello più generale dello Stato moderno, spiegato nei *Sei libri dello Stato*), distingue tra *giustizia distributiva* (quella diversificata, per esigenze specifiche) e *giustizia commutativa* (uguale per tutti). La scelta dei *conditores*, evidentemente, ha reputato recessivo il bisogno di garantire un eguale trattamento dei cittadini di fronte alla legge che, invece, avrebbe imposto un disegno processuale indifferenziato, rispetto a quello di realizzare figure ed ambiti alternativi, di semplificazione dell'*iter* e quindi di economia degli atti, nel segno della c.d. de-processualizzazione (per tale espressione, v. M. PISANI, *Equità della pena e riti alternativi*, in *Ind. pen.*, 1991, 449). La dottrina riordina l'ontogenesi del fenomeno complesso: <<L'efficienza degli apparati del processo in tal modo è privilegiato rispetto all'esigenza della legalità, e si direbbe che l'amministrazione della giustizia venga perfino a prevalere sull'esigenza di giustizia >> (M. PISANI, *Premessa I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano, 1997, XI). Indubbiamente, <<l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e il bisogno di garantire alla stessa maniera i diritti delle parti imporrebbero una procedura uniforme: quale che sia il reato e quale che sia l'imputato, la responsabilità penale esige di essere accertata in base a un medesimo *iter* procedurale, che garantisca alla stessa maniera le parti e assicuri sul piano delle forme la correttezza della decisione >> (R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 593-664). Così, <<l'abilità combinatoria tocca il culmine nei "procedimenti speciali" >> (F. CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, 22).

²⁷ Notoriamente, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia (1971)*, trad. Santini, Milano, 1997, 85 s., all'interno di una visione della giustizia come equità, pone in luce la <<concezione allocativa >> della prima: <<Ovviamente la giustizia procedurale perfetta è molto rara, se non addirittura impossibile...La giustizia procedurale imperfetta può essere esemplificata da un processo penale...Soluzioni differenti per casi giuridici particolari possono probabilmente, in circostanze diverse, dare i risultati giusti, se non in tutti, almeno in buona parte dei casi. Un processo è quindi un esempio di giustizia procedurale imperfetta >>.

²⁸ Sull'incertezza che suscita l'esegesi dell'art. 507 c. p. p., in ordine ai poteri del giudice dibattimentale in materia di prova, v. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 115 ss.

di far valere i loro mezzi di prova e le ragioni giuridiche e il giudice di venire a conoscenza della causa>> (nella riconfigurazione responsiva: *da mihi factum, et tibi dabo ius*)²⁹. Siffatto rapporto, nel pensiero ottocentesco, diventa d'identità, nella formula circolare: <<*las procédure essentiellement que l'art d'amnistier le preuves*>>³⁰.

Nello schema dinamico, sono, dunque, esclusi l'autosufficienza del giudice e il carattere meramente responsivo della decisione, non preceduta dalla vicenda acquisitiva, come nel noto rescritto.

L'opera di produzione gnoseologica (non data disordinatamente, ma scandita dal cd. *onus probandi*) è riservata in via semiesclusiva alle parti (ai loro atti cc. dd. di impulso che reggono le iniziative processuali, secondo il cd. principio della domanda).

Emblematico l'ordinato schema, chiuso e discendente (legislatore-accusatore-giudice), risalente a Licurgo (molto probabilmente, il più inesorabile ed irreprensibile accusatore del diritto antico, la cui figura è ben distinta dal sicofante³¹), il primo che incardina il principio della domanda penale come indefettibile: <<...Poiché tre sono i fondamenti che salvaguardano e conservano la democrazia...: anzi tutto la prescrizione delle leggi, in secondo luogo il voto dei giudici, in terzo luogo l'accusa che a questi deferisce i colpevoli...sicché né

²⁹ G. F. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. Messineo, Roma-Bari, 1974, 5 s.

³⁰ G. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, a cura di E. Dumont, Paris, 1823, 248.

³¹ I sicofanti sono, nella tradizione, distinti dagli accusatori (LICURGO, *Orazione contro Leocrate*, a cura di MALCOVATI, in *Oratori attici minori*, I, *Iperide, Eschine, Licurgo*, a cura di Marzi, Leone, Malcovati, Torino, 1995, 835: <<avverrà che per gli imputati il processo si svolga senza calunnie e gli accusatori non facciano i sicofanti >>), e vuole precisarsi che la multa a carico dell'accusatore, che non fosse riuscito ad ottenere la quinta parte dei voti, non vale nei casi di accusa di alto tradimento (*eisaggelia*). V., pure, rivolto all'accusa (intentatagli), per corruzione, di Demostene, ESCHINE, *Orazioni*, a cura di MALCOVATI, in *Oratori attici minori*, I, *Iperide, Eschine, Licurgo*, a cura di Marzi, Leone, Malcovati, Torino, 1995, 531, sulla "Corrotta ambasceria": <<l'accusa è falsa e colui che ha osato formularla è un empio e un sicofante>>: Eschine fu assolto, ma solo per trenta voti evitò la condanna (l'accusatore, che non fosse riuscito a ottenere un quinto dei voti della giuria, non solo avrebbe subito la condanna a pagare una multa di mille dracme, ma non avrebbe potuto intentare, nel futuro, azioni giudiziarie: DEM., XXVI, 9; tali misure erano dirette a scoraggiare l'azione dei sicofanti)]. Cfr. ANTIFONTE, V, *Sull'omicidio di Erode*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 183: <<ha in odio...i sicofanti >>, cioè i denunziatori maligni, per le mire sui beni dell'accusato; ANDOCIDE, I, *Sui misteri*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 293, evoca il ricordo delle <<numerose accuse spietate...immediatamente smascherate...così palesi che voi avreste preferito punire gli accusatori piuttosto che gli accusati >>. Cfr. TACITO, *Storie. Dialogo degli Oratori*, cit., 17 sulle odiose <<ricompense dei delatori >> (*praemia delatorum*).

la legge né il voto dei giudici hanno vigore senza l'opera di chi affidi loro i colpevoli >>³².

4. Il rito

Il rito non è una vicenda eslege, perché regolato da Nomos pianificatore [kel-senianamente il diritto codificato appartiene al mondo del dover essere (*Sollen*, *Kathékon* nella dottrina stoica) e non a quello dell'essere (*Sein*), ricompreso nel diritto praticato]. L'anomia farebbe perdere l'identità al processo, per definizione fonte della *lex specialis* (nei termini dell'esegesi chiovendiana), a sua volta proiezione della *lex generalis*³³. *Kronos* segna le singole partizioni e scandisce il ritmo alternato del giudizio penale (simboleggiato dalla klepsydra)³⁴, e Dike ne disciplina la materia lungo i binari³⁵.

La terna designa enti ordinatori, a cui si aggiunge, per la trasmissione *interna corporis*, l'impulso di *Hermes*³⁶.

³² LICURGO, a cura di Malcovati, in *Oratori attici minori*, I, *Iperide, Eschine, Licurgo*, cit., 831. ANTI-FONTE, II, *Accusa di omicidio*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 90-91: se l'accusatore abbandonava la causa, *dum pendet*, l'imputato veniva assolto.

Oggi, sul principio della domanda, v., ad esempio, Cass., sez. I, 23 aprile 2009, n. 17306, Zafiri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 344.

³³ Ma, nel dialogo del *Gorgia* platonico Calicle è fautore della distinzione, antitetica, tra *physis* e *nomos*, natura e legge, concepite, appunto, << in pieno contrasto fra loro >> (482e), ponendo la natura al di sopra di *nomos*. Cfr. ARISTOTELE, *Politica Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Bari, 1972, 501, 16, riferendosi alla Costituzione di Solone e ad altre sue leggi: << Riportate le leggi sopra dei prismi lignei, li collocarono nel portico del Re e giurarono di attenersi tutti >>; quelli consistevano in tavolette rettangolari colorate di bianco, quattro e scorrenti intorno ad un asse e sopra vi erano riportate le disposizioni di legge (GELL. *Noct. att.* II, 12, sulle leggi di Solone, incise << *axibus ligneis* >>)

³⁴ PLATONE, *Apologia di Socrate*, a cura di Avezzù, Venezia, 1994, 51, chiamato in giudizio nel 399 a. C.: <<E sia: si tratta di difendersi...in così poco tempo>>. Alle parti veniva assegnato, per la requisitoria e l'arringa nonché le eventuali repliche, un tempo prefissato rapportato all'importanza del processo e che veniva misurato (di solito, intorno all'ora) con una clessidra ad acqua (ARISTOTELE, *Politica Costituzione degli Ateniesi*, cit., 501, 213. 2 s. <<Ci sono le clessidre munite di tubicini di scolo: in esse si versa il liquido in quantità proporzionata alla durata della discussione. Sono accordati...cinque congi per le cause inferiori alle 1000 dracme e due alla replica, sei congi per le contestazioni tra privati in cui non c'è replica. Il giudice preposto alla clessidra tappa il tubo quando il segretario dà lettura di una legge o di una testimonianza...ma quando si tratta di un processo che dura per l'intera giornata distribuita in più parti, allora non tappa il tubo ma un'uguale quantità di acqua è concessa all'accusa e alla difesa. La misura del giorno è calcolata secondo i giorni del mese di Posidone>>) (il congio o boccale equivaleva a l. 3, 50), per la quale v. YOUNG, *An Athenian Clepsydra*, in *Hesperia* 8, 1939, 274-284; per il computo dei discorsi giudiziari, v. ROME, *La vitesse de parole des orateurs attique*, in *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie Royale de Belgique* 38, 1952, 596-609.

³⁵ Sul << l'eterno conflitto fra giustizia e diritto >>, v. S. SATTA, *De profundis*, Milano, 1980, 9. Ma, per la massiccia dommatica tedesca, la decisione deve essere, più che giusta, rituale (J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1965, 465 s.).

³⁶ Nel processo romano, << molti erano i provvedimenti del giudice che si dovevano *notificare...denunciare, insinuare, prorogare, in notizia perferre, ad scientiam perducere* >> (scrive G. CHIO-

Nomos non è infallibile, però: al voto delle Camere (che registrano la *reductio ad unum*, la quale emargina la cd. navetta, 12 aprile 2016) può succedere il veto della Consulta (regolatrice dei rapporti fra Carta e Corte) ove, eventualmente appunto, *scripta volant* (dalle norme sul processo al processo sulle norme”). Stiamo accennando allo sbocco tanatologico, del sindacato: *omnia solvit*, essendo, i componenti, “custodi della legge”³⁷.

D'altra parte, il *corpus* delle norme dettate per il rito criminale è costituzionalmente dotato, basato, nei capisaldi, sulla Carta.

Nel diritto risalente, ai magistrati, che (nei giorni “fasti “amministravano giustizia” e) sedevano nella sella curule e indossavano la toga pretesta (di provenienza etrusca), si affiancavano, con funzioni subalterne (di segretari o di esecutori degli ordini), gli *apparitores*³⁸.

VENDA. *Sula pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), II, Milano, 1993, 238). La serie onomastica appare incompleta, però: infatti, anche *patefacere*, *nuntium afferre*, *edere*. Cfr. B. SANTALUCIA *Processo penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 318 s. La notifica del controricorso è compimento di un atto di impulso processuale, attesta Cass. civ., sez. III, sent. 10 ottobre 2014, n. 21414, Giorgio, in *Guida dir.*, 2015, n.2/3, 65.

³⁷Si evoca una magistratura ateniese, istituita da Efialte, abolita e ripristinata da Demetrio Falereo. La funzione devoluta ai *nomophylakes* - in numero di sette componenti che esercitavano un controllo di legalità sulle deliberazioni dell'assemblea popolare e dei magistrati - era simile a quello dell'attuale Corte costituzionale; per un richiamo, v., ad esempio, CICERONE, *De legibus* (Le leggi), in *Opere politiche e filosofiche*, I, *Lo Stato, Le leggi, I doveri*, a cura di Ferrero e Zorzetti, Torino, 1995, 568-569.

³⁸ TITO LIVIO, *Storie*, Libri I-V, I, a cura di Perelli, Torino, 1987, 164-165, a cui si attribuiscono doti oratorie, come è noto, usa l'antico schema annalistico, del racconto degli avvenimenti anno per anno, e il libro I tratta il periodo monarchico [diverso il metodo narrativo di TACITO, *Storie. Dialogo degli Oratori Germanici, Agricola*, loc.cit.: <<si conoscano non solo i fatti e il loro svolgimento, che per lo più sono fortuiti, ma anche la loro connessione e le cause dei fatti>> (*non modo casus eventusque rerum, qui plerumque fortuiti sunt, sed ratio etiam causaeque noscantur*)]. L'istituto dell'interregno risalirebbe alla morte di Romolo e al secondo re (Numa Pompilio) la distinzione tra giorni fasti e nefasti (in cui non era lecito amministrare la giustizia): <<Egli fissò pure i giorni fasti e nefasti>> (*Idem nefastos dies fastosque fecit*). Altresì, VARRONE, *Opere*, a cura di Traglia, Torino, 1996, 195: <<I giorni fasti (leciti) sono quelli in cui i pretori sono autorizzati a *fari* (pronunciare)...I giorni contrari a questi si chiamano nefasti. In essi non è lecito (*nefas*) al pretore dire “do, giudico, aggiudico”>> (*Diesi fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari...Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos nefas fari praetorem ‘do, dico, addico’*); il commentatore obietta che la derivazione, operata da Varro, di *fastus* da *fari* non è esatta poiché si tratta di due radici alquanto diverse.

³⁹ Ciò che apprendiamo direttamente da TITO LIVIO, *Storie*, Libri I-V, I, cit., 134-135: <<...io invece preferisco attenermi all'opinione di coloro secondo i quali gli apparitori di questo genere provengono dalla vicina Etruria, da cui furono importate pure la sella curule e la toga pretesta >> [*me haud paenitet eorum sententiae esse, quibus et apparitores (et) hoc genus ab Etruscis finitimis, unde sella curulis, unde toga praetexta sumpta est*]. Fasci littori, sella curule (seggio d'avorio riservato ai magistrati maggiori), toga pretesta (la veste ufficiale, con l'orlo di porpora, dei magistrati), importate a Roma dall'Etruria, erano forme in uso *ad pòmpani et ostentationem*. CICERONE, *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Tertia*, in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, 336, nota 6 [sui <<magistrati curuli>> (*sellae curules*)]: <<Avevano diritto alla *sella curulis*, intarsiata d'avorio, i magistrati maggiori: dittatori, consoli, pretori, censori, edili curuli e *magistri equitum* (i vicidittatori)>>.

5. Azione e narrazione: la “liturgia della parola”

Scindendo la diade contrapposta (accusatore-difensore), è specialmente l'avvocato difensore che, gestendo il sapere fattuale (senza *mala gestio*, cioè), deve essere dotato di *téchne*⁴⁰. Nel significato di *téchne* è ricompresa, indistintamente, ogni forma di applicazione pratica la cui esecuzione avviene seguendo regole, principi e massime (di esperienze⁴¹). Proprio il fatto storico integra la premessa minore della sentenza, se riguardata nella classe del sillogismo⁴² (che conta la sottospecie dell'entimema), e nel versante probatorio, non potrebbe trovare posto la prova <<per sentito dire>> (*de auditionibus*, nella dottrina di Quintiliano, *audita dico* in quella di Cicerone)⁴³, quella ripetuta due volte⁴⁴ o la dissociazione logica di tipo rablesiano⁴⁵.

⁴⁰ Il pensiero platonico distingue tre tipi di “arti” (*téchna*).

⁴¹ La cd. dottrina dell'esperienza giuridica risulta compiutamente esposta da CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Roma, 1937), a cura di Piovani, Milano, 1962, 146-147: <<Ora la scienza del diritto conosce il diritto, perché ne ha esperienza>>, e l'intentata equazione P.A. la esprime, *scīficet*, nella <<posizione di inerenza della scienza nell'esperienza...Poiché la scienza fa parte, e non parte esteriore ma parte integrale dell'esperienza, poiché la scienza è l'esperienza stessa in un suo momento, conoscere l'esperienza significa adeguare l'esperienza a sé stessa>>; e le ragioni dell'adozione del concetto di esperienza giuridica sono esposte dall'OPOCHER, *Concetto di esperienza giuridica e idealismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1950, 101-109 (già, nel 1934, DEWEY, aveva pubblicato *Arte come esperienza*, con cui codificava la continuità tra l'esperienza ordinaria e quella creativa).

⁴² In dottrina, v. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, 221, nota 1, secondo cui lo strumento proposto da Cesare Beccaria resta ancora valido. Al riguardo, sulla condanna all'Indice dell'opera “*De delitti e delle pene*”, v. Pisani, *Cesare Beccaria e l'Index Librorum Prohibitorum*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

⁴³ Rispettivamente, v. QUINTILIANO, *L'istituzione oratoria*, a cura di Faranda e Pecchiura, I, Torino, 1996, 562-563, nel paragrafo (V, 7) riservato ai “testimoni” (*De testibus*): <<Gli oratori hanno screditato le testimonianze di interi popoli e interi generi di testimonianze: come quelle che si basano sul sentito dire (non sono essi diretti testimoni, ma riferiscono le dicerie di gente non legata da giuramento) >> [*Nam et gentium simul universarum elevata testimonia ab oratoribus scimus et tota genera testimoniorum: ut de auditionibus (non enim ipsos esse testes, sed iniurantium adferre voces)*], e CICERONE, *Pro P. Sestio Oratio* (Orazione in difesa di P. Sestio), *Le Orazioni*, I, dal 57 al 52 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1993, 420-421: <<Finalmente il primo gennaio. Voi potete essere su questo argomento ben più informati di me che parlo solo per sentito dire >> (*Veniunt Kalendae Ianuariae. Vos haec melis scire potestis; equidem audita dico*).

Oggi, v. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 1; ANGELI, *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Torino, 2012, 38 s. sulla prova in dibattimento.

⁴⁴ CICERONE, *Pro M. Fonteio Oratio* (Arringa in difesa di Marco Fonteio), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 249: <<Secondo me...non solamente un teste va sempre interrogato su ogni dato di fatto una volta soltanto, ma l'interrogatorio deve essere pure breve...spesso pure omesso >> (*Mihi...semper una quaque de re testis non solum semel verum etiam breviter interrogandus...saepe etiam non interrogandus*). Non sappiamo se Cicerone pensasse al fenomeno della cd. usura del teste.

Le antiche classificazioni delle *artes dictandi* (*artes praedicandi*), e il corrispondente rilievo, sono riferibili alla sezione della *pronuntiatio*, nello spazio correlato dell'*elocutio*, che giustifica il complesso delle alterazioni dell'ordine delle parole pronunciate (senza cadere nell'infortunio dell'anacoluta), sotto la spinta degli effetti ricercati e che servono a calamitare ed assicurare il contatto con il destinatario (i vari artifici: iperbati, anastrofi, *bysteron proteron*, epifrasi, tmesi, omeoteleuti, tropi, ed anche voci ossimoriche)⁴⁶. Al riguardo, attingendo al glossario retorico-stilistico, il locutore potrà servirsi delle amplificazioni tipiche dell'anadiplosi, dell'anafora, dell'analessi, e del risalto connesso con l'anastrofe, dei contrari dell'antifrasi.

