

GIUSTIZIA E PROCESSO

La ricostruzione del fatto come *evento singolo*

ANGELO COSTANZO – TOMMASO RAFARACI

1. Fatti, fattispecie e *fattoidei*

Nei procedimenti giudiziari non si fa scienza perché non si cerca la spiegazione di serie di eventi ma si accertano *eventi singoli*, *fattispecie storiche concrete* che siano sussumibili sotto una *fattispecie normativa astratta* o che siano comunque riconducibili all'area di applicazione di un principio normativo.

Possono esistere molte descrizioni veritiere dei fatti perché ogni evento è un accadimento complesso inquadrabile da molteplici punti di vista. Ma quando le ricostruzioni di alcuni dei sub-accadimenti e/o di alcune delle relazioni fra i sub-accadimenti che integrano l'evento singolo sono frutto di errori logici o di travisamenti, quello che dovrebbe essere un *fatto* si risolve in un *fattoide* che, essendo talvolta generato da forti influenze psicologiche o da ansie di semplificazione, potrebbe apparire più convincente di un fatto reale.

2. L'acquisizione dei dati

La ricostruzione dell'*evento singolo* (dell'evento storico o della fattispecie storica concreta da sussumere sotto una fattispecie normativa astratta) si colloca in una posizione intermedia fra quella della ricerca scientifica e quella della ordinaria conoscenza esperienziale.

2.1. *Le conoscenze comuni e le massime d'esperienza*

Se non sorgono questioni che richiedono il ricorso alla conoscenza scientifica, la ricostruzione del fatto avviene *tradizionalmente* avvalendosi delle *massime d'esperienza* (distinte dalle *mere congetture*) quali tramite tra i fatti conosciuti (fatti notori, indizi accertati) e i fatti da dimostrare. A differenza del *fatto notorio* (accadimento di conoscenza comune), gli *indizi* sono dati dai quali può indirettamente desumersi, attraverso le *massime di esperienza*, la *verosimiglianza* dei fatti da provare.

2.1.1. *Le massime di (comune) esperienza* sono *generalizzazioni di senso comune* che si esprimono in definizioni o in giudizi ipotetici di contenuto generale acquisiti alla *esperienza comune* indipendentemente dal caso concreto sul quale il giudice è chiamato a decidere. Una *massima di esperienza* differisce da una *mera congettura*. La prima preesiste al giudizio e non viene formulata per il caso di specie (ossia dopo l'evento da ricostruire) perché il suo contenuto è già stato sottoposto a verifica empirica sicché la massima viene formulata sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*, generalmente riconosciuto e accettato in un determinato contesto culturale: si tratta di un giudizio ipotetico a contenuto generale, indipendente dal caso concreto, fondato su ripetute esperienze ma autonomo da esse, e valevole per nuovi casi. La seconda è una ipotesi che non è stata ancora sottoposta alla verifica empirica (o è addirittura insuscettibile di verifica empirica), che non si fonda sullo *id quod plerumque accidit* e che resta solo una possibilità. Nel ricorso alle massime di esperienza si annida il rischio della fallace confusione fra *generalità* e *generalizzazione* insito nella tendenza a attribuire carattere di generalità a quelle che potrebbero rivelarsi mere indebite generalizzazioni. La valutazione della prova nel processo indiziario, è un'operazione di logica induttiva mediante la quale la *massima di esperienza* vale come premessa maggiore, *l'indizio* è la premessa minore e la prova del fatto è raggiunta se gli indizi risultano *gravi* (resistenti alle obiezioni e perciò convincenti) *precisi* (insuscettibili di diversa interpretazione altrettanto verosimile) e *concordanti* (non contrastanti tra loro o con altri elementi certi).

2.1.2. La scelta delle *massime di esperienza* per la ricostruzione del fatto spetta al giudice, ma ovviamente non deve essere arbitraria e può rivelarsi problematica. Secondo il *principio del libero convincimento*, il giudice

è libero di scegliere la *massima di esperienza* che ritenga meglio adatta a risolvere la fattispecie concreta sottoposta al suo esame. Tuttavia, dopo aver scelto la *massima di esperienza*, la premessa del suo ragionamento risulta fissata e da questa premessa (e dalle eventuali altre premesse) deve derivare le conclusioni, sviluppando un discorso giustificativo della decisione che fornisca una spiegazione plausibile delle scelte operate. Illogico è il ragionamento che non si fondi realmente su una *massima di esperienza* e valorizzi piuttosto una congettura o una *massima di esperienza falsa* perché priva di generalità e di una minima plausibilità.