Oggi, per esempio, il difensore potrebbe avvalersi della figura retorica dell'*adynaton* (l'impossibilità di una situazione dal confronto con un'altra: per esempio, un serio *deficit* fisico esclude la commissione di una condotta richiedente una elevata prestanza fisica), in sede di discussione, dopo l'esordio, come pure dell'*argumentum a contrario*⁴⁷.

Il giudice dirige il dibattimento, ai sensi dell'art. 470 c. p. p., ma non guida un affollato collegio giudicante, una giuria di mezzo migliaio di soggetti (una fonte attesta che un «processo si svolse davanti a seimila Ateniesi»⁴⁸, come nel processo socratico (la *dikasteria*, integrata da 201 a 501 cittadini, con giurisdizione penale, succede all'Areopago, un corpo scelto, di soli magistrati), e sarebbe velleitario assegnarli tempi iugulatori, come avveniva nel diritto

⁴⁵ La pratica del giudice che nel segreto camerale seguiva l'assidua metodica di lanciare i dadi per l'imputato e per l'accusa: v., per esempio, EGGLESTON, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, in *Epistemologia giudiziaria*, Collana diretta da Ubertis, Milano, 2004, 1, sulla rappresentazione che del soggetto dà F. Rabelais, in *Gargantua e Pantagruelle* (1532-64).

⁴⁶ Può ricorrersi, per l'effetto, all'antifrasi (nel lessico aristotelico) o al contributo di Protagora, nella sfera del linguaggio, e che riguarda la coppia di discorsi detti "antilogia" (discorsi contrapposti, con un "discorso maggiore" e un "discorso minore"), i *Dissòi lógoi* (Discorsi duplici) sono un esempio di discorsi antilogici, riferiti ad un testo anonimo "alla maniera di Protagora".

⁴⁷ L'esordio, la cui funzione è quella di rendere l'ascoltatore informato nei capisaldi della vicenda *sub iudice*, trova posto nel *De inventione* di Cicerone (inv. 1,20-26) e nella *Rhetorica ad Herennium* (1,4-11), e, in tono minore, nella *Institutio oratoria* di Quintiliano (4,1,42) (si rinvia a CALBOLI MONTEFUSCO, *Exordium Narratio Epilogus. Studi sulla teoria retorica greca e romana delle parti del discorso*, Bologna 1988, 1 ss.).

⁴⁸ ANDOCIDE, *Sui misteri*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., 303, anche se siffatta giuria pletorica non è testimoniata un nessun altro processo (un elevato numero di giurati voleva costituire un deterrente contro la corruzione e serviva ad assicurare l'imparzialità). In dottrina, v., fra gli altri, TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in *Il diritto in Grecia e a Roma*, di Bretone e Talamanca, cit., 25, nota 14.

antico dei *Recuperatores* che doveva concludersi (il processo) entro dieci giorni, al massimo⁴⁹.

E le parti (sempre nel versante negativo), non vi intervengono *ad audiendum verbum* (intervento senza partecipazione, semplicemente come invitati di pietra): al contrario, nello spazio del contraddittorio (modellato sull'accusa)⁵⁰, esercitano nel processo diritti propri (con l'ingresso dei mezzi di prova, cui hanno diritto, matrice l'art.190 c. p. p. 1988, depositando lista testimoniale in

⁴⁹ Cfr. CICERONE, *Pro A. Caecina Oratio* (Arringa in difesa di Aulo Cecina), in *Le orazioni*, II, dal 69 al 59 a.C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 140, nota 4, riferita ad una controversia possessoria celebrata davanti al collegio giudicante dei *recuperatores*.

Oggi, v. *La ragionevole durata del processo*, in *Le ragioni del garantismo*, collana diretta da GAITO, MARZADURI, MAZZA, DINACCI, *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 383 ss.; nonché CHERCHI, MAGLIONE, MAZZEI, *Il civile più efficiente non "contagia" il processo penale*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 marzo 2017, n. 73, 8.

SCAPARONE, *Procedura penale*, II, Torino, 2015, 127, ricorda, tra i principi che reggono il dibattimento, quello (quasi mai rispettato, può aggiungere chi pratica le aule di giustizia) «di continuità, per cui il dibattimento e la successiva deliberazione devono svolgersi senza soluzioni di continuità e concludersi nel più breve tempo possibile affinché i giudici non dimentichino le impressioni che hanno acquisito durante il dibattimento».

⁵⁰ Questo ha ricevuto un riconoscimento costituzionale all'art. 111 e ha generato due nette interpretazioni: dello stesso principio (del contraddittorio) si è colto un duplice aspetto, del contraddittorio «inteso come metodo di conoscenza» (art. 111, comma 4 Cost.) e «contraddittorio come garanzia individuale» (art. 111, comma 3, Cost., sul diritto dell'accusato di interrogare il suo accusatore: pensiamo ad una sorta di proprietà transitiva rovesciata, che valica il dato assertivo). Su tale doppia "dimensione" del contraddittorio, v. CONTI, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 633 ss.; TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, *ivi*, 1388. *Contra*, sottolineando la natura di garanzia metodologica, CECCHETTI, *Giusto processo (Dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 614; GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, n. 6, 1135. Più radicalmente, e notoriamente, AMODIO, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, in *Il giusto processo*, 2002, n.4, 104, lapidario: «Non ci sono...garanzie diverse da quelle soggettive» (la distinzione è recepita da C. cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 345). Precisa Cass., sez. VI, ord. 23 maggio 2013, n. 22113, Berlusconi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 419 ss., che «il diritto soggettivo al contraddittorio non si identifica o giustappone al metodo del contraddittorio». V. Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 28954. Per il dibattito circa la portata del contraddittorio – come metodo di conoscenza (profilo oggettivo) e come garanzia dell'imputato (profilo soggettivo), avuto riguardo all'art. 111 Cost. – cfr., in dottrina, CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198. *Contra*, UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100. Sulla «regola d'oro del contraddittorio» v., notoriamente, FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 1 ss. Cfr. *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da Gaito, Marzaduri, Mazza, Dinacci, *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 449 ss.; DI CHIARA, *Fair Trial e "giusto processo" italiano*, *ivi*, 73 ss.; nonché MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano, 2014, 274.

Dalle fonti (Paolo compare davanti al re Agrippa) risulta: «I Romani non usano consegnare una persona, prima che l'accusato sia messo a confronto con i suoi accusatori e possa aver modo di difendersi dall'accusa...Quelli che lo incolpavano...non portarono alcuna accusa di quei crimini» (*Atti degli Apostoli*, 26, 16 e 18).

cancelleria⁵¹, ed articolando una complessa prova cd. controfattuale, nonché inscenando ed illustrando i tropi dell'argomentazione⁵², inseriti in un luogo (il pubblico dibattimento), divenuto (dopo l'abbandono degli schemi vete-roinquisitori del 1930) autentica "liturgia della parola", attraverso il canale della cd. oralità (le parti, ai sensi dell'art. 493, comma 1, c. p. p., «<indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'acquisizione delle prove>>»⁵³). Così,

⁵¹ Il deposito soddisfa l'onere di *discovery* (la cui genesi è civilistica, nei paesi di *common law*), allo scopo di fissare una piattaforma probatoria che divenga "sapere comune" che coinvolga, oltre le parti, anche il giudice assicurandogli una cognizione incipiente (*summātim cognoscere*).

⁵² Appartenente al diritto anglosassone, e la cui origine risale al *common law*, l'istituto del *sub poena* indica il potere, sanzionato, di costringere un testimone a rendere testimonianza o a produrre un documento, ciò che fu, impropriamente, omesso dalla Commissione presidenziale, cd. Warren dal nome del suo presidente, sull'assassinio del presidente John F. Kennedy (Dallas, venerdì 22 novembre 1963). Sulla prova come diritto (alla), v., recentemente e seccamente, Cass., sez. I, sent. 29 ottobre 2014, n. 46146, G.V., in *Dir. pen. proc.*, 2015, 29 ss. (già, Cass., sez. III, 12 ottobre 2011, n. 36824, X, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 53 ss.): va annullata la sentenza con cui il Tribunale ha erroneamente impedito all'imputato di esercitare il suo "diritto alla prova" dichiarando inammissibile la richiesta di sentire alcuni testi indicati solo perché la lista, pur tempestivamente inoltrata, era pervenuta all'ufficio tramite fax; conf., Cass., sez. V, 3 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 4379, m. 110. Sul diritto alla prova, v. Cass., sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1400, PR, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 535 e, in dottrina, *Il diritto alla prova*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Torino, 2016, 208 ss. Per la prova cd. controfattuale, si rinvia a Cass., ad esempio, v. Cass., sez. IV, 17 marzo 2013, n. 10615, Perrotta, in *Riv. pen.*, 2014, 441, mentre sulla facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova (nell'ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato) v. Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 117, in *Cass. pen.*, 2012, 1680, m. 576.

⁵³ *Ante litteram*, v. CICERONE, *Pro Publio Quinctio oratio* (Arringa in difesa di Publio Quinzio), in *Le orazioni*, I, dall'81 al 70 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1994, 152-153: «<Prima di fornire la prova dell'insussistenza dell'accusa, mi piace, G. Aquilio, in considerazione sia dei doveri del mio ufficio sia della consuetudine seguita da tutti i difensori, esaminare attentamente il fatto in se stesso e la condotta di Nevio>> (*Antequam doceo id factum non esse, libet mihi, C. Aquili, ex officii ratione atque ex omnium consuetudine rem ipsam et factum simul Sex*).

Sull'arringa difensiva composta in favore di un cittadino di Mitilene, Eussiteo, su cui pende l'accusa di avere messo a morte (durante un viaggio per mare) l'ateniese Erode, v. ANTIFONTE, V, *Sull'omicidio di Erode*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., 155: «<Non c'è prova a mio carico che io abbia convinto Erode ad imbarcarsi con me, ma è provato che ho intrapreso il viaggio da solo per affari privati...Su ciò vi produrrò testimoni. TESTIMONI>>. V., pure, ANDOCIDE, I, *Sui misteri*, loc. cit.: «<Chiamami Callia e Stefano, e chiamami anche Filippo e Alessippo...TESTIMONI. Avete udito i fatti, o signori, i testimoni hanno deposto>>.

Sull'uso della clessidra (per delimitare il tempo concesso alle parti in tribunale), v. not. 34, precisandosi che durante l'escussione dei testi e la lettura dei documenti la clessidra ad acqua veniva fermata.

Nella nostra esperienza processuale, «<la formazione della prova avviene nel contraddittorio: le parti pongono direttamente le domande alle persone esaminate>> (TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2016, 541 ss.). Anche la parte civile partecipa alla formazione della prova, richiedendone l'ammissione ex art. 493, co. 1, c. p. p., ma, per esempio, non è legittimata a ricorrere per cassazione contro il provvedimento che abbia annullato o revocato, in sede di riesame, ai sensi dell'art. 318 c. p. p., l'ordinanza di sequestro conservativo disposto a favore della stessa parte civile (Cass., sez. un., 20 novembre 2014, n. 47999, A.A., in *Dir. pen. proc.*, 2015, 14 ss.; conf. Cass., sez. VI, 9 aprile 2013, Tavaroli, in *Mass. Uff.*, n. 256231. *Contra*, Cass., sez. VI, 3 maggio 2013, Polichetti, *ivi*, n.

<<nel solco della tradizione del rito europeo continentale, sconosciuta alla maggior parte degli ordinamenti degli Stati Uniti d’America dove è possibile portare un teste a sorpresa nel dibattimento, nel nuovo codice è confermato il regime del deposito delle liste testimoniali a pena di inammissibilità>>⁵⁴. Al riguardo, si è descritta la *sporting theory of justice* come riferibile ad <<un combattimento fra le parti, nel quale la vittoria arride al contendente che prevale in astuzia, forza ed abilità>>⁵⁵.

Una volta la richiamata oralità era temporalmente limitata, cioè misurata dalla *Klepsydra*: i retori, impegnati nel ruolo di avvocati, <<incalzati come sono dall’acqua che scorre giù dalla clessidra...>>; d’altra parte, <<sta loro addosso l’avversario...recitando l’atto di accusa >>⁵⁶.

Indubbiamente, (ieri come oggi) <<è così che va condotta una difesa, riprendere i capi di imputazione e confutarli>>⁵⁷.

L’oralità, si aggiunga, oltre a presentarsi come forma espressiva, assume l’andamento dinamico ricostruttivo dell’*élenchos* (nel greco moderno può rendersi con “controllo”, “verifica”, “prova”), <<adottata da Socrate...quel metodo della “interrogazione incrociata” e della “confutazione”>>⁵⁸ (come

255473; da ultimo, secondo Cass., sez. III, sent. 27 marzo 2017, n. 14812, in *Guida dir.*, 2017, n. 17, 36, la parte civile non è legittimata a impugnare la condanna generica al risarcimento del danno quando non ha efficacia di giudicato).

⁵⁴ AMODIO, *Il dibattimento*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 91.

⁵⁵ WIGMORE, *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, III, Boston, 1940, 151.

Cfr. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, 121, sulla *sporting theory of justice*. In effetti, lo scontro dialettico caratterizza ogni *adversary system*. In materia, v. DE CATALDO NEUBURGER, *La giustizia penale e la fluidità del sapere*, Padova, 1988, 103 ss. ed *ivi* PAPA, *Brevi spunti sulle forme di escussione del testimone nel processo penale*. Fondamentale è lo studio di WELLMAN, *The art. of cross-examination*, New York, 1978.

⁵⁶ Teeteto, 172 3, dialogo di PLATONE, 386-367 a. C.

⁵⁷ ANDOCIDE, *Sui misteri*, *loc. ult. cit.*

⁵⁸ VICKERS, *Storia della retorica*, cit., 165 ss.; ma in un dialogo di Platone, il *Teeteto*, attribuisce a Socrate un metodo “segreto”, distinto dall’*élenchos*, cioè la maieutica, o “arte maieutica”. Cfr. ANTIFONTE, V, *Sull’omicidio di Erode*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, cit., 161 ss. (specialmente, nota 37).

Oggi, v. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l’assunzione diretta delle prove*, *loc. cit.*; STONE, *La cross examination, Strategie e tecniche*, Milano, 1990, 29 ss.; AMODIO, *L’esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 265 ss.: <<L’avvocato che si alza in aula e si pone davanti al teste appena escusso dal pubblico ministero, per demolire l’efficacia probatoria delle sue dichiarazioni, affianca finalmente il difensore dal gioco del rito inquisitorio >>.

Cfr. Cass., sez. II, 15 novembre 2013, n. 45971, Corigliano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 36 ss.: << in aderenza ai principi propri del rito accusatorio...è indispensabile l’esame diretto delle fonti di prova orale da parte del giudice >>.

nell'amebèo, analogamente, può disputarsi nell'alternanza delle domande e delle risposte, suscitando la contraddizione). Ma proprio Socrate, nella nostra indagine sull'oratoria, nel suo processo - anno 399 a. C. - interviene in autodifesa, come campione dell'antiretorica [e nel famoso dialogo del *Simposio*, Alcibiade riferisce, a differenza di Marsia, l'uso di <<nudi discorsi>>, di *logoi psiloi* (215 c), e << sembra che dica sempre le stesse cose, le stesse parole >> (*Dia ton auton ta auta phainetai legein*) (221 s.)].

Al riguardo, si indica la *partitio* di uno schema ternario: esame diretto (del *direct esaminator*, di chi " aziona " il mezzo di prova), quale canale per postulare, accreditare ed asseverare, nel perimetro delle circostanze indicate in lista, la " tesi " della parte che procede all'accertamento (a carattere predittivo: può calcolarsi⁵⁹), nel filo brachilogico tra testimone e chi lo escute (è richiesto che la trama narrativa sia intessuta ed elucidata con una certa abilità, come per le virtù dianoetiche, riferite alla ragione discorsiva o conoscitiva: è l'*imprinting* della prova⁶⁰); controesame (dell'interessato), rivolto ad introdurre ed avvalorare l'antitesi dell'*altera pars* (carattere extrapredittivo: sfugge al calcolo *l'happening*) - anche attraverso domande-suggerimento tese all'emersione della contraddizione (poiché << la prova capace di resistere alle suggestioni è quella che più si accredita >>⁶¹) o domande suggestive che se non fossero ammesse << nel controesame l'interrogante si vedrebbe privato del più efficace strumento per saggiare l'attendibilità della testimonianza >>⁶² - fino all'agnizione; riesame (del primo, che estende la materia) che è finalizzata alla sintesi che riequilibra e corrobora la ricostruzione originaria, tenen-

⁵⁹ RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, 174: << Si osserva...come il buon *direct examiner* dovrebbe conoscere preventivamente tutte le informazioni che il teste è in grado di dare nel corso dell'esame diretto...in un clima logicamente sereno e collaborativo (salvo...il teste... "ostile" all'esaminatore)>>. Il riferimento è all'*homo labor* (cessa l'esame indiretto, interposto e a tre, del vecchio codice, ove la scena processuale era dominata dal presidente: ora si procede *per saltum*, ma, irragionevolmente e paradossalmente, Cass., sez. V, 7 ottobre 2008, n. 38271, Cutone, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 94, che tollera la plateale *deregulation*), calcolatore dei tempi e dei modi.

⁶⁰ In dottrina, v. l'evidenziazione di CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 602, riassuntivamente: <<È una novità assoluta l'esame condotto dagli antagonisti: nel vecchio rituale pontificava il presidente; eventuale domande suggerite dalle parti private arrivano al testimone in via obliqua, disimmesate dal ritardo...L'agonista più abile lavora meglio...sfrutta le pause>>.

⁶¹ TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, cit., 526.

⁶² *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua-Marzaduri-Spangher, Torino, 2013, 51. Cfr. *Il giudizio*, a cura di Di Chiara, Patanè, Siracusano, *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 6, che precisa:<< benché le domande suggestive appartengano al *genus* delle domande nocive...la regola che ne inibisce la somministrazione vale solo per l'esame, e non anche per il controesame. Le domande *suggestive* poste dalla controparte possono essere, anzi, lo strumento ideale per saggiare l'attendibilità del teste ed, eventualmente, per minarla >>. In giurisprudenza, v. Cass., sez. I, 26 maggio 2010, n. 19937, Ben Mansour, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 462, sul carattere suggestivo delle domande poste dalla difesa dell'imputato nel corso del controesame.

dola indenne, con il sussidio delle precisazioni, dell'intervento avversario (in sede di controesame, ove si è cercato di screditare il testimone: *to impeach a fitness*) la cui attendibilità è stata minacciata o esposta a rischio (*direct-examination cross examination re-examination*)⁶³.