Se la situazione da ricostruire presenta connotati di unicità e irripetibilità non riducibili all'ordinario, allora confidare nelle massime di esperienza diventa fuorviante. Per questa ragione è sempre necessario che si possa ragionevolmente escludere ogni spiegazione alternativa che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile (*verosimile* è ciò che corrisponde all'*id quod plerumque accidit* secondo un giudizio che postula la normalità del verificarsi di un certo tipo di eventi). Se questa esclusione non è possibile, il dato da spiegare rimane un mero indizio da valutare insieme con gli altri elementi di conoscenza acquisiti (Cass.pen., sez.VI, n.15897/2009). Quando viene dedotta una prova che concerne proprio la falsificazione/validazione, nel caso concreto, della massima di esperienza, la mancata ammissione della prova non consente di ritenere vero ciò che appare solo verosimile. L'affermazione di colpevolezza fondata sulla esclusione della possibilità di invalidare l'ipotesi dell'accusa (per ritenuta improbabilità dell'assunto che si vuol provare) è scorretta anzitutto dal punto di vista logico, perché una conclusione può ritenersi vera, solo se ha resistito alle spiegazioni alternative. Se una ricostruzione dei fatti risulta astrattamente possibile, quantunque inverosimile, vanno ammesse le prove volte a dimostrare che nella realtà era accaduto proprio ciò che appariva inverosimile (Cass.pen., 6, n.4668/1995).

2.2. La conoscenza scientifica e l'evento singolo

2.2.1. Poiché la *prova scientifica* va distinta dalla *pseudo-scienza*, il giudice deve evitare che si inseriscano fra le acquisizioni istruttorie conoscenze che non siano scientificamente fondate o, comunque, che siano non rilevanti per le questioni da decidere e, quando occorrono specifiche conoscenze extragiuridiche, il giudice deve consultare esperti della relativa disciplina. L'esperto sarà scelto valutandosene la specifica qua-

lificazione (titoli culturali scientifici, esperienze professionali e nei processi) in relazione alla specifica indagine richiestagli, i quesiti andranno formulati in modo da non implicare valutazioni riservate al giudice e quando i quesiti riflettono i contenuti di categorie normative (*imputabilità, imprudenza, negligenza, pericolo, responsabilità, attendibilità*) vanno espressi in modo che l'esperto fornisca dati e valutazioni che attengano esclusivamente alla sua disciplina, e secondo le categorie e gli strumenti di questa. Sarà compito del giudice tradurre le *categorie scientifiche* utilizzate dall'esperto nelle *categorie giuridiche* rilevanti per la decisione (e dotarsi della formazione necessaria per effettuare questa non sempre semplice operazione intellettuale).

La valutazione delle prove acquisite compete in via esclusiva al giudice, che la esercita secondo il principio del libero convincimento e con divieto di delegarla al sapere scientifico esterno, il quale ha esclusivamente valenza strumentale e integrativa delle conoscenze giudiziali e può assumere rilevanza solo se il giudice lo ritiene necessario per decidere (Cass. pen., sez.III, n.42984/2007).

Il giudice è *peritus peritorum*, nel senso gli compete vagliare gli apporti degli esperti e connetterli all'insieme di tutti gli altri dati acquisiti, esercitando il controllo sulla correttezza logica degli argomenti sviluppati per applicare le conoscenze scientifiche ai casi concreti (sicché va affinata in questa direzione la sua formazione), curando di non incorrere nelle svariate fallacie nelle quali può assai facilmente scivolare il *ragionamento spontaneo* non appena si sottrae al rigore del metodo [P.CHERUBINI, *Processi cognitivi e ragionamento giudiziario*, in: P. CHERUBINI - A. COSTANZO - F. PETRUCELLI - G. VICICONTE, *Psicologia e società. Diritto*, Firenze, Giunti 2011, 74-120].

2.2.2. La spiegazione di una regolarità (frutto di generalizzazioni empiriche) tradotta in termini di *legge scientifica* differisce da quella di un evento singolo. Alcune fondamentali ragioni consigliano che le teorie scientifiche non siano recepite *sic et simpliciter*: perché spesso si reggono su ipotesi *ad hoc* e su generalizzazioni rette da una base empirica scarsa o su leggi statistiche che, per definizione, ammettono eccezioni; perché sono condizionate dal contesto di riferimento e dai limiti delle metodologie adottate; perché l'evento da ricostruire nei processi appartiene al passato, sicché non è possibile eliminare quella che si suppone essere la causa per controllare se viene meno anche l'effetto. In definitiva: il rapporto causale si istituisce sempre fra *eventi singoli* e risulta fallace pretendere che

la spiegazione di un evento storico si possa ottenere sulla scorta di una legge generale. Una teoria è plausibile se offre una spiegazione plausibile di quel che asserisce e se può escludere eventi che costituirebbero una sua falsificazione. Questa condizione non è applicabile alle ricostruzioni di *eventi singoli*. La spiegazione di un evento singolo non può correttamente fondarsi sulla mera riconduzione sotto *teorie scientifiche*, è *sempre* storica, legata alla analisi del complesso delle *plurime circostanze o condizioni* singolari che precedono il prodursi dell'*evento singolo*; nè può mai escludersi *a priori* che l'evento che ordinariamente si tende a attribuire a una data causa si sia invece realizzato per altra causa, in *altro* modo, sotto *altre* circostanze, sulla base di *altre* condizioni: per ogni problema esiste sempre una pluralità di soluzioni logicamente plausibili. Ancora: al di là delle semplificatorie schematizzazioni, esistono serie causali *anomale* rispetto ai modelli conoscitivi ordinari e ai casi più ricorrenti [A.COSTANZO *Ricostruzione giudiziaria degli eventi singoli e rischi di acrisie scientiste* in: L.DE CATALDO NEUBURGER (ed.), *Scienza e processo penale: linee-guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, Cedam , 2010, 65-90].

3. L'utilizzo dei dati acquisiti

La ricostruzione giudiziaria di un *evento singolo* ordinariamente parte da uno o più eventi indizi e termina con l'ipotesi (*retroduzione, abduzione*) di un evento singolo che si suppone ne sia la causa. Non possono fissarsi regole certe e decisive per il ragionamento di tipo abduttivo-induttivo ma valgono alcune cautele.

L'ipotesi iniziale è *soltanto* una domanda, non l'abbozzo di una tesi, e sarebbe fuorviante avviare il ragionamento partendo da premesse scarse e concluderlo sulla base di premesse insufficienti (ma quale sia la quantità minima di premesse è questione che va risolta di volta in volta). Ogni nuova acquisizione di dati nasce da supposizioni, ma queste sono inutili o fuorvianti, se non vengono sottoposte a controllo (mediante verifica empirica o mediante un esperimento, almeno mentale, che tenda a falsificarle).

La ricostruzione dell'*evento singolo* deve conseguire la *consistenza* e la *coesione* delle informazioni. A questo fine la spiegazione delle circostanze apparentemente secondarie *può* rivelarsi decisiva (da eventi secondari possono sorgere importanti inferenze). Un'anomalia che sembra com-

plicare la comprensione della vicenda *potrebbe*, se adeguatamente analizzata, rivelarsi il dato chiarificatore (per converso, recepire acriticamente un evento come ovvio, *può* risultare altamente ingannevole). Quel che appare strano *può* costituire una guida più che uno ostacolo per la comprensione: se si riesce a adeguare il punto di vista, lo stesso dato che non si riusciva a inquadrare può diventare illuminante.

Spesso l'insieme dei dati acquisiti con una apposita ricerca non è più importante di quello già disponibile con una istruttoria ordinaria e, in molti casi, la conclusione non si raggiunge tanto sviluppando inferenze esplicite da premesse esplicite quanto estraendo dalla serie *disordinata* di informazioni di sfondo le premesse aggiuntive adatte, ossia esplicitando l'informazione sottintesa.