Mettendo a fuoco un anello della catena euristica (coincidente con la *pars destruens*) e a nudo un certo tatticismo, esemplifichiamo. Con il sussidio del (la regola di inferenza tipica del *modus tollens* della logica classica⁶⁴), si può smascherare (*décalage*), attraverso una semplice evidenza empirica (tratto anapodittico) e in un passaggio-civetta, un testimone attestante che una determinata vicenda si è verificata di giorno, intervenendosi per mezzo di una domanda sottile, allusiva ed insidiosa, declinata in scala multipla e discendente (*anticlîmax*): (D) lei, che era in auto vigile ed attento, alla data dell'evento per cui è processo e a cui hanno assistito altri soggetti, guidava con i fari spenti o accesi? (R) Accesi. (D) Allora non doveva esserci (abbastanza) luce. (R) Credo di sì. (D) Lei fino ad ora ha asserito che fosse giorno: può ritenere, invece, che non fosse giorno? (R) Ritengo di sì. (D) E dunque possiamo concludere, sempre alla data dell'accaduto, che era notte fonda? (R) Sì (*exit strategy*). L'esaminatore ha tracciato una *consecutio* solo verosimile, scandita da serrati automatismi e da ineludibili antonimi, studiati e programmati, come i calchi tautologici⁶⁵; nella trama ha inserito l'iniziale tensione e deliberatamente altri soggetti (prospettando l'eventuale controllo del *dictum* reso).

Un esempio, rimasto celebre, riguarda l'astuzia usata da Abraham Lincoln nel condurre il controesame - e nei termini ancora ora riportati dalla dottrina - quando <<chiedeva al teste se, grazie al chiaro di luna, avesse visto

⁶³ Riordina questa tema, ad esempio, SCAPARONE, *Procedura penale*, II, cit., 131. Altresì, v. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 543 ss.

⁶⁴ *Amplius infra*, nota 149: appartiene al sillogismo ipotetico in cui l'accento cade sulla seconda premessa.

⁶⁵ L'esempio è tratto da MORSELLI, *Scoli. Commento al Codice di procedura penale*, III, Palermo, 2014, 97. Altresì FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, loc. cit., richiama <<le domande "trabocchetto", costruite su presupposti scientemente erronei, ma...preziosissimi per smascherare falsi testimoni >>.

In precedenza, v. *Ruolo del difensore, tecnica di preparazione della causa, esame diretto ed incrociato*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Canzio-Ferranti-Pascolini, Milano, 1989, 72-73: <<Una cosa che viene insegnata dagli avvocati più esperti è la tecnica del salto dell'argomento: quando ci si rende conto che il teste sta mentendo...inutile insistere, andare a scavare...è bene, invece, saltare ad un altro argomento e quindi scegliere un altro percorso perché, si dice e questa è una regola di psicologia...chi mente, a distanza di qualche minuto, parlando di altro argomento, può tradirsi...>>.

Epicherema è termine aristotelico, << per indicare l'artificio consistente nel nascondere o esporre solo imperfettamente alcune premesse della propria argomentazione > (*Epicherema*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 374).

l'imputato commettere l'omicidio; e mostrava, almanacco alla mano, come quella notte non vi fosse...chiaro di luna>>⁶⁶.

6. L'arringa difensiva quale "capitalizzazione" del materiale probatorio

Exordium

Bisogna seguire ed osservare una *consecutio temporum* per indicare il rispetto del vincolo della concordanza tra le due "t", dei tempi con i temi, articolata nei binari del rapporto di contemporaneità, anteriorità e posteriorità. Queste tre scansioni rappresentano le tre grandi tessere del mosaico della cd. arringa difensiva, all'interno della discussione dibattimentale: istruzione, escussione testimoniale, discussione⁶⁷ (*amplius infra*).

Infatti, (dopo le questioni preliminari, che possono riguardare la competenza⁶⁸) compiuta e chiusa l'istruzione⁶⁹ si passa al vaglio del materiale di prova

⁶⁶ Così, utilmente, FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, cit., 53, che cita la fonte dell'aneddoto riportato da Francis Wellman sulla pratica dell'esame incrociato (e richiamato da DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000, 175. Cfr. AMODIO, *Disciplina processuale e poteri del giudice nel dibattimento*, in *Teoria dell'esame delle parti e dei testimoni nel dibattimento*, in *Quad. C.S.M.*, 1991, n. 49.

⁶⁷ Ecco un esempio dell'uso dell'artificio dell'omeoteleuto che è una maniera stilistica (secondaria) che l'avvocato può ricercare per (l'ascolto e quindi per) attirare l'attenzione e la curiosità del giudice: istruzione, escussione, discussione.

⁶⁸ ANTIFONTE, V, *Sull'omicidio di Erode*, in *Oratori Attici Minori*, II, cit., 147-149: <<Prima...vi dimostrerò che compaio qui in giudizio con una procedura quanto mai illegale e arbitraria...In primo luogo, arrestato in seguito a denuncia come malfattore, devo rispondere di un'accusa di omicidio...E ancora...tutti i tribunali giudicano le cause di omicidio all'area aperta >>. Si tratta, però, di una preliminare doglianza dell'imputato (a cui viene rifiutata la libertà provvisoria su cauzione, restando in prigione fino alla data del processo e non potendo, così, predisporre la sua difesa), e non una vera e formale *exceptio fori* (diretta a bloccare il giudizio): l'Areòpago lo avrebbe lasciato a piede libero, mentre il processo si celebra davanti al Tribunale elastico presieduto dagli Undici (magistratura elettiva alla quale i parenti di Erode avevano consegnato l'accusato con la forza, per l'esercizio dell'azione pubblica straordinaria). Sulla <<giurisdizione degli Undici>>, si rinvia a TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in *Il diritto in Grecia e a Roma*, di Bretonne e Talamanca, cit., 75. Altresì, ma di segno diverso, v. DEMOSTENE, XXI, 27-31, *Contro Midia, sul pugno*, in *Discorsi e lettere*, I, *Discorsi in tribunale*, a cura di Canfora, Amerio, Labriola, Natalicchio, Pierro, Pinto, Russo, Torino, 2000, 43, segnalando: <<È tipico di un imputato colpevole, infatti, contestare la procedura processuale seguita, e affermare che dovrebbe essere quella che non è seguita, ma è...compito dei giudici saggi non dare ascolto a queste chiacchiere e punire chi trovi no colpevole di aver agito con impudenza>>.

⁶⁹ L'attuale rito penale, di stampo accusatorio, è stato concepito come un tipo di "processo senza istruzione", ineliminabile ma spostata in avanti, dalle fase preliminare a quella del giudizio (nel cui ambito il giudice è in contatto "immediato" con la fonte di prova: nel "processo con istruzione", del 1930, il giudice del dibattimento, invece, conosce una "prova tramandata", da altri formata e alla cui elaborazione non ha partecipato, per definizione). Sulla <<impostazione accusatoria del vigente codice di rito...un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento >>, v. Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237, T.G., in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1247, mentre sul <<passaggio ad un sistema accusatorio operato con il nuovo codice >>, v. Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 163, in *Cass. pen.*, 2014, 3222 ss., m. 646, 2. In dottrina, in tema, v. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*

raccolto. Questo deve convertirsi per le parti, specialmente per quel soggetto processuale a cui spetta il compito-adempimento di “falsificazione dell’accusa” (dell’asse della) e per “scagionare” il proprio assistito, in un rigoroso e indeclinabile scrutinio (*Ethos* ed *Epos* si mescolano, per bocca di Marco Antonio, uno dei personaggi del *De Oratore*⁷⁰), *in iure*, di quanto acquisito alla storia dibattimentale (nel *De oratore*, si richiama un famoso processo in cui due avvocati, Ipseo e Cn. Ottavio, esclusivamente a causa della loro ignoranza e contro gli interessi dei loro clienti, si erano coperti, in pubblico, di ridicolo, suscitando l’ilarità e lo sdegno del giudice per le sciocche arringhe; nello stesso *corpus*, Crasso evoca altro processo, avanti il pretore urbano Q. Pompeo, ove si era rivelata l’ignoranza degli avvocati, “colpevoli innanzi tutto di pigrizia e in secondo luogo d’impudenza”). Avvalendoci del cd. metodo baconiano, *contemporaneità* vuol dire radicare la materia al sapere dettato dai risultati della celebrata udienza e trasfusi nei corrispondenti verbali per quanto acquisito (*tabula praesentiae*) e per quanto acquisibile (*tabula absentiae in proximitate*); *anteriorità* misurare siffatti esiti nel solco evocativo degli atti (quelli irripetibili, ai sensi dell’art.431 c. p. p.) delle indagini preliminari (come la querela o la denuncia), per calcolarne i dati di conferma o acclararne quelli di smentita, nonché (nell’opera di “disambiguazione” linguistica) per sviluppare il ristretto campo di bonifica del materiale onomastico (gli *idola fori*: emendare l’equivocità l’imprecisione del linguaggio riscontrato); *posteriorità*⁷¹, (e

Treccani, I, Roma, 1988, 1; V. FANCHIOTTI, *Sistema accusatorio ed inquisitorio (dir. comp.e stran.)*, ivi, XXIX, Roma, 1993, 1 ss.; KOSTORIS, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 530 ss., nonché FERRAJOLI, *Cos’è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129.

Mentre sulla <<peculiarità anomala dell’attuale nostro processo d’appello, caratterizzato dalla tendenziale esaustività cartolare>>, si rinvia a Cass., sez. V, 21 febbraio 2013, n. 87095, Farre, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 454 ss., più precisamente, nel senso che l’istruzione deve essere approfondita v. Corte di Giustizia dell’Unione europea (Grande Sezione), 29 giugno 2016, causa C-486/14, Piotr Kossowski, in *Giur. it.*, 2016, 1848 ss.

⁷⁰ *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Libro II, a cura di Norcio, Torino, 1992, 277 (Antonio limita l’attività dell’oratore a due soli generi di discorsi, al genere giudiziario e a quello deliberativo): << Le battaglie del foro sono un’impresa molto ardua; la bravura dell’oratore viene giudicata dai profani quasi sempre dalla riuscita della causa e dalla vittoria. Tu hai di fronte un avversario armato, che devi colpire e abbattere; colui che ha in mano le sorti della causa è spesso indifferente verso di te e irato, o ben disposto verso il tuo avversario e ostile verso di te >> (*in causarum contentionibus magnum est quoddam opus atque haud sciam an de humanis operibus longe maximum; in quibus vis oratoris plerumque ab imperiis exitu et victoria iudicatur; ubi adest armatus adversarius, qui sit et ferendus et repellendus; ubi saepe is, qui rei dominus futurus est, alienus atque iratus aut etiam amicus adversario et inimicus tibi est*).

⁷¹ BERGSON, *Materia e ricordo (L’immagine e il ricordo)* (1896), III, *Mente. Le domande della filosofia*, a cura di Ferraris, Roma, 2012, 81 ss.: << La caratteristica del tempo presente è di scorrere: il tempo

quindi: dalla retrodizione alla predizione) la decisività dell'opera di proiezione, retta dalle specifiche richieste dettate (e che il giudice trascrive, per mezzo della *longa manus* del "cancelliere" di udienza che gli siede accanto), dell'intero materiale riorganizzato (e riordinato nella fissità di una documentata e perspicua - *per relationem* - memoria difensiva illustrativa: a carattere retrospettivo e prospettico, e non quale parerghi o paralipomeni) nel corpo dell'emananda sentenza (quindi "dalla decisività alla decisione"). Riassuntivamente, elemento anafòrico e catafòrico assicurano l'importante funzione di coesione delle sequenze del costruito (l'anacoluto⁷², appunto, che introduce una frattura nella sequenza sintattica e costituisce una irregolarità del tessuto strutturale, è improprio nel registro elevato imposto dall'aula di giustizia). Nell'opera ricostruttiva, di riordino e propositiva, dell'insegnamento di Licinio Crasso (che nei capp. 31-34 indica gli esercizi utili per l'oratore, di addestramento, come esercitare la memoria), riservato alle orazioni giudiziarie e deliberative (*causarum, partim in iudiciis versari, partim in deliberationibus*), di progressiva messa a fuoco delle varie *questiones*, può ancora tenersi presente il quadro delle ripartizioni in vere e proprie sezioni interne: bisogna <<esporre il fatto, poi stabilire l'oggetto della controversia, poi avvalorare la nostra tesi, poi respingere le obiezioni dell'avversario e infine, nella perorazione, ampliare e rafforzare quelle argomentazioni che sono favorevoli a noi e indebolire e schiacciare quelle altre che sono favorevoli ai nostri avversari >>⁷³. Allo studio dell'antico oratore possiamo attingere, per trarne uno spunto

già trascorso è il passato, e chiamiamo presente l'istante in cui scorre >> ed << è al futuro che questo momento è rivolto, è al futuro che tendo >>.

⁷² *Pro Q. Ligario oratio* (Arringa in difesa di Quinto Ligario), in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, 135, per il prospettato anacoluto determinata dalla parentesi.

⁷³ *Opere retoriche*, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 161: *rem demonstrandam; postea controversiam constituendam; tum id, quod nos intenderemus, confirmandum; post, quae contra dicerentur, refellenda; extrema autem oratione ea, quae pro nobis essent, amplificando et augenda, quaeque essent pro adversariis, infirmanda atque frangenda*. Crasso (140 ca. - 91 a. C) fu il più grande oratore della sua epoca. Il commentatore (*Opere retoriche*, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Introduzione, a cura di Norcio, cit., 280, nota 47), ricorda, riassuntivamente: <<Tutti i maestri di retorica affermavano che il discorso si divide in 4 parti: *exordium, narratio, confirmatio, peroratio* (cfr. *Part. orat.*, 27). Alcuni arrivavano a 5, aggiungendo la *propositio*, altri a 6, aggiungendo la *refutatio* (cfr. *De orat.*, I, 31, 143), altri (gli Stoici) a 7, aggiungendo la *digressio* (prima della *peroratio*)>>. Sull'esordio, così si esprime Antonio (*Opere retoriche*, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, Libro II, cit., 419): <<L'esordio poi deve essere sempre accurato, penetrante, denso di pensieri, dotato di espressioni convenienti, e inoltre bene intonato alla causa. Esso infatti è come la presentazione e la raccomandazione del discorso, e deve fin dal primo momento colpire e attrarre gli ascoltatori>> (*Principia autem dicendi semper cum accurata et acuta et instructa sententiis, apta verbis, tum vero causarum propria esse debent; prima est enim quasi cognitio et commendatio orationis in principio, quaeque continuo eum, qui audit, permulcere atque allicere debet*). V., *infra*, note 91 e 92, in ordine a quanto sostenuto in questa sede.

e chiarire che la lettura di uno scritto (di un verbale o appunto⁷⁴) deve rappresentare una assoluta eccezione, in quanto (non non è vietato, ma) *non expedit*. Quando la parte processuale passa (dall'oralità) alla lettura (per un *deficit* della memoria, o per la necessità di richiamare l'atto fondamento della querela o denuncia) perde il vincolo del contatto visivo con il giudice (del giudizio), che lo sta seguendo (è l'equivalente di una pausa), ed introduce un elemento di distacco, che pertanto deve essere assai breve, quando è indispensabile il passaggio alla scrittura⁷⁵. Proprio la "memoria" rappresenta una delle cinque parti costitutive dell'eloquenza (tradizionalmente, suddivisa in tre generi: giudiziario, deliberativo e dimostrativo): *inventio, elocutio, dispositio, memoria, actio* (o *pronuntiatio*)⁷⁶.

L'impalcatura che precede (ottenuta dall'esame diacronico delle attività e degli atti, ma anche armonico riguardando l'*idem factum*: passato e presente, fissati nella rassegna, nell'analisi si saldano), ora, deve essere, per la discussione finale, calata nell'opera difensiva. L'intervento dell'avvocato difensore dell'imputato (di fiducia, aggiungiamo, ben distinto da quello d'ufficio: al primo si richiede l'impegno professionale sommo⁷⁷), dalla tradizione, è stato convenientemente suddiviso *ratione momenti*. L'importanza centrale deve essere assegnata (salvo che l'imputato sia <<reo confesso>>⁷⁸) alla dimostrazione (distinta dalla narrazione), come nell'orazione antifontea (la quinta)⁷⁹, *in facto et in iure* (e non come i Peripatetici, secondo cui l'oratoria non è arte

⁷⁴ *Opere retoriche*, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 165: << se talvolta parlando tiene qualche appunto scritto >> (*si quando in dicendo scriptum attulerit*).

⁷⁵ Nel quadro di appartenenza, ciò dovrebbe rientrare nella "buona pratica "processuale, della" condotta "da mantenere. Sulla lettura della querela (e i suoi limiti), v. Cass., sez. V, 6 ottobre 2016, n. 42334, Cavalieri ed altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 73 (in precedenza, v. Cass., sez. II, 29 febbraio 2008, n. 9168, *ivi*, 2009, 390).

⁷⁶ E quindi (per l'arte del dire) <<l'invenzione, l'ornato, la disposizione, la memoria, la recitazione>> (*excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere*): al riguardo, v. *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 184-185.

⁷⁷ Si stigmatizza, in dottrina, per la nomina del difensore d'ufficio, <<questo sistema divenuto strumento occupazionale di bassa manovalanza che si traduce in "nulla di fatto" dal punto di vista della tutela dell'inviolabile diritto di difesa e del vertiginoso abbassarsi del livello di preparazione e formazione dell'avvocatura >> (TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015, 115).

⁷⁸ *Pro Q. Ligario oratio* (Arringa in difesa di Quinto Ligario), in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., cit., 114-115, rivolto all'accusatore (l'ex pompeiano Q. Elio Tuberone): <<Tu hai dunque, Tuberone, ciò che più di ogni altra cosa si può desiderare da parte di un accusatore, cioè un reo confesso >> (*Habeas igitur, Tubero, quod est accusatori maxime optandum, confitentem reum*).

⁷⁹ ANTIFONTE, V, *Sull'omicidio di Erode*, in *Oratori Attici Minori*, II, Introd., Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 13: <<La narrazione...riferisce gli estremi degli avvenimenti e insieme li commenta...la dimostrazione...costituisce la parte più importante dell'orazione. Eussiteo, forte delle testimonianze prodotte, esamina...la tesi degli avversari e ne dimostra l'infondatezza >>.

ma improvvisazione, trovando conferma di questa teoria nell'eloquenza del marinaio Demadè, eccezionalmente dotato e abile⁸⁰). I due piani risultano, dalla tradizione giuridica, tenuti distintamente: «Avete dunque udito tutte le deposizioni su quegli avvenimenti e la mia difesa è stata esauriente...ma se qualcuno di voi avverte qualche lacuna...io mi discolperò anche di questo. Ora è il momento di passare al terreno giuridico»⁸¹.

Lo scopo, dichiarato, è quello di incidere sul convincimento del giudice⁸² (l'autore del giudizio espresso in sentenza⁸³), ma senza eccedere (incidere e non eccedere) *in quantitate*, quando si pretenderebbe (come nella celebre requisitoria antidemostenica) di trattare più volte lo stesso argomento⁸⁴ (il

⁸⁰ DEMADE, in *Oratori Attici Minori*, II, Introd., Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 616: «Demadè...non ricevette, a causa della sua umile origine, alcuna istruzione retorica. Nonostante ciò, grazie alle sue doti naturali e alla pratica assidua delle assemblee e del tribunale, fu, per unanime giudizio degli antichi, oratore efficacissimo, arguto e immaginoso, singolarmente portato ad improvvisare».

Noto l'*imprinting* di Cicerone che fu inviato a compiere gli studi a Roma, frequentando (diciannovenne) gli oratori Antonio e Crasso (Licinio Crasso, principe del foro) perfezionandosi nel diritto presso gli Scevola, celebri giureconsulti [Q. Muzio Scevola, l'augure (così distinguendolo dal pontefice) fu maestro di Cicerone]. Minore, Cicerone seguì gli studi con vera passione, sotto la direzione dei più rinomati maestri: Fedro, Filone, Diodoto, Demetrio, Molone di Rodi.