Le propensioni emozionali dei decidenti possono esercitare indebite pressioni sui loro ragionamenti. Soprattutto nella ricostruzione delle condotte umane può emergere un atteggiamento marcatamente *verificazionista* (*corroborazionista*) che nasce dalla naturale propensione della mente a ricercare la conferma di una idea attraverso l'acquisizione di nuove informazioni coerenti con la stessa e a destinare un trattamento opposto a quei dati che sembrano andare in direzione contraria. I rischi di questo atteggiamento non devono far dimenticare quelli della opposta *inclinazione negazionista*: esiste la tendenza a negare o a ridimensionare alcuni generi di fatti illeciti (ad esempio: i reati sessuali più disturbanti o le condotte colpose più macroscopicamente negligenti o imprudenti), oltre che (e non solo per interesse processuale) da parte degli autori anche (per meccanismi psicologici non necessariamente attivati da mala fede conscia) dai possibili testimoni e persino da parte delle vittime per espungere dalla mente cosciente stati d'animo penosi. Questa tendenza può estendersi a un intero contesto sociale attraverso vari meccanismi psicologici e penetrare nello spazio di riflessione degli inquirenti e dei giudicanti (nonché dei loro consulenti) attraverso le smagliature dell'attenzione e della competenza professionale: assumendo implausibile una data ipotesi, si fa cadere l'impegno a delineare una plausibile ipotesi alternativa.

3.1. Argomentazioni probatorie e deduzione naturale

In generale, l'argomentazione probatoria giudiziaria segue i canoni della cosiddetta *deduzione naturale*: nè parte da un numero chiuso di premesse indiscutibili, ma va inserendo nel discorso nuovi dati, non è costi-

tuita da una rigida catena di conseguenze logiche e il passaggio da condizione a conseguenza a ogni tappa può essere fondato su relazioni di varia natura. Solitamente salta o condensa dei passi pertanto anche il semplice evidenziarne i passaggi può realizzarne un controllo critico. In realtà non è infrequente la fallacia che scambia la *stretta consequenzialità* con la *mera derivabilità* [A.COSTANZO, *Logica dei dati normativi*, Milano Giuffrè, 2005, 47-50]. La prima ricorre quando le premesse sono condizioni necessarie e (quasi) sufficienti (nel contesto dato) della conclusione. In questa forma di derivazione il ragionamento – se non è viziato da errori – giunge necessariamente all'esito già insito nelle premesse e lo stesso fenomeno si presenta quando da un insieme di premesse accolte si inferisce il sussistere di un loro sottoinsieme (*inferenza per sottrazione*) o nell'analogo caso della derivazione di un giudizio particolare dal corrispondente giudizio universale (*ab universali ad particolare valet consequentia*). La seconda non approda in modo inevitabile e in forma immediata alle conclusioni: le premesse sono condizioni possibili (a volte necessarie) ma non anche sufficienti per la conclusione alla quale si dirigono in modo più o meno stringente, ma non ineluttabile perché intermedie da almeno un altro giudizio.

3.2. *Preservare i dati acquisiti*

I dati acquisiti con le indagini si aggregano sotto ipotesi di ricostruzione degli eventi, che possono risultare fra loro incompatibili così da obbligare il decidente a rigettarne qualcuna (se non anche tutte). Tuttavia un risultato di indagine veicola una pluralità di informazioni e di relazioni con altri dati non tutte necessariamente vincolate al destino della ipotesi che lo utilizza e si sprecherebbero informazioni se si scartassero tutti i dati legati all'ipotesi rigettata. Invece è proficuo conservare quei nuclei di dati che risultano compatibili con tutti gli altri dati acquisiti. Questa *conservazione dei dati* preserva nuclei di certezza: il dato che non collide con alcun altro dato, costituisce *comunque* una pietra (magari non angolare e non massiccia) nella ricostruzione dell'evento singolo e, nel seguito del ragionamento o in altro stadio processuale *potrebbe* rivelarsi importante. Per questa ragione, anche se non tutti i dati possono essere utilizzate per la decisione è opportuno lasciarne qualche traccia nella argomentazione per facilitare il lavoro di chi dovesse rivisitarla (il processo è un fatto collettivo e diacronico).

3.3. *La coesione nel racconto del fatto*

Le ipotesi di ricostruzione di un evento possono opporsi oppure, al contrario, intrecciarsi rendendo necessaria una loro ricomposizione in una narrazione che abbia una forma coesa e persuasiva. A questo scopo non basta la mera consistenza (assenza di incompatibilità) dei dati ma deve emergere un percorso narrativo retto da una linea conduttrice che conferisca loro coesione.

Chi esamina le altrui argomentazioni solitamente concentra la sua attenzione sulla presenza di incompatibilità nel discorso e si preoccupa di sviluppare ulteriori argomentazioni per sanarle (se mira a confermarne le conclusioni) o per evidenziarle (se mira a confutarle). Questa propensione è rafforzata dal fatto che, dopo essere state riscontrate, le incompatibilità pongono problemi ineludibili. Invece, le questioni relative alla *coesione* fra i dati e fra gli argomenti che li valorizzano non emergono con la stessa facilità, né sempre sono immediatamente rilevanti perché, per lo più, valgono principalmente a affinare il discorso, a renderlo più compatto, ma non sempre pongono problemi ineludibili. La *coesione* dei dati è una qualità graduabile e instabile perché *potrebbe* mutare al variare della loro estensione.

4. Il vaglio dialettico fra imparzialità e ricerca

4.1. Ancor prima delle regole giuridiche, è la logica a richiedere che il formarsi della ricostruzione del fatto sia sottoposto al vaglio della dialettica confutativa e, nel garantire la parità delle posizioni processuali, il *principio del contraddittorio* produce condizioni per vigilare sui criteri di *coesione interna* (congruità logica dell'argomentazione) e *esterna* (plausibilità ed accettabilità) delle premesse delle decisioni. Ordinariamente più che asserzioni isolate confliggono gruppi di asserzioni fra loro connesse (dopo la confutazione di una asserzione il gruppo al quale essa appartiene a volte rimane logicamente sgretolato altre volte resiste e si rafforza nel suo nucleo).

Le vie fondamentali della confutazione sono tre: il dedurre una incompatibilità dalla ipotesi da confutare, il dedurre da una ipotesi un'altra ipotesi incompatibile con la prima, il derivare dall'ipotesi una conclusione comunque inammissibile. Il risultato più vigoroso sul piano

argomentativo si ha nel caso di conflitto fra due proposizioni in alternativa esclusiva (fra loro non solo *contrarie* ma anche *contraddittorie*). Tuttavia quella che si assume come totalità coperta dai discorsi è solo una parte della realtà e non si ha mai veramente a che fare con l'intero. Per questa fondamentale causa, ordinariamente le tesi in conflitto non esauriscono il novero di quelle possibili. Risultano costruzioni fra loro semplicemente *contrarie*, sicché la confutazione di una tesi non implica la dimostrazione della opposta, ma soltanto la sua falsità e la virtuale ammissibilità di altre tesi. Né una conclusione non può ritenersi vera solo perché ha resistito alle spiegazioni alternative o perché non si rinvengono ipotesi alternative: essa deve comunque avere ricevuto una appagante corroborazione dai dati acquisiti..

4.2. In ogni caso, l'eliminazione delle alternative compete al giudice che va a decidere su tesi contrapposte e lo aiuta a essere imparziale giudicare in un contesto che individua e contrappone parti diverse con un atteggiamento di apertura a tutte le soluzioni [V.MARINELLI, *Il dilemma. Contributo alla logica giuridica*, Milano. Giuffrè, 2004, 105-120]. Se si riconosce che il processo mira alla verità storica e non al mero risultato di un gioco procedurale, è irrazionale assumere che la corretta ricostruzione dei fatti debba restringersi a una fra le contrapposte versioni delle parti e che lo scontro fra i sostenitori delle diverse versioni sia il metodo corretto per approdare alla verità. L'attribuzione di poteri di iniziativa istruttoria al giudicante è condizione ineliminabile per non inficiare il conseguimento della verità storica rilevante per il processo e, in generale: "*non è possibile collassare il ragionamento e ridurre la giustizia della decisione alla correttezza del procedimento che da essa deriva*" e sempre occorre vigilare nei confronti di metodi quali la cosiddetta *cross-examination* miranti alla dimostrazione di una tesi e efficaci per scoprire falsità piuttosto che per ricostruire verità [M.TARUFFO *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009 117].