Anche Quintiliano fu condotto a Roma, da bambino, da suo padre, il quale vi aveva insegnato proprio eloquenza. Ma, v. TACITO, *Storie. Dialogo degli Oratori, Germania, Agricola*, cit., 703-704: «Se espone invece, non senza qualche tremore, una composizione nuova e appena finita, l'agitazione stessa favorisce la buona riuscita e ne acuisce il piacere...riescono più graditi quelli che nascono spontaneamente» (*sive novam et recentem curam non sine aliqua trepidatione animi attulerit, ipsa sollicitudo commendat eventum et lenocinatur voluptati...gratiora tamen quae sua sponte nascuntur*).

⁸¹ ANDOCIDE, I, *Sui misteri*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., 329.

D'altra parte, v., pure, il percorso esplorativo seguito da CICERONE, *Pro A. Caecina oratio* (Arringa in difesa di Aulo Cecina), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., cit., 165: «per ora stabiliamo i fatti in se stessi, che i nostri avversari non negano, ed esaminiamo la norma di diritto che li contempla e l'azione giudiziaria che li persegue» (*nunc rem ipsam ponamus quam illi non negant et eius rei ius actionemque quaeramus*).

⁸² ANDOCIDE, I, *Sui misteri*, in *Oratori Attici Minori*, I, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, *loc.cit.* Prima, bisogna «confutare le tesi dell'avversario» (*quod contra diceretur, refellere*) (*Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 134-135).

⁸³ VARRONE, *Opere*, cit., 211: «Da qui il verbo *iudicare* (giudicare), perché allora *ius dicitur* (si dichiara il giusto); da qui il sostantivo *iudex* (giudice), perché *ius dicit* (pronuncia la sentenza)» (*Hinc iudicare, quod tunc ius dicitur; hinc iudex, quod ius dicit*).

⁸⁴ DINARCO, I, *Contro Demostene*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 495 chiede - «discutendo un processo di un'importanza che non ha precedenti nella nostra città» - di «accordare venia a quelli di noi che devono ancora parlare, se su alcuni punti ci accadrà di ripeterci...non è per annoiarvi, ma per eccitare di più la vostra collera che tratteremo due volte gli stessi argomenti»; l'ateniese Dinarco (l'ultimo oratore del canone alessandrino) accusa Demostene di corruzione (di 30 o 20 talenti; i processi per corruzione, dai primi di marzo del 323, furono celebrati dal tre corti riunite - 1500 giudici - presieduti dai *tesmòteti*; questi, in numero di sei, erano arconti). Il capo dell'istituto collegio di accusa (dieci oratori furono designati,

quale dovrebbe essere solo ribadito, per sottolinearne l'importanza già tracciata) e senza ricorso alla (al procedimento modificativo dei meccanismi della ripetizione, della) *variatio*, o abbandonarsi allo splendore oratorio (*amplitudo orationis*). Il "destinatario" è quindi il giudice, il quale, se caratterizzato da una accentuata passività⁸⁵, non è un invitato di pietra (questa volta il giudice) e non infrequentemente, con toni più o meno contenuti, lo si vede intervenire (per esempio, usando la forma interrogativa, quella semireticiente)⁸⁶ *eundo*, nella discussione o nella fasi anteriori, intercalando un suo dubbio (quando la forma non è la cd. interrogativa retorica) o una sua osservazione, anche critica. Ponendoci nell'ottica dell'organo del giudizio, la sua posizione si inserisce nel filo della "comunicazione" con le parti e ripete quella dell'ascoltatore o del lettore che si accinge a confrontarsi con un testo composto o con un brano formulato e che assume un percorso (di ricezione e rielaborazione) parallelo al testo, incrementandone con la sua rilettura e il suo apporto ermeneutico i valori e i dati impliciti o semisommersi e non ancora evidenziati (sottotesto), se non addirittura, *motu proprio*, suggerendo (solitamente per mezzo di un solo inciso) varianti, valori nuovi e letture diverse neppure intuiti (o avvertiti) dall'autore⁸⁷.

L'incipit è l'esordio (il corrispondente del proemio), nell'unità (*rectius*, concordanza) di tempi e di temi, sovvertita nella disordinata trama antifonetea⁸⁸, che nella chiusa finale ritorna al complesso terreno probatorio (*anticlimax*): «quando il discorso pareva ormai concluso col lungo e vibrato appello ai giudici, l'oratore riprende la dimostrazione per tornare a contestare al fratello la conoscenza dei fatti»⁸⁹.

dal popolo, pubblici accusatori) era Stratoche di Diomèa, e le requisitorie erano essenzialmente indiziarie (ma riuscirono a far condannare l'accusato: incarcerato, dopo cinque giorni evase).

⁸⁵ Specialmente, v. GUARNIERI, in Guarnieri-Pederzoli, Bologna, 1997, 15, sul « principio della passività » del giudice.

⁸⁶ Non solo nei giudizi penali, ma (detta l'esperienza) anche in quelli amministrativi (al T.A.R. Lazio), e senza che l'intervento, *in itinere*, sia espressione della manifestazione anticipata del convincimento del giudice.

Ma, il giudice non può sostituire la propria personale opinione ad una obiettiva certezza (Cass., sez. III, 15 dicembre 1964, Bartolino, in *Giust. pen.*, 1965, III, 405).

⁸⁷ Così, il discorso, in un breve tratto, diventa a quattro mani, e senza che si abbia « indebita manifestazione del convincimento da parte del giudice » (v., al riguardo, Cass., sez. III, sent. 30 marzo 2017, n. 15849, in *Guida dir.*, 2017, n. 21, 82 ss.).

⁸⁸ ANTIFONTE, *Per avvelenamento contro la matrigna*, Orazione I, Introd., in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi, Torino, 1995, 9-10: « La struttura dell'orazione si scosta dagli schemi retorici...all'esordio...succede non la narrazione dei fatti, bensì la dimostrazione...V'è poi la narrazione dei fatti ».

⁸⁹ ANTIFONTE, V, *Per avvelenamento contro la matrigna*, Orazione I, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi, Torino, 1995, 86, nota 26 (il processo contro

L'esordio deve bruciare, a lampo, la distanza tra il difensore e il giudice (è il tratto prossemico e l'andamento brachilogico, senza lunghi intervalli) e avere una enfasi (sostenuta dalla tonalità, dal timbro vocale, ricompreso nel << modo di porgere >>, che riguarda anche il controllo della gestualità⁹⁰) così solenne ed incisività (e accompagnarsi, eventualmente, ai tratti mimici e cinesici⁹¹) così potente da rendere, all'autore-oratore, la consapevolezza di essere in grado di coinvolgere (non solo il soggetto a cui l'ordinamento riserva l'atto perlocutivo tipico, qual è la sentenza, preceduta dall'intervento difensivo⁹² ed

la matrigna si sarebbe svolto davanti all'Areòpago, il tribunale istituito dagli dei, ARIST., *Cost. At.*, 57, 3). Nei processi di omicidio, prima del dibattito, le (due) parti e i testimoni non solo giuravano di dire la verità ma anche di limitarsi all'oggetto del processo. Al riguardo, v. ANDOCIDE, IV, *Contro Alcibiade*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 418-419 sul vincolo del giuramento di applicare la legge (v. DEM., XXIV, 149; ISOCR., XV, 21). Cfr. DEMOSTENE, IV, *Prima filippica*, in *Discorsi e lettere*, I, *Discorsi all'assemblea*, a cura di Canfora, Torino, 1995, 211: << Ora...la situazione è degenerata al punto che i vostri strateghi affrontano, due, tre volte processi capitali >>.

I giudici, all'inizio dell'anno, giuravano di giudicare secondo le leggi (v. DEMOSTENE, XXI, 32-35, *Contro Midia, sul pugno*, in *Discorsi e lettere*, II, *Discorsi in tribunale*, a cura di Canfora e altri, Torino, 2000, 45: << Quando stabilite le leggi...dovete osservarle ed applicarle: questo, infatti, è conforme al vostro giuramento e, del resto, a giustizia >>; ID., XXIV, 148-151, *Contro Timocrate*, a cura di Pinto, *ivi*, 405).

⁹⁰ *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 97, nell'interrogativa retorica: << C'è bisogno che mi dilunghi perfino sul modo di porgere? Esso deve essere regolato sul movimento del corpo, sui gesti, sul volto, sul timbro e sulla modulazione della voce >> (*Nam quid ego de actione ipsa plura dicam? quae motu corporis, quae gestu, quae vultu, quae vocis conformatione ac varietate moderanda est*). Cicerone, nell'opera, cita pure, ad esempio, famosi oratori: Servio Sulpicio Galba, M. Emilio Porcina, Carbone, Carneade, Mnesarco (molto ascoltato).

⁹¹ Siamo al piano delle forme di comunicazioni, quali sono i linguaggi extraverbali: esponiamo anche assumendo una certa espressione (tratti mimici), calcolando una certa distanza dall'interlocutore (tratti prossemici), associando le parole ai gesti (tratti cinesici). L'avvocato si avvale dell'oralità, ma anche della scrittura (le memorie difensive), alternandole: << rispetto al codice primario, il linguaggio orale, la scrittura rappresenta un codice di secondo grado >> (SERIANNI, *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni forme costrutti*, Torino, 1988, 6). Sono ricomprese nella scrittura anche i pittogrammi o mitogrammi (i disegni che raffigurano e stilizzano un messaggio complesso): può comporli pure un testimone o un perito.

Le lettere /l/ e /r/ (le cc. dd. liquide) possono creare qualche problema fonetico, ma ciò che bisognerebbe evitare sono le allitterazioni (e controllare la sibilante /s/, per esempio nel si passivante), e (invece) curare la posizione dell'accento (che vale a distinguere due omografi e omofoni): il ricordo (ancora vivo, e sebbene risalente) è ad un procuratore delle Repubblica di un Tribunale per i minorenni che nel richiamo di un omonimo (ove si era consumato il delitto) pronunciò (reiteratamente: indice che non si rese conto dell'infortunio) <<via Òmero>> (che non corrisponde al più grande poeta epico dell'antica Grecia, che giustifica la denominazione di una strada, cioè Omèro). Ad esempio, il professionista deve essere in grado di riconoscere e gestire le frasi ellittiche (del soggetto, comunemente) e quelle cc. d.d. nominali (come, "Qui tutto bene": il corsivo è riferito all'elemento predicativo). La proprietà di linguaggio (per l'avvocato) deve essere una dote irrinunciabile (il femminile "avvocata" si adopera nella lingua della devozione), *l'ante rem*.

⁹² CICERONE, *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Secunda*, in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, 267, che richiama << l'assenza dell'accusato...al momen-

a parte l'uso della cd. *captatio benevolentiae*⁹³, ma) la platea degli astanti, l'intero uditorio, tutte le parti (però senza teatralità, *sine strepitu*)⁹⁴. Il difensore (la cui autorità personale, nella dottrina ciceroniana, era considerata una autentica variabile⁹⁵) deve porsi (e riportarsi), esattamente e precisamente (*sine glossa*) e con prontezza dialettica⁹⁶, nell'ottica dell'accusatore per rendere non irriducibile quanto (probatoriamente) sostenuto⁹⁷ (in linea uguale e contraria, sfruttando, se conseguente, il " principio di Cassio " ⁹⁸), fosse anche un processo complicato (come quello del console Afranio Destro⁹⁹) o indiziario (accusa per veneficio), pretendendo in tal caso, però, che non solo venga dimostrato che il fatto può essere accaduto nel modo che si assume, ma venga altresì dimostrato che il fatto stesso non può essere svolto in modo contrario

to dell'incriminazione; la sentenza emessa senza sentire la difesa >> (*Absentem...in reos relatuni; rem indicata causa iudicatam*).

⁹³ Per un esempio (nel riferimento ad Aulo Irzio, console designato per il 43, v. CICERONE, *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Prima*, in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, 216- 217.

⁹⁴ Sull'esordio, v., *retro*, nota 88.

⁹⁵ CICERONE, *Orazione in difesa di Lucio Cornelio Balbo* (Pro L. Cornelio Balbo Oratio), in *Le Orazioni*, III, dal 57 al 52 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1993, 670-671, riferendosi ai due triumviri Pompeo e Crasso (gli altri componenti del collegio di difesa che avevano parlato prima di Cicerone): << nei processi quella che conta è l'autorità personale degli avvocati >> (*auctoritates patronorum in iudiciis valent*).

Cfr. *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 112-113, sulla << caratteristica essenziale dell'oratore parlare con ordine, eleganza e abbondanza >> (*oratoris nihil vis esse nisi compositae, ornate, copiose loqui*).

⁹⁶ *Opere retoriche*, di CICERONE, I, *De Oratore, Brutus, Orator*, cit., 96-97, si richiamano << prontezza e brevità nelle risposte e negli attacchi congiunte a garbo e gentilezza >> (*celeritasque et brevitatis et respondendi et lacessendi subtili venustate atque urbanitate coniuncta*). *Retro*, nota 2.

⁹⁷ Emilio Scauro (console nel 115), nel processo celebrato contro G. Memmio (nel 111 tribuno della plebe) e Flavio Fimbria (nel 104 console), fu teste a carico, ma entrambi, rappresentanti del partito democratico, vennero assolti dall'accusa. Degno di nota è il grande oratore Licinio Crasso (nel 95 console), che nel 92, quasi sicuramente, fu teste a carico nel processo (per il reato di concussione) svoltosi contro Claudio Marcello (che ottenne l'assoluzione). Al riguardo, per i riferimenti, v. CICERONE, *Pro M. Fonteio oratio* (Arringa in difesa di Marco Fonteio), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 250 ss., indicando l'oratore (con il gesto) il banco dei testimoni.

⁹⁸ CICERONE, *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Secunda*, in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., cit., 248-249 << Se qualcuno ti chiamasse in giudizio e facesse ricorso al principio di Cassio: " a chi è stato utile ", bada bene, te ne prego, di non trovarti in difficoltà >> (*Quod si te in iudicium quis adducat usurpetque illud Cassianum << cui bono fuerit >>, vide, quaeso, ne haereas*). Nel finale (probabilmente pleonastico), il senso è quello del dativo etico.

⁹⁹ PLINIO CECILIO SECONDO, *Opere, Epistularum*, VII, 14, 12-15, a cura di Trisoglio, II, Torino, 1992, 823: << Si dibatteva il caso relativo ai liberti del console Afranio Destro, di cui non si sapeva se fosse morto per suicidio o per omicidio perpetrato da alcuno dei suoi, se si trattasse di un delitto o dell'esecuzione di un ordine > (*Referebatur de libertis Afrani Dextri consulis, incertum sua an suorum manu, scelere an obsequio perempti*).

¹⁰⁰: << tenteremo di mostrarvi, il più chiaramente possibile, con l'ausilio di quanto sappiamo, che l'imputato uccise la vittima >> ¹⁰¹. Nella sua costruzione avversativa (dire e contraddire), di *punctum contra punctum*¹⁰² (in questo andamento serrato non è estraneo *Epos*), il difensore della *peroratio* (immaginando un collegio di difesa: nel diritto romano poteva contare quattro *patroni*, e all'ultimo era riservato l'adempimento destinativo della *peroratio*, come per l'Arpinate e nella suddivisione partitiva ¹⁰³), poggiando sulla base ferma

¹⁰⁰ Testualmente, v. Cass., sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in *Cass. pen.*, 1989, 256, m. 260, il cui *incipit* è: << Un'affermazione di responsabilità può essere fondata su elementi indiziari soltanto se essi diano la sicura certezza dell'attribuibilità del fatto all'azione dell'imputato >>; è necessario che gli elementi considerati, allorché assumano valenza indiziaria, possiedano i caratteri della gravità, precisione e concordanza, evoca, da ultimo, Cass., sez. VI, sent. 5 gennaio 2017, n. 487, Di Pietro, in *Guida dir.*, 2017, n. 7, 82. Sulla (questione della) << figura dell'indizio e sul suo ruolo all'interno del paradigma probatorio >>, v. l'esame di BONETTI, *Gli indizi nel nuovo processo penale*, in *L'Indice penale*, 1989, 487 ss. Cfr. MELCHIONDA, *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 653 ss.

¹⁰¹ ANTIFONTE, II, *Accusa di omicidio*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, a cura di Marzi e Feraboli, Torino, 1995, 88-89. Si ricorda che, dopo la prima fase del giudizio (o dibattito), l'imputato, *secundum legem*, poteva abbandonare il processo ed andare in esilio (*op. cit.*, 96-97).

Assai noto (citato da retori e grammatici) l'esordio *ex abrupto* di CICERONE, *Prima Catilinaria (Oratio in Catilinam Prima)*, in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 686-687: << Fino a quando, Catilina, continuerai ad abusare della nostra pazienza? >> (*Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*).

Ma, secondo Cicerone, << perché l'*officium accusatoris* possa essere degno di lode devono ricorrere le seguenti condizioni (*De off.* 2.14.50-51): a) che l'oratore non adoperi mai l'eloquenza, destinata per natura alla salvezza ed alla conservazione del genere umano...b) che l'oratore, svolgendo il ruolo di accusatore, si attenga alla "giusta misura" (*in accusando modus tamen adsit*) >> (nella citazione di Le radici storiche: *Ars Rhetorica ed esperienza forense ciceroniana*, a cura di Cerami, Di Chiara, Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, 292). Oggi, UBERTIS *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. Pen.*, 2017, n.2, 1 ss.

¹⁰² CICERONE, Orazione in difesa di P. Sestio (*Pro P. Sestio Oratio*), in *Le Orazioni*, III, dal 57 al 52 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1993, 354-355: <<Ma poiché gli altri hanno controbattuto uno per uno i capi d'accusa, il mio discorso verterà sui diversi aspetti della posizione di Publio Sestio >> (*Sed quoniam singulis criminibus ceteri responderunt, dicam ego de omni statu P. Sesti*).

¹⁰³ CICERONE, Orazione in difesa di P. Sestio (*Pro P. Sestio Oratio*), in *Le Orazioni*, *loc. cit.*, con la seguente circonlocuzione rende il suo adempimento difensivo finale: << questo mio intervento di sintesi generale >> (*in hac confusa atque univarsa defensione*). In precedenza, avevano parlato Ortensio, M. Crasso e Licinio Calvo. Nella prima decade di marzo l'arpinate si sottopone, senza risparmiarsi, alla grande prova della difesa di P. Sestio e riuscendo, in un processo assai difficile, a farlo assolvere dall'accusa *de vi*, così commentandosi: << Un collegio di difesa tra i più brillanti: Ortensio, M. Crasso, Licinio Calvo e Cicerone, al quale tocca, come di solito, il compito più importante, quello della *peroratio* >> (*op.cit.*, Introduzione, a cura di Bellardi, 15). Si ricorda che Cicerone partì per l'esilio il 20 marzo del 58, per poi far ritorno a Roma il 4 settembre del 57 [ciò che lo stesso chiama <<breve intervallo doloroso >> (*brevi tempore doloris interiecto*): v. CICERONE, Orazione in difesa di P. Sestio, *cit.*, 400-401]. Specificamente, TACITO, *Storie. Dialogo degli Oratori, Germania, Agricola*, *cit.*, 694-695, declina la figura dell'oratore e distingue: <<causidici e avvocati e patroni e in qualunque altro modo, piuttosto che oratori >> (*diserti causidici et advocati et patroni et quidvis potius quam oratores vocantur*). Degli

della prova a discarico svolta (quando il teste escusso non si è dimostrato “ostile”¹⁰⁴, *testium percunctatio*), può asserire: «preannuncio che mi appresto a mostrarvi e dimostrarvi, in forza delle risultanze processuali acquisite e in esito dell'accertamento svolto, che l'imputato è estraneo all'accusa contestata, indenne e libero da ogni penale responsabilità, e che quindi dovrà essere assolto, e con la formula che preciserò con le mie richieste»¹⁰⁵ (infatti, l'imputato, presunto innocente, non dovrebbe propriamente, quale adempimento o onere autonomo, dimostrare la sua innocenza, ma capitalizzare il risultato delle prove a discarico, in opposizione a quelle a carico¹⁰⁶).

appellativi che Tacito usa, il primo (*diserti*) indica i locutori che abbondano nell'impiego di ornamenti; il secondo (*causidici*) abbraccia, genericamente, coloro che difendono cause; il terzo (*advocati*), nel diritto antico, gli amici dell'accusato chiamati per proteggerlo in giudizio ove solamente presenziano, e, successivamente, i procuratori delle cause in genere; il quarto (*patroni*) involge la classe dei signori che proteggevano liberti o clienti. Dopo, si chiamarono difensori.

Sulla “perorazione” miltoniana *de typographia liberanda*, v. *Areopagica*, a cura di Giorello, Roma-Bari, 1987, VIII.

¹⁰⁴ V. la parafrasi usata nell'Arringa in difesa di Aulo Cecina (*Pro A. Caecina Oratio*), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 158-159: «pur essendo un teste della controparte, fa una deposizione assai contraria ai nostro avversari» (*quod ex illa parte id dicit*). In quel processo i testimoni che hanno deposto erano dieci (un numero, oggi, non proponibile).

Testium percunctatio, secondo il richiamo di PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere*, III, cap. VII, Lugano, MDCCCXXXVII, 188, su una specifica «interrogazione de' testimoni...avea per oggetto il ricavare dalla bocca de' contrari testimoni ciocchè facea per la propria causa». Sulla «altercazione» dei processi in epoca romana, che recava in sé la *Testium percunctatio*, v. PISANI, *Introduzione alla tematica dell'esame diretto e del controesame*, loc.cit.

¹⁰⁵ CICERONE, *Pro A. Cluentio Oratio* (Arringa in difesa di Aulo Cluenzio Abito), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 342-343: «quando io parlerò sui singoli capi di accusa...ne dimostrerò l'infondatezza» (*tum autem cum ego una quaque de re dicam...diluam*). Si noti l'incisività del frasario di Cicerone (che, all'epoca del processo che durava da 8 anni, aveva 32 anni).

¹⁰⁶ «l'innocenza, sebbene possa talvolta positivamente emergere dalle prove, non va accertata [...] ma è puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza [...] Il giudice deve accertare se sia o no provata al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato» (così, lucidamente, in dottrina, v. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, p. 318). Dunque, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza (Cass., sez. III, 27 settembre 2013, n. 42007, in *Studium iuris*, 2013, 605 ss.). Da ultimo, in tema di responsabilità disciplinare, v. Cass., sent. n. 20118 del 16 agosto 2017, commentata da FALASCA, *Sanzione solo se illecito è «tracciato» con certezza*, in *Il Sole 24 Ore - Norme & Tributi*, 30 agosto 2017, n. 232, 19: «non è sanzionabile sul piano disciplinare il dipendente dell'ufficio postale...in mancanza di una prova certa della sua responsabilità».

Cfr. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, 151 ss.; *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Le ragioni del garantismo*, collana diretta da GAITO, MARZADURI, MAZZA, DINACCI, *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 169 ss.; *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, ivi, 401 s.; *Presunzione d'innocenza ed equo processo: la portata dell'art. 6 comma 2 Cedu*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Torino, 2016, 160 ss.

Come nel proemio, la cui struttura ospita la *propositio*, la protasi (tipicamente nei poemi epici) svolge l'importante funzione di illustrare, solo per compendio ma con immancabile ordine, quanto il locutore si accinge ad esporre distintamente, ampiamente, esaustivamente. Questa parte iniziale (del preludio) coincide con la presentazione (dell'“oggetto”¹⁰⁷) degli argomenti che saranno, *funditus*, trattati ed imprime un tratto d'azione all'introduzione. Un esempio (di pianificazione) può essere tratto da un'orazione di Andocide, centrata sulla discolpa: << mi discolperò con ordine da ogni imputazione e in primo luogo dall'accusa stessa che ha causato la denuncia (e per la quale ora sono processato), cioè la profanazione dei Misteri...Questi sono gli argomenti che tratterò >>¹⁰⁸.

La latitudine dell'intervento difensivo appare evidente in una orazione ciceroniana, equilibrata ed articolata nella sua struttura, nell'apparato delle scansioni enucleabili: §§ 1 s. *proemium*; 2-6 *narratio*; 7-28 *demonstratio*; 29-38 *peroratio*¹⁰⁹ (quest'ultima a carattere destinativo, che propizia l'inclinazione alla *suasoria*, nota in letteratura quale orazione a carattere ottativo - intrisa di cultura giuridica¹¹⁰ e della sottile analisi psicologica - che può scadere nel

Sulla ripartizione dell'onere della prova, v., ad esempio, Cass., sez. VI, sent. 19 aprile 2016, n. 16111, Ginese, in *Guida dir.*, 2016, n. 24, 52; indubbiamente, l'onere della prova grava sull'accusa, ricorda Cass., sez. III, sent. 18 aprile 2016, n. 15899, Colletta, *ivi*, n. 24, 52.

¹⁰⁷ *Iliade*, a cura di Ciani e Avezzi, Torino, 1998, 98: << L'*Iliade* come l'*Odissea* comincia subito con quello che sarà l'oggetto del racconto >>. Il “Proemio” assume la forma etimologica di “*Praelatio*” (del *De excellentibus ducibus*), NEPOTE, a cura di Agnes, Torino, 1983, 66-69, e così chiude: <<...Ma mi impedisce di addurre altri esempi sia l'ampiezza di questa mia opera, sia l'impazienza di sviluppare il piano intrapreso. Verrò quindi alla trattazione che mi sono proposta, esponendo in questo libro le biografie dei sommi capitani >>.

¹⁰⁸ ANDOCIDE, *Sui misteri*, in *Oratori Attici Minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., 296-297.

¹⁰⁹ CICERONE, *Pro rege Deiotaro ad C. Caesarem oratio* (Arringa davanti a G. Cesare in difesa del Re Deiotaro), in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, spec. 174-175, quando si è arrivati alla perorazione (del re di Galazia Deiotaro, nell'orazione del novembre del 45): << A parer mio non ho trascurato nulla, ma c'è un punto che ho riservato per la conclusione della causa >> (*Nihil a me arbitror praeteritum, sed aliquid ad extremam partem causae reservatum*). L'esordio (che abbraccia i §§ 1-7) termina con una rapida *partitio*. Lo statuto di quel processo (la cui arringa è svolta in tono minore, come riconosce lo stesso oratore) è improponibile, riferito a chi è << chiamato a giudicare in un processo in cui è parte lesa >> (*op. cit.*, 149), poiché Cesare è, insieme, giudice e “parte” [diremmo persona offesa dal reato, e senza considerare che l'oratore parla *intra demesticos parietes* (nella casa di Cesare) e che probabilmente la sentenza (differita, dunque) non fu immediatamente pronunciata (poi vennero le idi di marzo, come sappiamo)].

Altresì, ID., *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Quarta*, *ivi*, 371, per lo “stadio” della perorazione; ID., *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Quinta*, *ivi*, 419, questa volta, però, laconica; ID., *Orationes Philippicae* (Le Filippiche), *Oratio philippica Septima*, *ivi*, 457, cogliendo, appunto, la perorazione.

¹¹⁰ Q. Mucio Scevola l'Augure, console nel 116 a. C., si distinse nella conoscenza del diritto, in cui fu maestro a Cicerone allorché indossò la toga virile.

compiacimento retorico, in un tipo di declamazione svolta prevalentemente al pari di una esercitazione retorica, appartenente al genere deliberativo).

Proprio Cicerone è stato il prototipo di uno stile nuovo, quando si è allontanato da quello, asiatico, del suo maestro (ed avversario) Quinto Ortensio Ortalo, seguito nelle prime orazioni¹¹¹ (nella tribuna degli oratori, nel foro, appellata *rostra*¹¹²), per indirizzarsi verso lo stile mediano (influenzato in ciò da Apollonio Molone di Rodi). La testimonianza (dopo la polemica anti-asiatica), proviene da Attico (risulta dal dialogo con): «Eppure...tu dovrai sempre pronunziare arringhe, tanto più che hai cambiato ed hai adottato una nuova forma oratoria»¹¹³.

7. Prova e i prolegomeni del giudizio

Nella tradizione (Magna Grecia V sec. a. C.), si sdoppia il significato della retorica, come diretta a “persuadere” (sfruttando la carica emotiva e l’incisività del linguaggio che suscita e guida le emozioni¹¹⁴), in alternativa a quello che lo salda a “convincere”¹¹⁵ (utilizzando argomenti razionali ed oggettivi). Poiché, in questa sede, ci occupiamo dell’oratoria dimostrativa (riconducibile all’esperienza forense), basata sulla logica e sulle tecniche argomentative, la persuasione emotiva esula dal nostro diretto interesse, eccezion fatta per il

¹¹¹Si dividevano il dominio nel campo della retorica due scuole (di derivazione ellenistica), l’asiatica e l’attica (i cui seguaci, che volevano imitare gli oratori ateniesi dei secoli V e IV a. C., specialmente Lisia, usavano uno stile scarno, dedito alla scelta terminologica più che alla forma, pur senza disprezzarla). Colui che incarnò l’asianesimo romano fu Quinto Ortensio Ortalo, autentico principe del Foro, mentre viene ricondotta all’asianesimo (aperto ad accogliere elementi patetici e sentimentali), nell’antica Roma, l’oratoria appassionata di C. Gracco.

¹¹² CICERONE, *De imperio CN. Pompei oratio* (Discorso al popolo sul comando di Gneo Pompeo), in *Le Orazioni*, II, dal 69 al 59 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1996, 276-277, nota 1: l’appellativo deriva dall’essere la tribuna ornata dei rostri delle navi degli Anziati nel 388 a. C.

¹¹³ CICERONE, *Opere politiche e filosofiche*, I, *Lo Stato, Le leggi, I doveri*, a cura di Ferrero e Zorzetti, Torino, 1995, 423.

Cfr. CASTORINA, *L’ultima oratoria di Cicerone*, Catania, 1975, 37-50; PALADINI, *Cicerone retore e oratore*, in «Tull. Cicerone», Firenze, 1961, 171; ID., *Cicerone oratore e storico dell’eloquenza*, Bari, 1964, 130 s.

¹¹⁴ CICERONE, *Orator ad M. Brutum* (L’Oratore a M. Bruto), in *Opere retoriche*, I, a cura di Norcio, Torino, 1992, 802-803, secondo cui il maggior pregio dell’eloquenza, richiamando Pericle, era di «eccitare con la parola i diversi sentimenti dell’animo» («*quibus orationis modis quaeque animorum partes pellerentur*). Individuava, poi, tre stili di eloquenza: quello magniloquente (in grado di commuovere gli animi), quello semplice e preciso, e quello medio.

¹¹⁵ I *conditores* hanno voluto seguire il disegno di concentrare in un libro autonomo (III) l’organizzazione generale delle prove «per la grande importanza che la disciplina dei modi e degli strumenti di convincimento del giudice assume nel sistema» (*Rel. prog. prel. c. p. p.*, in *Gazz. Uff. Suppl. ord.*, n. 250, 24 ottobre 1998, 58 ss.).

caso in cui sia assai utile fare ricorso al discorso enfatico (e non come impostazione difensiva tipica), solo per potenziarlo.

Tipicamente, il vaglio dei veicoli di conoscenza acquisiti è considerato un adempimento riservato al giudice, cioè all'organo del giudizio (incaricato, secondo una certa dottrina, dell'obiettivo apofantico¹¹⁶), ed in funzione dell'emittenda sentenza ed anzi obiettrandosi che «< la valutazione della prova non è operazione per la quale il giudice di professione riceva particolare attrezzatura mentale...In realtà anche il ragionamento giudiziario è una tecnica >>¹¹⁷.

Di *vis* dimostrativa sono dotate le prove, «< tipicamente le prove dirette o rappresentative, quali la testimonianza e il documento; talora...la confessione; implicitamente l'ispezione >>¹¹⁸.

Ora, le prove esigono un vero e proprio “ piano di organizzazione “, in quanto devono essere “ domandate “ dalle parti e ammesse dal giudice

¹¹⁶Il termine è nostro (cioè, da noi usato) ma crediamo che a ciò si riferisse FERRUA, *Il ‘giusto processo’*; cit.,8, quando si pone contro chi «< contesta che il processo accusatorio abbia come scopo la ricerca della verità. Discorso fallace perché...funzione del processo non può che essere quella di accertare se sia vero o falso l'enunciato formulato nell'atto di accusa >>. Infatti, v., dello stesso, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua-Marzaduri-Spangher, cit.,13 sull'enunciato apofantico. V., per il contenuto dichiarativo o rivelativo, *Apofantico*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino,1998, 70).

Si tratta di un obiettivo quasi escatologico per il quale (per i limiti propri dell'organizzazione del processo penale) altre volte abbiamo espresse le nostre riserve (e non è questa la sede neppure per ribadirla). V., ad esempio, DE LALLA, *Logica delle prove penali*, Napoli, 1973, 90, il quale avverte che «<...la logica di questo tipo di discorso, ossia l'apofantica, è stata sempre e accuratamente tenuta lontana sia dal diritto che dal processo penale >>.

¹¹⁷ FASSONE, *Dalla “certezza “all'ipotesi preferibile”*: un metodo per la valutazione, cit., 13, aggiungendo, correttamente, che «< se oggi questa tecnica non viene più studiata, almeno istituzionalmente, la carenza incomincia ad essere avvertita >>.

¹¹⁸ FASSONE, *Dalla “certezza “all'ipotesi preferibile “*: un metodo per la valutazione, cit., 15. Sulle cc. dd. prove dichiarative, in dottrina, v. *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, I, *Prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 303 ss.; nonché CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS e VOENA, XVI, Milano, 2011, 1-2: «< la prova dichiarativa costituisce da sempre il mezzo di prova utilizzato per la ricostruzione dei fatti >>. Recentemente, v. *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. GAITO, MARZADURI, MAZZA, DINACCI, *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, p. 568. Ad esempio, Cass., sez. III, 31 maggio 2011, n. 21771, M., in *Riv. pen.*, 2012, 1305, classifica la deposizione del testimone quale prova dichiarativa, sottoposta alle relative regole valutative; v., pure, Cass., sez. VI, 3 febbraio 2012, n. 4690, Castiglione, *ivi*, 2013, 473 ss.

Distintivamente, il termine perentorio per il deposito della lista dei testimoni, stabilito a pena d'inammissibilità dall'art. 468, comma primo, c. p. p., vale soltanto per la prova diretta e non anche per la prova contraria prevista dal comma quarto dello stesso articolo (Cass., sez. II, 21 dicembre 2009, n. 48861, Della Cella, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 229; conf., Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 15368, Areseni, *ivi*, 2011, 352. *Contra*, Cass., sez. VI, 6 maggio 2010, n. 17222, Martelli, *ivi*, 354).

(l'autofondazione probatoria, ex art. 507 c. p. p., non smentisce il principio della domanda nel suo statuto autonomo, ma affianca la relativa l'eccezione in un contesto di complementarità), introdotte (o introdotti, i mezzi di prova), formate oralmente e nel contraddittorio ed infine valutate (preliminarmente dalle parti, in sede di discussione, e poi dal giudice, i cui risultati trovano posto nella motivazione della sentenza). Ciò trova conferma in dottrina: <<Nell'attuale esperienza processuale, la formazione della prova avviene nel contraddittorio: le parti pongono direttamente le domande alle persone esaminate>>¹¹⁹.

Può essere utile, a questo punto, trattare l'eloquenza nella categoria di sintesi dell'eloquenza probatoria, su scala argomentativa, e riguardante il vaglio delle prove, inserendo una premessa. Accusa e difesa sono riferite a classi contrapposte di appartenenza (*ex actore fit reus*: <<condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti>>¹²⁰) e prima di essere dimostrate, *in iudicio*, rappresentano tesi contrarie (di affermazione e negazione della penale responsabilità, nel cui solco il giudice *audiatur et altera pars*¹²¹), ma non del

¹¹⁹ TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, cit., 541 s. Cfr. AMODIO, *Il dibattimento*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Pref. di G. D. Pisapia, Milano, 1989, 95, il quale, in via comparativa, precisa che << da noi non c'è la giuria e quindi gli aspetti che sono in parte degenerativi e che portano a " brutali " *cross examination*...non dovrebbero riproporsi >>; ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., 364; STONE, *La cross examination, Strategie e tecniche*, Milano, 1990, 29 ss.; AMODIO, *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., 265 ss.: << L'avvocato che si alza in aula e si pone davanti al teste appena escusso >>.

Nel processo civile la domanda riconvenzionale ha carattere autonomo di controdomanda (Cass. civ., sez. I, sent. 17 ottobre 2017, n. 21731, Leuci, in *Guida dir.*, 2017, n. 7, 66).

D'altra parte, per ribaltare in appello un giudizio di primo grado i giudici devono procedere all'esame diretto delle prove (C.E.D.U., sez. I, sent. 29 giugno 2017, ric. n. 63446/13, Loreface contro Italia, in *Guida dir.*, 2017, n. 33, 96, commento di M. CASTELLANETA). Nullo il ribaltamento dell'assoluzione senza riascoltare i testi a difesa, per Cass., sez. un., sent. 14 aprile 2017, n. 18620, in *Guida dir.*, 2017, n. 21, 55; ma anche al contrario, come, da ultimo, stabilito da Cass., sez. II, sent. 12 settembre 2017, n. 41571, in *Il Sole 24 Ore - Norme & Tributi*, 13 settembre 2017, n. 246, 23, MACIOCCHI, Cassazione. In appello l'istruttoria dibattimentale va rifatta non solo nel caso di <<reformatio in peius>>. *Per assolvere si risente il teste*. Tutela della persona offesa garantita anche dal nuovo Codice di rito (in richiamo di Cass., sez. un., sent. 27620/2016; direttiva 2012/29/UE; l. 103/2017 di modifica del codice penale di rito). Il limite a tale orientamento è del tutto intrinseco: quando manca la persona offesa, deceduta per mano dell'imputato.

¹²⁰ Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237, T.G.

In dottrina, v., ad esempio, MARZADURI, *Azione IV* Diritto processuale penale, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VII, Roma, 1998, 1 ss. e, recentemente, MARAFIOTI, *Inazione e forme abusive di addebito penale*, *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 338 ss.

¹²¹ FERRAJOLI, *Nuove massime di deontologia giudiziaria*, in *Quest. giust.*, 2012, 78, sulla << disponibilità all'ascolto delle opposte ragioni >>. Per esempio, il sequestro preventivo è illegittimo senza esame

tutto simmetriche. Essendo il rito penale trifasico (il modello tipico, senza contare i procedimenti speciali), il giudizio (fattuale, riferito ad aventi storici, *res gestae*) costituisce l'ultima fase (infatti, il soggetto incriminato ne ripete la *climax*: indagato, imputato, accusato) e l'accusa (in essa inclusa) è già cristallizzata. Non potrebbe l'accusato attendere il risultato delle prove escuse per "misurare" se il traguardo dimostrativo raggiunto (dalle prove a carico, del P.M.) abbia rovesciato (lo scudo del)la presunzione di non colpevolezza (che assiste l'imputato ai sensi dell'art. 27, co. 2, Cost.) e regolarsi di conseguenza (cioè, eventualmente, chiedere l'ammissione delle prove a discarico). L'iniziativa probatoria (quantomeno, di riequilibrio), inserita quando è già pendente la sottofase istruttoria, sarebbe tardiva. Già prima del giudizio (il riferimento, ovviamente, non è alla profase della *enquête préliminaire*), all'interno della classe degli atti preliminari al dibattimento (prolegomeni del giudizio), le parti citano testimoni, periti e consulenti tecnici ("in lista", da depositarsi inalicabilmente sette giorni prima del fissato dibattimento), e nello spazio ristretto degli atti introduttivi, formulano richieste di prova (rispettivamente, artt. 468 e 493 c. p. p.). Il giudice provvede (art. 495 c. p. p.), prima dell'ingresso della istruzione dibattimentale (ciò permette di distinguere tra potere *deliberativo*, di sindacato preventivo, espresso *rebus sic stantibus*, e quello, finale, *deliberativo*).

Quindi, il giudicabile deve assumere le necessarie iniziative probatorie, in appoggio e suffragio della tesi difensiva (che diventa una "prova di resistenza", per il P.M.: dall'espletamento della prova a discarico, deve uscire indenne l'ipotesi accusatoria) e tempestivamente.

Al riguardo può seguirsi la sistematica aristotelica, nel cui ordine trovano una suddivisione le prove a sostegno della tesi affermata (potremmo dire, per confermarla e riaffermarla: quindi vale il sintagma "prova di conferma"). La postulazione si articola in prove extratecniche (indipendenti dal retore, come le testimonianze) e tecniche (fornite dal retore e che sono prodotto ed espressione diretta della sua arte¹²²).

Le parti (come la parte civile) si giovano di entrambe le specie combinandole armonicamente (cd. euritmia), e specialmente il difensore dell'accusato (per la segnalata asimmetria) diventa *homo faber* (la definizione è di Bergson), che si avvale dei vantaggi (che riceve dal versante del "ventaglio argomentativo") del trattamento del materiale probatorio. Deve essere in grado, al pari di uno

delle difese (rinviandosi, in materia di reati tributari, a Cass., sez. III, sent. 4 maggio 2017, n. 21268, in *Guida dir.*, 2017, n. 22, 41).

¹²² DE LALLA, *Logica delle prove penali*, cit., 83, intesa, sul tronco della distinzione aristotelica, come << arte della persuasione >>.

strumento di precisione¹²³, di trarre dalle prove (facendole “parlare”, cioè “leggendole” e orientandole, con rigore logico, in una certa direzione) tutto il credito possibile a sostegno della tesi anticondannatoria, cioè il rispettivo *predicato*. E’ questo il *quid pluris*: l’aver posto la massa delle prove nell’asse delle tavole argomentative, al pari di un volano.

Si è autorevolmente osservato che << i contenuti concettuali che anticipano una possibile soluzione e che dirigono le operazioni di osservazione costituiscono ciò che è stato tradizionalmente chiamato il predicato >>¹²⁴.

Ma prima di giungere a tale risultato di carattere “predittivo” (prefigurare, rigorosamente e seguendo strettamente i passaggi rigorosi della logica, anticipandola, la scelta deliberativa ed influenzandola), dobbiamo effettuare un passaggio (e non procedere *per saltum*). Si è scritto, sul punto, che << l’atto del ‘provare’ contiene una componente argomentativa che lo rende affine ed omogeneo all’atto del ‘giudicare’. È diretta conseguenza di quest’assunto il rilievo che le argomentazioni esibite dalle parti allo scopo di influire sull’esito del giudizio si traducono in vere e proprie attività processuali: come tali meritano di essere considerate e analizzate >>¹²⁵ (tale sinotticismo può riportarsi su diversa scala: << il diritto delle parti ad una sentenza giusta ed il simmetrico obbligo giuridico del giudice >>¹²⁶).

Se quanto precede è chiaro, e può essere approvato, allora bisogna assegnare, nell’esperienza forense, autonomia alla “eloquenza argomentativa”, diretta a restringere e orientare il cd. libero convincimento del giudice (l’esigenza di uno studio autonomo delle attività volte a “persuadere” il giudice risale a J. G. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*).

¹²³ Ripetendolo dal carattere distintivo del rito, nei termini scolpiti da CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, IV, Milano, 1965, 65: << Un codice di procedura penale è un meccanismo di precisione >>.

¹²⁴ DEWEY, “*Logica, teoria dell’indagine*”, Torino, 1939, 182.

¹²⁵ Così, lucidamente, ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in Ferrua-Grifantini-Illuminati-Orlandi, *La prova del dibattimento penale*, Torino, 2007, 3.

Vuole ricordarsi che l’argomentazione ha una valenza metaprobatoria e giustifica l’appello [secondo Cass., sez. un., sent. 22 febbraio 2017, n. 8825, in *Guida dir.*, 2017, n. 13, 80, è inammissibile l’appello per difetto di specificità se non risultano argomentati i rilievi critici alla decisione Per gli “eccessi”, v. Cass. civ., sez. III, sent. 31 luglio 2017, n. 18962, *ivi*, n.37, 92, ritenendo inammissibilità del ricorso per Cassazione con l’impiego di ben 51 pagine; per lo stesso tema, nel campo penale, in dottrina, v. MORSELLI, *L’abnormità colpisce la superfetazione dei motivi del ricorso (79 motivi depositati)*, in *Giur. it.*, 2017, 960 s.].

¹²⁶ CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 17.

8. Le proposizioni argomentative: contronominale, modus tollens, l'argomento apagogico. Distinzione tra << prove di fatto e di ragionamento >> (Quintiliano)

Recentemente, è apparso un monito che (anche per la fonte: trattasi di un cattedratico e di un avvocato) non merita di esser lasciato *in vacuo*¹²⁷, al di là dello scritto in cui è inserito. Si è segnalato che <<oggi, ma non da oggi, la retorica forense attraversa una fase di profonda crisi, dovuta alle caratteristiche del nuovo processo, ma anche e soprattutto alle carenze culturali di cui soffre l'avvocatura. L'arringa, perciò, va ripensata in una nuova ottica...come strumento razionale di dimostrazione delle tesi difensive >>¹²⁸.

Noi, ponendo l'accento sulla razionalità dell'importante opera ricostruttiva del difensore dell'imputato¹²⁹ (il quale lo assiste, quale esperto del diritto, con le sue competenze e il suo impegno professionale) - che si avvale di tecniche euristiche nel telaio dell'impianto dimostrativo prescelto - quali figure argomentative, assumeremo quelle che riteniamo più emblematiche¹³⁰. Le stesse possono calarsi nell'esperienza casuistica del processo penale, lungo i binari della proposizione contronominale e del *modus tollens*, ad esempio.

Come nel processo americano, che attribuisce grandi poteri alle parti, secondo lo schema *adversial*, le parti sono libere e sovrane nel formulare e (ri)ordinare le questioni di fatto, usando le "leve probatorie" (la "definizione" dei parametri di diritto spetta, invece, alla corte, dopo l'ascolto delle prospettazioni di tutti le parti presenti: pubblico ministero, avvocato difensore, patrono della parte civile). Il "fatto" è appannaggio speciale della trattazione da parte dell'imputato (che deve difendersi dall'accusa formulata dal pubblico ministero e che, pendente, lo sovrasta come il mitico macigno di Tantalo).

Sull'asse della proposizione contronominale (in logica: la contraria dell'inversa) possiamo ripercorre (quasi *ad nutum*) l'estensione geografica del processo penale e (tentare di) ri-costruire, razionalmente, alcune sue regioni interne.

¹²⁷ Anzi, è il senso del presente lavoro: raccogliarlo, perfezionarlo nell'impianto in cui è articolato, piuttosto ristretto, attendere altri contributi scientifici (anche di critica per quanto sostenuto in questa sede).

¹²⁸ PECORELLA, *C'è ancora spazio per l'oratoria?*, in *Dir. pen.proc.*, 2017, n. 6, 825.

¹²⁹ Per << l'analisi ricostruttiva dei fatti >> da parte del giudice del merito, v., da ultimo, Cass., sez. V, sent. 15 marzo 2017, n.12603, in *Guida dir.*, 2017, n. 18, 78 ss.

¹³⁰ Per i limiti (di contesto) del presente lavoro.

La proposizione “Se non c’è un movente nel delitto di sangue, allora non può commettersi ed intervenire”¹³¹ è contronominale ed è certamente vera (riferita ad un soggetto normale, dotato di ragione, indenne da vizi di mente ed anche dal cd. disturbo della personalità).

Nel processo penale, per la difesa, può diventare una tecnica esplorativa, residuale ma importante, se non dirimente (*ceteris paribus*), che interpella le facoltà di giudizio dell’organo giudicante: è *regula iuris* codificata (art. 530, comma 2, c. p. p.) quella secondo cui il dubbio è contrario ad (non può assolutamente trovare posto in) una sentenza di condanna (art. 533, comma 1, c. p. p.) e compatibile, invece, con una di assoluzione (art. 530, co. 2, c. p. p.), prendendo le forme della “prova insufficiente o contraddittoria”. Possiamo appellarla “tecnica della resistenza “: se i vari fattori della responsabilità (per omicidio volontario) esperiti non conducono all’imputato e un teste oculare, però, la staglia e configura, allora è compito della difesa “¹³² (non considerarla impenetrabile, ma reversibile, e) “accendere un faro“, e, con acribia, “fal-

¹³¹ Il difensore (quale metodo di lavoro) deve calarsi nella sfera dei rapporti tra l’imputato e la vittima (la persona offesa) e conoscerli: l’esistenza (o meno, si badi) e la desistenza dei rapporti (inesistenti nell’ultimo anno), normali o alterati, accompagnati da frequentazione o meno.

¹³² Non arrendevole. L’arrendevolezza (all’origine del disimpegno, confinante con l’inerzia) è il “peccato più grande (il *vulnus*) dell’avvocato difensore dell’imputato (pur dotato di competenze specifiche: queste attengono alle precondizioni e riguardano la formazione), il suo irreparabile limite, e così *that’s another problem*. Quella, ne incrina fortemente (del penalista) la stessa identità e l’*ethos*: per costruzione, deve organizzare, in dibattito, l’antitesi (dopo la controinchiesta investigativa delle indagini difensive, e su cui v. Cass., sez. II, 24 maggio 2016, n. 21596, Tronchetta Provera, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, 59; Cass., sez. V, sent. 30 marzo 2015, n. 13505, *ivi*, 2015, n. 17, 48; in aderenza al tema trattato, v. DI CHIARA, *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”, luci e ombre delle “nuove” indagini difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 15 ss.; *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, dir. da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 477-485). Più precisamente, deve articolare un moto antiparallelo, se vuole disarticolare l’impianto accusatorio messo in campo dal P.M. L’alternativa è la rinuncia all’incarico ricevuto (per non diventare il difensore ostacolo o zavorra), dato che l’assoluzione dell’imputato dipende (oltre che dall’indimostrata responsabilità da parte dell’*actor*, a cui, per quanto possa sembrare singolare, può contribuire il difensore, con la sua opera riduzionistica, inficiando o emarginando le prove a carico) molto dall’operosità ed incisività dell’avvocato, come si è scritto [« Per vincere una causa bisogna 1) aver ragione; 2) saper farla valere; 3) trovare chi la dia...ma la seconda dipende esclusivamente dal difensore. È l’avvocato che deve saper far valere le buone ragioni del suo difeso »] (FERRI, *Difese penali*, Torino, 1924, Prefazione, 50)]. Come rilevato, appunto, « “Esperto nel dire” dev’essere l’avvocato soprattutto perché il suo “dire” è sempre un “contraddire”. La contraddizione è alla radice dell’avvocatura come del processo » (CARNELUTTI, *Controvento*, Sette arringhe, Prefazione, Napoli, 1962, 3). Recentemente, sull’attività di legale, v. SACCHETTINI, *Avvocato. Professione forense: la faticosa attuazione di una normativa*, in *Guida dir.* 2015, n. 40, 13 ss.

Sugli « avvocati Carnelutti e De Marsico . . . Francesco Carnelutti . . . assunse la difesa di Pasolini nel 62 innanzi al Tribunale di Latina « per un caso che fece scalpore », v. APOLLONIO, *Il processo a Pasolini difeso da Alfredo De Marsico*, in *L’indice penale*, 2016, n. 1, 369.

sificare “¹³³ su base fattuale i traguardi dell’*altera pars*, nonché svalutare o valorizzare quanto risulta *ex actis*, in sede di controesame per esempio (il teste citato ed escusso è uno solo - *unus testis, nullus testis*¹³⁴ - ed è separato dalla moglie che lo ha querelato per calunnia e fatto condannare in primo grado¹³⁵; dice di aver visto l’imputato sulla scena del crimine ma non materialmente uccidere e neppure la descrizione personale, al vaglio compativo, è priva di scarti e smagliature; l’imputato non è persona violenta perché non è emerso il contrario, citando vari contesti e gli elementi di prova corrispondenti: famiglia e unità familiare, posto di lavoro e di svago; è un processo indiziario e l’imputato si è sempre protestato innocente, nelle varie fasi¹³⁶). La difesa, forte di tali elementi denotativi (eloquenti, dunque, e rispondenti all’*id quod ple-*

¹³³ Configura il valore epistemologico del falsificazionismo, il teorico della fallibilità della conoscenza umana (il più importante filosofo della scienza del secolo ventesimo, POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino, 1991, 11 ss.; *La società aperta e i suoi nemici*, I, a cura di Antiseri, Roma, 1996, 8. In merito ai profili di identità dell’epistemologia popperiana, cioè il “falsificazionismo” e il “fallibilismo”, v., appunto, (la celebre opera, quella fondamentale, di) POPPER, *Logica della scoperta scientifica (Logik der Forschung)*, Torino, 2010, 105.

¹³⁴ Dal libro dei Numeri si dettano <<regole di giudizio [. . .] l’omicida non sia messo a morte prima di comparire in giudizio >> e << se uno uccide un altro, l’omicida sarà messo a morte in seguito a deposizione di testimoni, ma un unico testimone non basterà per condannare >> A. T., *Il Pentateuco*, Nm, 35,9-36,4. Altresì, v. *Deuteronomio*, 20,4: << Un solo testimone non avrà alcun valore contro alcuno, per qualsiasi colpa >>.

¹³⁵ QUINTILIANO, *L’istituzione oratoria*, I, cit., 562-563: << E poiché due sono i generi di testimoni, o volontari o convocati per legge in un giorno prestabilito, come suole avvenire < nei > pubblici giudizi, e dei volontari potendosi servire l’una e l’altra parte, degli altri solo gli accusatori; dividiamo i compiti di chi produce i testimoni e di chi tenta di farli apparire come non fededegni >> (*Et quoniam duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum, quibus <in> iudiciis publicis lege denuntiari solet, quorum altero pars utraque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est: separemus officium dantis testes et refellentis*).

Nei paesi anglosassoni il *sub poena* si usa per costringere un teste a rendere il suo ufficio o produrre un documento.

¹³⁶ FERRI, *Difese penali*, cit., 51: << Quando...la causa penale è indiziaria, manchi cioè la prova diretta (flagranza, confessione controllata dai fatti, documento incontrovertibile, ecc)...può essere sorgente di un errore giudiziario e della condanna di un innocente >>.

Sulla generale distinzione tra prova ed indizio, v., specialmente, Cass., sez. V, 15 aprile 2014, n. 16397, in *Cass. pen.*, 2014, 4195, m. 782: mentre la prima, in quanto si ricollega direttamente al fatto storico oggetto di accertamento, è idonea ad attribuire carattere di certezza allo stesso, l’indizio, isolatamente considerato, fornisce solo una traccia indicativa di un percorso logico argomentativo, suscettibile di avere diversi possibili scenari, e come tale, non può mai essere qualificato in termini di certezza con riferimento al fatto da provare (sull’esigenza di un esame complessivo degli elementi indiziari, v. Cass., sez. I, 26 marzo 2013, n. 26466, in *C. E. D.*, n. 255677; Cass., sez. I, 9 giugno 2010, n. 30448, *ivi*, n. 248384). In dottrina, in un noto studio, approfondisce la differenza UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 115, pur premettendo che << ambedue vengono impiegati per la verifica di un enunciato fattuale integrativo del *thema probandum* >>.

La presunzione semplice è un procedimento logico da cui il giudice desume la esistenza di un fatto ignoto dalla presenza di un fatto noto sul presupposto di una loro successione nella normalità dei casi (Cass. civ., sent. 30 gennaio 2014, n. 2082, Zingarello, in *Guida dir.*, 2014, n. 17, 70).

rumque accidit, richiamando massime di esperienza), si trova nelle condizioni di valutarli per riversarli sul piatto della bilancia dell'assoluzione semipiena, ex art. 530, comma 2, c. p. p.), se (purtroppo) il suo cliente non ha un "alibi di ferro"¹³⁷, riferito, cioè, al *dies delicti*.

Se i vari passaggi difensivi sono retti dalla logica ("ferrea"), e sorretti da (ancorati a) una relazione logica oggettiva, risalenti a massime di esperienza e non a mere congetture¹³⁸, allora sono perspicui e veritieri (*si vera sunt exposita*) (cioè, tali non soltanto per chi li pronuncia, ma per tutti: riconosciuti e riconoscibili, dato che <<dalla propria certezza non si conclude allo stato di cose>>¹³⁹ ¹⁴⁰). Siffatta (complessa) argomentazione dovrà essere presa in considerazione dal giudice investito, indeclinabilmente (motivando, in ipotesi di condanna, l'irrelevanza, ciò che potrà costituire materia d'impugnazione)¹⁴¹. *L'intime conviction* (cioè, rifiuto, per il giudizio, delle prove legali, e non rifugio) non deve trasformarsi per il giudice in una fuga dal ragionamento logico¹⁴², né, d'altra parte (stiamo considerando le due negazioni), in sede di

¹³⁷ V. Cass., sez. II, 4 febbraio 2004, Gallazzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 401, secondo cui il fallimento dell'alibi non può essere posto a carico dell'imputato, come elemento sfavorevole, non essendo compito di quest'ultimo dimostrare la sua innocenza, ma onere dell'accusa provarne la colpevolezza. In appello sono ammissibili nuove prove se eliminano incertezze, << senza lasciare margini di dubbio >> (Cass. civ., sez. un., sent. 4 maggio 2017, n. 10790, in *Guida dir.*, 2017, n. 22, 41).

¹³⁸ Infatti, è affetta da vizio di illogicità e di carenza della motivazione la decisione del giudice di merito che, in luogo di fondare la sua decisione su massime di esperienza - che sono caratterizzate da generalizzazioni tratte con procedimento induttivo dalla esperienza comune, conformemente agli orientamenti diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale in cui matura la decisione - utilizzi semplici congetture, cioè ipotesi fondate su mere possibilità, non verificate in base all' "*id quod plerumque accidit*" ed insuscettibili, quindi, di verifica empirica (Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 6582, Cerrito, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 392; << *secundum id quod plerumque accidit* >>, osserva Cass., sez. un., 21 gennaio 2014, n. 2850, Pizzata, *ivi*, 131 s.).

¹³⁹ WITTGENSTEIN, *Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune*, trad. M. Trichero, Torino, 1978, 8.

¹⁴⁰ Se scrivo: Camillo Benso conte di Cavour, divenne (con la proclamazione del regno d'Italia) il primo presidente del Consiglio dei ministri del nuovo Stato e quando morì ricopriva ancora la carica, e poi aggiungo che è (oppure non è) stato un buon governatore, ho composto due proposizioni di cui la prima logica (perché soddisfa uno dei requisiti fondamentali, qual è l'oggettività) e la seconda estranea alla logica, attestandosi solo quale dichiarazione soggettiva.

V. *Certezza*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 151: << La parola ha due significati fondamentali: 1° la sicurezza soggettiva della verità di una conoscenza: 2° la garanzia che una conoscenza offre della sua verità >>.

¹⁴¹ Maggiormente se all'interno di una memoria difensiva, assolutamente: non potrà fare *fin de non recevoir*.

¹⁴² << La nozione di *intime conviction* risale all'illuminismo e rappresenta una forma di emancipazione del giudice dalle strettoie delle prove legali, che caratterizzavano il percorso procedurale dell'*Ancien regime* >> (Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804, G.A., in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 394). La giurisprudenza cura di precisare che non è << previsto, nell'ordinamento penale, il concetto di prova legale >> (Cass., sez. II, 24 maggio 2013, n. 22369, Palumbo, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 530 ss.).

discussione (art. 523 s. c. p. p.), il difensore deve ridurre la sua arringa alla valutazione (o mera rassegna antologica) del materiale probatorio raccolto, dovendo trovare lo spazio (e non in un cono d'ombra) per il ragionamento conducente, traendolo dalle sue competenze nel campo della retorica¹⁴³ (come nel piano cartesiano, i due assi, delle ascisse e delle ordinate, in un punto si intersecano). Parta, ad esempio, dalla *reductio ad absurdum*, tracci l'esigenza della coerenza ricostruttiva (argomento *a coherentia*) e, gradualmente, giunga all'importante figura dell'*apagoge* che, appunto, nel campo delle appartenenze, non rientra nella classe della dimostrazione, ma si inserisce nel metodo del ragionamento sillogistico. In questo (ristretto e fertile) settore, il credito e la consistenza di una tesi si apprezzano mostrando, segnalando ed evidenziando la falsità o insostenibilità della tesi contraria.

Così, l'argomento apagogico, annoverato tra quelli dell'interpretazione giuridica¹⁴⁴, deve sempre figurare nel repertorio difensivo e ove necessario utilizzarlo (in uno stile non ampolloso), configurandolo e indicandolo, autonomamente, al giudice della decisione finale (ancora meglio se ricompreso in una memoria difensiva depositata, *banco iudicis*). In tal senso, è più che attuale l'insegnamento di Quintiliano: <<Dunque, ogni prova fornita dalla retorica consta o di prove di fatto o di prove di ragionamenti e di esempi>>¹⁴⁵.

La canonica proposizione contronominale è la seguente (e viene richiamata solo quale paradigma): se Roma non è in Italia, non è nel Lazio.

¹⁴³ Stiamo alludendo alla figura dell'avvocato "attrezzato", che porta tutta la sua "dote" nel terreno (fertile) del processo: deve essere lievito e fermento.

¹⁴⁴ V., per tutti, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 341-387. Altresi, v. *L'argomento a contrario*, in S. Cassese *et alii* (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 177-272. La prova apagogica è diversa da quella (kantiana) ostensiva (distingue GIL, *Prove. Attraverso la nozione di prova / dimostrazione*, trad. di Majocchi, Milano, 1990, 20: << Solo la prova ostensiva o diretta " congiunge la certezza della verità alla conoscenza delle sue fonti " Quellen " "; la prova apagogica " e si in grado di apportare certezza, ma non la comprensione della verità rispetto al fondamento della possibilità "(A789, B817) >>; e sulla << distinzione tra definizione verbale e definizione ostensiva >>, si rinvia a WITTGENSTEIN, *Grammatica filosofica*, ed it. a cura di Trinchero, Firenze, 1990, 26). Secondo PUTNAM, *Ragione, verità e storia*, ed. it. a cura di Veca, trad. Radicati di Brozolo, Milano, 1994, 3 ss., <<esiste un nesso molto stretto tra le nozioni di verità e razionalità...Un'asserzione può essere accettabile razionalmente ma, al tempo stesso, non vera >>. L'abduzione indica un percorso probatorio indiretto e semidimostrativo (la premessa minore è solo probabile): trattasi << in sostanza di un procedimento dialettico piuttosto che apodittico >> (*Abduzione*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 1).

Distintamente, v. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in *Il diritto in Grecia e a Roma*, cit., 75, nota 10, sui <<mafattori...colti in flagrante ed arrestati ad iniziativa del privato cittadino - con il procedimento detto *apagoge* -, i quali, se confessi, vengono messi a morte senza processo, od altrimenti condotti dinanzi ad una giuria popolare>>.

¹⁴⁵ *Onnis igitur probatio artificialis constat aut signa aut argumentis aut exemplis* (QUINTILIANO, *L'istituzione oratoria*, I, cit., 578-579).

Ipotizziamo che Tizio (imputato di omicidio doloso) non abbia raggiunto, in un determinato giorno dell'anno, una nota città italiana X, e che in una sua frazione vi è una località estiva ove si è consumato il cennato delitto di sangue.

Tizio, diciottenne, si discolpa asserendo che, nell'indicato giorno del mese di luglio era impegnato ininterrottamente con gli esami di Stato e che in ogni caso non poteva allontanarsi avendo il foglio rosa che lo abilitava alla guida in autostrada (la cui percorrenza era necessaria per raggiungere quella città) se non con un istruttore (di cui non è avvalso). Nessuno lo ha visto in autostrada (primo elemento negativo, e nelle riprese individuate non interviene), né nella città (secondo elemento negativo) il cui attraversamento era necessario per raggiungere la località balneare.

La prova a carico è costituita da un sessantenne ambulante ipovedente (in una udienza istruttoria, in sede di controesame, si è conosciuto, e con precisione, il *deficit* visivo) che mediante un riconoscimento fotografico ha individuato nell'imputato il soggetto che una sera di luglio l'ha visto entrare, con fare sospetto, nella casa di una ragazza, trovata la stessa sera senza vita, assassinata.

Il difensore potrà devolvere, al giudice del dibattimento, il dubbio che nasce dalla discolpa dell'imputato (non ha raggiunto la nota città) e questi assolverlo, ritenendo (e come succede) che il teste, al vaglio dell'intero materiale probatorio, si sia sbagliato (evitando così l'errore giudiziario). Il dubbio non è, dunque, inespressivo: «che nel processo penale il dubbio sulla responsabilità dell'imputato debba risolversi nella sentenza assolutoria deriva dal fatto stesso che tema del processo non è l'innocenza ma la colpevolezza; ed è questa...a dovere essere provata»¹⁴⁶ (*necessitas probandi incubit ei qui dicit, non ei qui negat*).

Ora, «per quanto riguarda i testimoni oculari, essi sono importanti quasi esclusivamente nelle corti di giustizia dove possono essere interrogati in contraddittorio. Come quasi tutti gli avvocati sanno, i testimoni oculari spesso si sbagliano. Questo fatto è stato studiato sperimentalmente, con i risultati più

¹⁴⁶ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., 381. ILLUMINATI, *Giudizio*, in Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 760, osserva che «l'art. 5 l. 20 febbraio 2006, n. 46, ha introdotto, tra i presupposti della sentenza di condanna, la necessità che l'imputato risulti colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio". A parte il valore simbolico, la previsione non aggiunge nulla, sul piano prescrittivo, a quanto si ricava dalle norme sull'assoluzione per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova...».

Sulla ripartizione dell'onere della prova, v., ad esempio, Cass., sez. VI, sent. 19 aprile 2016, n. 16111, Ginese, in *Guida dir.*, 2016, n. 24, 52; certamente, l'onere della prova grava sull'accusa, ricorda Cass., sez. III, sent. 18 aprile 2016, n. 15899, Colletta, *ivi*, n. 24, 52. In merito al diritto alla prova, invece, v. Cass., sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1400, PR, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 535.

sorprendenti >>¹⁴⁷ (e << in un'aula di giustizia, la pura e semplice rassicurazione fatta da un testimone: “ Io so “ non convincerebbe nessuno. Si deve dimostrare che il testimone si trovava nella condizione di saperlo >>¹⁴⁸). A volte i difetti risalgono alla profase¹⁴⁹.

Ultima (e rapida) esemplificazione (inserita nelle Leggi delle inverse): se Bianchi non ha attraversato la via Flaminia di Roma allora non ha messo a morte Rossi.

L'art. 649 c. p. p. è riservato all'imputato, già giudicato con sentenza o decreto penale << divenuti irrevocabili >>. Una fattispecie positiva genera un dovere negativo, non ammettendosi un rinnovato giudizio sull'*idem factum* correlato all'*eadem persona* (duplice condizione: oggettiva e soggettiva). Il giudicato non è più giudicabile (*ne bis in idem*). Se l'imputato non è giudicabile non può essere sottoposto ad un autonomo e parallelo processo penale (è lo schema di una proposizione contronominale), come nel celebre “postulato delle parallele”, del quinto postulato euclideo¹⁵⁰.

Tra le tecniche di ragionamento (indefetibile per il difensore e irrefutabili per il giudice), contiamo il *modus tollens* (l'etimo indica sottrazione, di verità e validità), che, certamente, esprime una regola logica di inferenza (trasferibile

¹⁴⁷ Così, per una rara pagina critica da un non “adetto ai lavori” (di tipo forense), POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. Pancaldi, Bologna, 1972, 47.

Il giudice non può (né deve) isolare, come una monade, un elemento probatorio, per quanto fondamentale (come nel caso della testimonianza), affidarsi *in toto* allo stesso senza sottoporlo alla “prova di resistenza” degli altri elementi di conoscenza acquisiti da altre fonti.

¹⁴⁸ WITTGENSTEIN, *Della certezza*, cit., 70.

¹⁴⁹ Una nota inchiesta (riguardante l'uccisione di una studentessa inglese, Meredith Kercher, Perugia 1 novembre 2007), che aveva subito una << improvvisa accelerazione >>, si è poi conclusa con l'annullamento senza rinvio, evidenziandosi le < clamorose defaillance o “amnesia” investigative e...colpevoli omissioni di attività di indagini >> [Cass., sez. V, 7 settembre 2015 (ud. 27 marzo 2015), n. 36080, Pres. Marasca, ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte di Assise di Appello di Firenze del 30 gennaio 2014 nei confronti di Amanda Knox e Raffaele Sollecito per l'omicidio di Meredith Kercher (v. *Cassazione*, << Caso Meredith, clamorosi errori >>, in *Il Sole 24 Ore*, 8 settembre 2015, 10)].

¹⁵⁰ *Libro primo*, in *Gli elementi di Euclide*, a cura di Frajese e Maccioni, Torino, 1996, p. 51 s. riferendosi anche alle rette asintotiche, che, in definitiva, non si incontrano mai: << Il quinto, ed ultimo postulato, rappresenta...la più valida finezza logica di Euclide...Si tratta di quel celebre postulato delle parallele...si dimostra l'esistenza di rette parallele...pur essendo contenute nello stesso piano, non s'incontrano, per quanto vengano prolungate >>. Sul <<passare *in rem judicatum*>>, la dottrina filosofica del passato ricorda che << in materia giudiziaria non sia di solito concesso ritrattare i giudizi già pronunciati e rivedere i conti chiusi...perché altrimenti si vivrebbe in una perpetua inquietudine >> [LEIBNIZ, *Scritti filosofici*, II, *Nuovi saggi sull'intelletto umano e saggi preparatori. Scritti Lettere*, a cura di Bianca, Torino, 1988, p. 598. Nessun ordinamento maturo, infatti, sarebbe in grado di tollerare la pericolosa tensione sociale nascente dai processi interminabili (al riguardo, v. PERLMAN-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, tr. Schich e Mayer, pref. Bobbio, Torino, 1989, 61)].

nello specchio di una tabella), fondata sull'evidenza empirica, riferita ad uno stato di fatto¹⁵¹.

Poniamo che un delitto si è verificato, in una città y, in un giorno piovoso (ciò che prima del dibattimento non era stato verificato) e il teste d'accusa, compulsato (ma non "stressato", come pure succede, e con risultati imprevedibili) in sede di controinterrogatorio (quando lo stesso sembrava pressoché esaurito) dichiararsi, senza tentennamenti, in risposta ad una "domanda a lampo" (*ballon d'essai*) tesa, come un arco, dalla difesa (che, "nascondendosi" e quasi eclissandosi, gli chiedeva solo un piccolo particolare, di poco conto e, appunto, *in angulis*) che la strada era asciutta (forma positiva), non era bagnata (e forma negativa)¹⁵².

Il difensore, forte a quel punto del contrario (dimostrandolo *per tabulas* o chiedendo al giudice una verifica d'ufficio), disporrà del "tessuto" per allestire una proposizione di implicazione materiale ($A \rightarrow B$), del seguente, incontrovertibile ed ineludibile, tenore: "se piove, allora la strada è bagnata".

Nessun dubbio che possa essere presa a modello la proposizione più importante e nota della filosofia occidentale contemporanea (ne predichiamo il valore paradigmatico, dunque), l'enunciato del *Satz 7*: « Tutto ciò che può es-

¹⁵¹ « La questione, se le inferenze induttive siano giustificate, o in quali condizioni lo siano, è nota come il *problema dell'induzione* » (POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. di Trinchero, Torino, 1970, 6). Cfr. *Modus ponens, Modus tollens*, in *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 724: « Nomi con i quali, nella tradizione logica scolastica e tardo-scolastica, erano indicate, rispettivamente, le due regole logiche: a) "Se p, allora q; p; dunque q"; b) "Se p, allora q; non q; dunque non p" ». E, una delle *consequentiae formales* della Logica scolastica è *Ab esse ad posse*: da "p" è vera consegue che "p" è possibile"; l'altra è *A dico secundum quid ad dictum simpliciter* (rinviandosi a *Dizionario di filosofia*, di ABBAGNANO, III ed. agg. e ampl. da Fornero, Torino, 1998, 8).

¹⁵² POPPER, *Congetture e confutazioni*, loc. cit.: « È molto probabile che i testimoni più ansiosi di descrivere un evento come è realmente accaduto, facciano un gran numero di errori ». Osserva criticamente, ed ammonisce, WITTGENSTEIN, *Della certezza*, cit., 4: « Per esempio, in un'aula giudiziaria in ogni mia testimonianza, invece di "Io so" si potrebbe dire "Sono sicuro". Si potrebbe persino immaginare che "Io so" sia vietato ».

Cfr. AMODIO, *Ruolo del difensore, tecnica di preparazione della causa, esame diretto ed incrociato*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, cit., 65 s., sulle tecniche e cautele escussive, richiamando la prassi americana: « il dialogo può essere svolto in due modi: c'è uno stile che viene definito *smiling*, cioè sorridente, e c'è uno stile *savage*, cioè selvaggio. Gli avvocati giovani usano lo stile aggressivo e attaccano i testimoni...L'avvocato più esperto...usa lo stile *smiling*...quello che crea un approccio, guardando negli occhi la persona con cui si parla, dialogando con un tono di voce adeguato senza tradire mai alcuna emozione. L'ultima regola...è quella...di non iniziare mai senza una adeguata preparazione...perché, in caso contrario, la domanda potrebbe essere ad effetto boomerang ».

sere detto si può dire chiaramente; e su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere>> (*Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen*)¹⁵³. Dal quadro ricostruito potrebbe delinearci il doppio volto (cioè, i due versanti) del difensore dell'imputato: una dimensione epica (o anairenica come l'abbiamo in precedenza appellata, e quindi un avvocato abile, nella gestione della fase istruttoria, nell'omonima udienza¹⁵⁴) ed una epistemologica (*lato sensu*: seguendo la dottrina ciceroniana, il perfetto oratore deve contare su una base multifattoriale) che gli permetta la "prova di ragionamento"¹⁵⁵ (che deve essere indefettibile nella discussione finale), e con l'obiettivo di falsificare la tesi accusatoria¹⁵⁶. Così, la prova intreccia una classe eponima: prova-mezzo (di) e prova-ragionamento (per).

Più in generale, e richiamando il primo versante, (protasi) il difensore si porrebbe nelle migliori condizioni per soddisfare le aspettative del suo assistito ed accrescere le possibilità di pervenire ad una sentenza di assoluzione, (apodosi) se muterà (l'interpretazione, cioè) i termini e l'ordine della regola secondo cui la sua è una prestazione di mezzi e non di risultato (questa regola la stiamo mutando non per configurare ed integrare, ordinariamente, una sua responsabilità in ipotesi di esito negativo, ma esclusivamente per potenziare al massimo le *chance* di successo del professionista, nel momento in cui accetta l'incarico difensivo: deve "puntare", nel suo approccio alla materia, al risultato favorevole, il più gratificante per lo stesso avvocato penalista, che guadagna fama e prestigio). La stessa regola, poi, non potrà occultare una sua responsabilità (per sciattezza o inerzia difensiva), che non potrà essere insindacabile. Se, ad esempio (ed è assai articolato), le risorse probatorie disponibili nonché precisi ed aggiornati arresti giurisprudenziali (che bisogna conoscere, dunque, per una "difesa attrezzata") permettono (secondo l'*id quod ple-*

¹⁵³ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus e quaderni 1914-1916*, Torino, 1995, 50, prop. 4.116.

¹⁵⁴ QUINTILIANO, *L'istituzione oratoria*, I, cit., 560-561: << La fatica più grande del patrono riguarda, tuttavia, le testimonianze...Con i testimoni presenti la battaglia è grossa >> (*Maximus tamen patronis circa testimonia sudor est...Cum praesentibus vero ingens dimicatio est*).

Oggi, v. TAORMINA, *Procedura penale*, cit., 117: << Non è dubbio che qualcosa sia mutato nella natura della attività di difensore...ma questo è il prezzo della crescita del ruolo per effetto...della scelta del modello accusatorio che implica una forte contrapposizione tra accusa e difesa, ma al tempo stesso una sorta di istituzionalità accresciuta nel ruolo dell'avvocato >>.

¹⁵⁵ Si è ricordato, in precedenza come a Cicerone, nel collegio difensivo, toccasse costantemente (la parte più difficile del) la perorazione. Oggi, in ipotesi di due difensori i due versanti potrebbero utilmente considerarsi.

¹⁵⁶ Sullo statuto epistemologico del falsificazionismo, v. il teorico della fallibilità della conoscenza umana (il più importante filosofo della scienza del secolo ventesimo), POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, loc.cit.

rumque accidit) di formulare (militano per) una prognosi positiva per l'imputato circa la sua penale responsabilità, *ex ante* quindi, ma il difensore sceglie (convincendo il cliente) il rito abbreviato (e riducendo ad un teste la sua lista di tre testimoni) che definisce *per saltum* il processo (all'udienza preliminare e non al dibattimento) o, peggio, " si rifugia " nell'altro rito alternativo (che richiede minimo lavoro difensivo) patteggiando la pena, non può dirsi che i mezzi messi in campo fossero idonei e diretti all'assoluzione (e quando all'epilogo dell'udienza preliminare è intervenuta la condanna perché il teste si è dimostrato, all'udienza, agnostico ed anche " ostile, ed avendovi contribuito il difensore con domande sbagliate oppure omesse). Il risultato è mancato perché (*simul stabunt simul cadent*, cioè) sono mancati i mezzi (secondo una recente e convincente decisione¹⁵⁷), così, e per il maldestro "professionista" *imputet sibi*. Nel campo penale, per i valori della persona coinvolti, non può esserci spazio per la sciatteria e per l'inadeguatezza¹⁵⁸: la selezione (o l'autoeliminazione) si opera, maggiormente, nella pubblica udienza.

¹⁵⁷ App. Milano, n. 1448/2017 Cfr. DE MITA, *L'attività di mezzi non cancella la colpa grave*, in *Il Sole 24 Ore, Norme & Tributi*, 22 agosto 2017, n. 224, 17: <<I giudici ordinari milanesi, di primo e secondo grado, hanno negato il risarcimento del danno a favore del contribuente, avendo il professionista presentato un ricorso con mandato alle liti in un foglio a parte e non margine del ricorso (si veda " Il Sole 24 Ore " di ieri)...quando il professionista ha svolto una attività che non ha nessuna idoneità a vincere la causa è evidente che deve rispondere del risarcimento del danno>>.

¹⁵⁸ La classe dei professionisti dovrebbe somigliare (guardare) a quella degli "ottimati", per la purezza e il prestigio del ruolo.

Se poi, nell'esempio tratteggiato, emergesse che l'avvocato fosse un civilista e che, dello stesso vecchio cliente (e per non " perderlo ", magari), ha accettato (sbagliando) l'incarico di difenderlo da una imputazione (anche complicata), il giudizio finale (per non avere " passato la mano " ad un collega che poteva anche essere suggerito, per il suo scrupolo e la sua bravura, riconosciuti " nella piazza ") non potrebbe essere indulgente (" si è versato " *in utramque partem*, passando indistintamente, e con disinvoltura e senza nessuna preparazione specifica, dal campo civile a quello penale, che richiede una dimensione tutta particolare, cioè che pure l'esperienza detta). Per Cass., sez. V, sent. 26 gennaio 2017, n. 3871, in *Guida dir.*, 21017, n. 8, 27, la presentazione di un elaborato falso in occasione dell'esame di abilitazione per l'esercizio della professione forense configura il reato di plagio letterario.

Ovviamente, la regola limitativa *ad impossibilia nemo tenetur* chiarisce il *modus procedendi* del difensore: se la prova (a discarico) è risultata indenne da vizi acquisitivi (al controllo difensivo) e quindi non è " smaterializzabile ", l'avvocato " si spenderà ", con le sue risorse e competenze, *in iure*, già (lavorando) in sede di esame dibattimentale (con domande all'esaminato conducenti ed utili), " spostando " la collocazione della prova ", affinché trovi posto l'ipotesi criminosa meno grave (nel caso di condotta violenta, ad esempio, v. Cass., sez. VI, sent. 30 giugno 2017, n. 31717, F., in *Guida dir.*, 2017, n.35-36, 48, che dibatte, nella individuazione dell'esatto *nomen criminis*, tra la fattispecie di abuso dei mezzi di correzione e il più grave delitto di maltrattamenti; Cass., sez. V, 31 agosto 2017, n. 39758, in *Il Sole 24 Ore - Norme & Tributi*, 1 settembre 2017, n. 234, 19, per esempio, respinge il ricorso del marito secondo cui la sua condotta non rientra nella, incisiva, figura degli atti persecutori ai sensi dell'art. 612-bis, c. p.). Relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, v. Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206, in *Guida dir.*, 2017, n. 33, 37.

9. L'eccezione (fortemente) enfatica, con finalità persuasive

Si è sostenuto che dell'arringa possa servirsi il difensore non solo come strumento razionale dimostrativo, ma anche <<come strumento emozionale di persuasione del giudice>>¹⁵⁹ (e come nel protomodello di uno dei due libri deuterocanonici, che ha un preciso genere letterario e il cui scopo è di dilettere e di edificare attraverso il racconto¹⁶⁰).

L'asserto (circa l'ambito anoretico) andrebbe meglio precisato poiché le implicazioni sono innumerevoli, fino ad arrivare alle "derivate" nostalgiche non più proponibili.

Noi restringiamo il campo visivo o d'"azione" della difesa, limitandolo all'intervento enfatico del difensore, e al tempo stesso lo estendiamo¹⁶¹ al difensore della parte civile, alle sue conclusioni (scritte ed orali). Con un intervento, teso sul filo della massima tensione oratoria, e in un processo per omicidio colposo (per il quale in primo e secondo grado l'imputato era stato assolto) celebrato avanti la Corte d'appello (dopo l'annullamento con rinvio della Corte di cassazione), il patrono della parte civile calamita l'attenzione del collegio giudicante con la sottolineatura di una considerazione, di un profilo (che non si trova agli atti, ma lo si è ricavato), ingigantito. L'imputato, nell'accaduto, aveva usato la massima sciattezza e somma superficialità perché, nonostante avesse introdotto una condotta materiale altamente pericolosa (nel pomeriggio), avrebbe avuto (la sera, ma anche la notte) tutto il tempo per ("disinnescarla" e) rimediarsi (l'*aliud agere*) ed invece "era andato a dormire", e il mattino, a causa dell'iniziale condotta (lasciata "aperta" ed irrisolta), la vittima aveva trovato la morte.

In quel caso la sottolineatura plurima, reiterata (<<era andato a dormire>>) e quindi ricorrendo anche alla figura dell'exergasia (che assicura la fissità concettuale), a carattere enfatico (quasi perlocutivo, che è un termine che dovrebbe essere riservato al giudice, per i suoi atti), era anche diretta a coinvolgere emotivamente i giudici del giudizio (la Corte territoriale), che, infine (o

¹⁵⁹ PECORELLA, *C'è ancora spazio per l'oratoria?*, loc.cit. Già CARNELUTTI, *Controvento*, Sette arringhe, Prefazione, cit., 1, scriveva: << Sempre più mi persuado che l'eloquenza è musica, non soltanto poesia...L'eloquenza è fatta, soprattutto, d'emozione >>. L'evocazione non sembra calibrata, e comunque non può considerarsi attuale.

¹⁶⁰ Secondo libro dei Maccabei, nella sezione finale (anche in questo genere espressa, ed evidenziata nel corso della presente disamina come tipica del genere oratorio), eloquentemente, chiamata "Epilogo del redattore", ove si legge: << un discorso ben elaborato delizia gli orecchi...E qui sia la fine >> (in *La Bibbia di Gerusalemme*, Trento, 2009, 1109; in precedenza e in altra sezione intitolata "Menelao prosciolti per denaro", si legge: << Per questi fatti fu intentato un processo contro Menelao...tre uomini mandati dal consiglio degli anziani esposero davanti a lui l'atto di accusa >>, *op. cit.*, 1079).

¹⁶¹ Vogliamo, anche noi, usare la *variatio*, non circoscrivendo il presente lavoro alla figura del difensore dell'imputato.

infatti), hanno (questa volta) condannato l'imputato (anche « al risarcimento dei danni delle parti civile costituite »¹⁶²).

10. Le memorie scritte (l'importanza delle)

Le parti vantano un diritto alla documentazione di « ogni dichiarazione di cui abbiano interesse » (art. 482, co. 1, c. p. p., il quale, nella seconda parte, prevede che le memorie scritte, « presentate dalle parti a sostegno delle proprie richieste e conclusioni » devono allegarsi a verbale (l'art. 121 c. p. p. contiene il potere, generale, delle parti e dei difensori di presentare memorie scritte¹⁶³). Queste disposizioni (del tutto trascurate nel diritto praticato, paradossalmente, poste in un cono d'ombra) devono considerarsi relative all'intervento e all'assistenza dell'imputato e la loro violazione integra una nullità di ordine generale, rilevabile anche d'ufficio¹⁶⁴.

Così, nella prassi, le parti - ma esclusivamente quelle più diligenti ed attente - presentano e depositano, al termine della discussione, memorie scritte, di compendio ed analisi dei passaggi decisivi (una sezione deve avere carattere specifico, come se fosse un ricorso: deve spiccare, dell'argomentazione, il carattere confutativo, dell'accusa): i giudici in camera di consiglio avranno, per l'effetto, due canali di lettura (memoria di parte, tipicamente del difensore dell'imputato, e verbale d'udienza¹⁶⁵). Ovviamente, e specificamente per il

¹⁶² App. Caltanissetta, sez. II, 6 luglio 2017, proc. n. 593/2016, E.F.S., *ined.*

¹⁶³ Su cui v. Cass., sez. II, 8 gennaio 2014, n. 284, in *Dir.pen. proc.*, 2014, 285; Cass., sez. VI, 30 gennaio 2013, Baglieri, in *Mass. Uff.*, n. 25694; mentre sui limiti delle memorie scritte nella fase della discussione, v. Cass., sez. I, 6 luglio 1992, Russo, *ivi*, 191508. Secondo Cass., sez. III, 21 maggio 2015, n. 21018, C., in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 112, i pareri espressi dai consulenti di parte a mezzo di memoria scritta presentata a norma degli artt. 233 e 121 c. p. p. possono essere letti in udienza ed utilizzati ai fini della decisione anche in mancanza del previo esame del consulente, qualora le parti non ne abbiano contestato il contenuto ed il giudice abbia ritenuto superfluo di disporre sostitutivamente una perizia. Quindi, per le memorie difensive, l'omesso vaglio non è irrilevante, in quando lede il diritto di intervento dell'imputato: l'omessa valutazione di memorie difensive non può essere fatta valere in sede di gravame come causa di nullità del provvedimento impugnato, ma può influire sulla congruità e la correttezza logico-giuridica della motivazione che definisce la fase o il grado nel cui ambito sono state espresse le ragioni difensive (Cass., sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 269, in *Cass. pen.*, 2014, 3368, n. 669; conf., Cass., sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 18453, in *Mass. Uff.*, n. 257213; Cass., sez. I, 7 ottobre 2010, n. 47531, *ivi*, n. 248551).

¹⁶⁴ Così, nel diritto applicato (v., sotto il vecchio codice, Cass., 16 febbraio 1982, Semeria, in *Giust. pen.*, 1983, III, 365; in tema, v. Cass., 9 luglio 1996, Rizzo, in *C.E.D. Cass.*, 206057).

¹⁶⁵ Non sussiste alcuna nullità o inutilizzabilità del verbale di udienza dibattimentale nel caso in cui il giudice abbia disposto la redazione dello stesso in forma riassuntiva, sebbene non ricorressero le condizioni di cui all'art. 140 c. p. p., ed in mancanza del consenso espresso dalle parti ai sensi dell'art. 559, comma secondo, c. p. p. (Cass., sez. III, 10 febbraio 2015, n. 5892, Giordano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 112).

difensore dell'imputato-giudicabile (ma anche per il patrono della parte civile, si sottolinea), dovrà trattarsi di conclusioni (quelle illustrate) particolarmente argomentate (è un dovere sicuramente deontologico, meno intenso per il P.M., che ha già esercitato l'accusa e che "dirà" confermata in istruttoria) (l'*actio* e la *pronuntiatio*, come nella retorica medievale, riferibili all'*ars dic-tandi et praedicandi*).

Oggi, gli interventi finali delle parti avvengono perlopiù su basi tecniche (con abbandono dell'uso dell'ornato, degli *schemata*, delle figure retoriche, e delle tecniche di amplificazione della materia, l'*expolitio*), ripercorrendo i vari pas-saggi dell'avvenuta *elenchos* (come nell'insegnamento socratico), quel metodo di "interrogazione incrociata" o "confutazione"¹⁶⁶. La finalità, coltivata, è di indirizzare il convincimento dell'organo giudicante¹⁶⁷, appoggiandosi ad un repertorio giurisprudenziale che regga il "progetto di sentenza"¹⁶⁸ additato al

Per l'accostamento *ut supra*, v. Cass. civ., sez. III, sent. 14 marzo 2017, n. 6496, Guerra, in *Guida dir.*, 2017, n. 24, 37: il ricorso in sede di legittimità, di censura, è riconducibile in linea generale al modello dell'argomentazione di carattere confutativo.

¹⁶⁶ CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, 9: «...Nel merito scredita i testimoni».

Sull'esame incrociato, v. DOMINIONI, *Il processo pretorile*, in *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, 172; AMODIO, *Ruolo del difensore, tecnica di preparazione della causa, esame diretto ed incrociato*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale, loc.cit.*; più recentemente, CARPONI SCHITTAR, *Esame e controesame. Teoria e tecnica*, Milano, 2012, 67 ss.

Secondo Trib. Milano, sez. IV, ord. 3 febbraio 2012, B.S., in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 666 ss., in concreto non può distinguersi sul piano logico un esame diretto e un controesame.

¹⁶⁷ « Il difensore sente, in quel momento, che sta contribuendo, in qualche misura, a decidere della vita di un uomo, e non solo di quell'uomo, ma anche di tutti coloro che a lui sono legati. Chi parla non è meno responsabile di chi decide, perché contribuisce al formarsi del suo convincimento » (così, persuasivamente, PECORELLA, *op. cit.*, 826, sebbene con accentuata enfasi).

Si è ricordato e precisato che è che « il convincimento libero nasce...come ripudio delle prove legali e come esaltazione delle capacità logiche dell'autorità decidente » (*Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 5). Cfr. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *Quaderni del C.S.M., La prova penale*, Roma, 1997, n. 98, 236:

Sulla libera valutazione delle prove, da ultimo, v. Cass. civ., sez. II, sent. 16 marzo 2017, n. 6852, Boscolo, in *Guida dir.*, 2017, n. 23, 70.

¹⁶⁸ TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in *Il diritto in Grecia e a Roma*, cit., 69: « In Atene...i tribunali non motivavano le proprie decisioni, che si risolvevano nell'adesione al progetto di sentenza avanzato, alternativamente, dall'una o dall'altra parte ».

Per una qualche similitudine, oggi (in materia di cd. patteggiamento), v. Cass., sez. III, 6 aprile 2016, n. 13719, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 253 (commento di CECCHI): in tema di applicazione della pena concordata, al giudice è consentito esclusivamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica, ma è assolutamente inibito di modificare *motu proprio* i termini dell'accordo (conf. Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1934. *Contra*, Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 33799). In dottrina, v. TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma*, *ivi*, 2010, 649; CECANESE, *Ancora dubbi irrisolti in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 s.

giudice del giudizio (e non a quello della sua vita privata ¹⁶⁹), dell'emittenda sentenza, avvalendosi anche del principio di cd. vicinanza della prova ¹⁷⁰. Nei canali nevralgici della discussione ci sarà, ancora, spazio per *ēpos*: << *Discussione*. È un torneo dialettico: prelude alla decisione e segue all'acquisizione delle prove...I sistemi misti favoriscono l'effusione oratoria...Forse la riforma, riqualficando i contraddittori, imporrà uno stile sobrio>>¹⁷¹.

¹⁶⁹ V., invece, PECORELLA, *op. cit.*, 827: << Quando si affronta un giudice, che sia un giudice togato o un giudice laico, si deve sapere con chi si parla: questo è un dato fondamentale. Certo, il giudice deve essere imparziale, ma è sui sentimenti che si gioca, su ciò che condiziona i suoi convincimenti. Il giudice, inevitabilmente, è influenzato da quello che è accaduto nella sua vita, da un divorzio o da un torto subito, da come si comportano i figli, o la moglie. Bisogna parlare per quel giudice >>. Si tratta di un "racconto" semplicemente fuorviante, ed anche fuori dai "binari correnti".

¹⁷⁰ In base al quale l'imputato può acquisire o quantomeno fornire, tramite l'allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva (Cass., sez. II, 17 febbraio 2014, n. 7484, Borroni, in *Riv. pen.*, 2014, 258 ss.; conf., Cass., sez. II, 10 maggio 2013, n. 20171, in *Us&Lex* dvd. 3/2014, La Tribuna; analogamente, v. Cass., sez. III, 2 luglio 2004, n. 28929, *ibidem*).

¹⁷¹ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 949. Sull'ordine di intervento delle parti, v. ILLUMINATI, *Giudizio*, in CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 757 ss. Ovviamente, l'impegno del difensore sarà molto diverso in presenza di una causa estintiva del reato (quale, ad esempio, l'intervenuta prescrizione, e su cui v., da ultimo, Cass., sez. IV, sent. 14 giugno 2017, n. 29746, in *Guida dir.*, 2017, n.35-36, 48).

Abbiamo esaminato i diversi compiti ed impegni professionali del difensore di fiducia, al pari di veri e propri adempimenti e in funzione dell'assoluzione del suo cliente, il quale, d'altra parte, (possiamo ricordare che) non deve "demotivare" il primo nel rapporto che lo lega nel versante dei suoi doveri retributivi, costringendolo (paradossalmente) ad intraprendere (contro il suo stesso difeso) un contenzioso civile per recuperare coattivamente il dovuto (v., da ultimo, Trib. Napoli, sent. n. 3522, del 24 marzo 2017, commentata da PASCASI, Tribunale di Napoli. Chi per non pagare ecccepisce su quanto dovuto ammette il debito. *Parcella avvocati, contestazione a rischio*, in *Il Sole 24 Ore, Norme & Tributi*, 31 agosto 2017, n. 233, 23: << Bocciata l'eccezione di prescrizione presuntiva del cliente che, per non pagare l'avvocato, contesta anche la quantificazione del dovuto, ammettendo implicitamente che l'obbligazione non si era affatto estinta. Lo ha stabilito il Tribunale di Napoli...sulla vicenda di legale che ha citato un cliente per ottenere il compenso per l'attività svolta >>, richiamandosi, per altri casi, Corte d'appello di Lecce, sentenza 398/2016, Giudice di Pace di Milano, sentenza 322/2016, Tribunale di Aosta, sentenza 75/2016, Cassazione, sent. 1203/2017, Tribunale di Ivrea, sent. 227/2015). Criticamente, v. DANOVÌ, *Studio legale Spa: l'illusione di favorire mercato e concorrenza*, in *Guida dir.*, 2017, n. 37, 7: <<...con oltre 200mila professionisti a contendersi un mercato in contrazione, e la metà di loro che dichiara consistenti diminuzioni del reddito... confermate dal calo delle contribuzioni medie alla Cassa forense >>.