Le attività di indagine non sono alimentate necessariamente da pregiudizi (che è comunque facile rimuovere quando se ne è consapevoli) bensì dal pensiero ipotetico, mosso dal dubbio e dallo spirito euristico. Non è parziale chi prende posizione attiva per la ricerca della verità giuridicamente rilevante: imparziale è il giudice che non si limita a rimanere equidistante dalle parti ma che è messo in grado di ricercare la verità dei fatti, perché solo in questo modo non restano precluse altre

vie ricostruttive: Questo significa che il giudice non deve accontentarsi di mancate *contestazioni* e che ben può approdare a una *terza via* nella ricostruzione del fatto. Certo, a differenza di chi ricerca la verità in campo scientifico, non può (principio del *non liquet*) rinviare la decisione sino a quando (in un tempo indeterminato) non riterrà di avere prove sufficienti per la ricostruzione del fatto. Questa forzatura a decidere è alleviata dalle cautele giuridiche che danno un significato processuale alle condizioni (la presunzione di innocenza dell'imputato, l'inadempienza dell'*onus probandi* a carico dell'attore) di indecidibilità.

ANGELO COSTANZO
*Presidente di sezione
 del Tribunale di Caltagirone*
 angelo.costanzo@giustizia.it

* * *

1. *L'aspettativa di verità.* – È affermazione scontata che la ricostruzione di un fatto singolo del passato può solo procedere dalle "tracce" e dalla "memoria" di sé che esso abbia lasciate. Questo limite non riduce peraltro l'ambizione della ricerca. La circostanza che l'evento, in quanto passato, sfugga all'esperienza nulla toglie all'aspettativa di ricostruirlo appunto nella sua identità e specificità: per come, cioè, esso è esistito (se è esistito) e ha preso posto nel fluire della realtà. L'orizzonte finalistico è il medesimo nei procedimenti giudiziari: la sussunzione, in questi casi, sotto una fattispecie normativa astratta costituisce, di per sé (e un po' semplificando), solo il momento selettivo (prima) e classificatorio (infine) di un'operazione ricostruttiva che ha di mira un fatto storicamente ben individuato e contestualizzato.

L'aspettativa di far corrispondere la ricostruzione del fatto a come questo è esistito e si è svolto è assai importante. Essa costituisce il fattore-chiave per tenere agganciata la conoscenza giudiziaria a un criterio aureo esterno (quello, appunto, della verità come corrispondenza ai fatti) che impedisca di ridurre l'attività conoscitiva a un puro gioco procedurale, in cui continuo solo le regole e, purché queste siano osservate, sia

indifferente il risultato. Altrettanto importante è tuttavia riconoscere che in concreto la soddisfazione di questa aspettativa non è mai garantita. Nessun criterio epistemico è in grado di assicurare la corrispondenza ai fatti. Se così è, la non indifferenza al risultato, l'aspettativa di verità, si traduce comunque in una specifica esigenza di attenzione al metodo. Invero, neppure la scelta del metodo è indifferente: occorrerà adottare quello che meglio è in grado di ridurre il margine di errore, pur nella consapevolezza che, anche così, l'errore può annidarsi nella più corretta delle conclusioni (P. FERRUA, *il 'giusto processo'*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 71 ss.).

2. *Logica, scienza e comune esperienza nella ricostruzione dell'evento singolo del passato.* – La ricostruzione dei fatti del passato incontra i noti limiti propri della conoscenza retrospettiva. Questa conoscenza procede da dati certi (le "tracce", la "memoria") alla ricerca, appunto, del fatto del passato che li spieghi. Essa utilizza lo schema dell'*abduzione* (o *retroduzione*), una forma di ragionamento molto diffusa sia nella pratica quotidiana, sia in ambito specialistico, tipica, fra l'altro, della diagnostica medica nonché propria, appunto, della ricostruzione investigativa e giudiziaria (E. FASSONE, *Qualche altra riflessione in tema di prova*, in *Questione giustizia*, 1986, p. 721 ss.). Il limite logico di questa forma di ragionamento è che essa non è in grado di garantire che dalle premesse (se vere) discenda una conclusione invariabilmente altrettanto vera. In ciò si differenzia dalla forma di ragionamento deduttivo, in cui, se le premesse sono vere, anche la conclusione lo è senz'altro. Da qui – a dispetto della sua utilità, non ultimo anche negli snodi "inventivi" della ricerca scientifica – la natura logicamente "non corretta" del ragionamento abduttivo.

Nell'inferenza abduttiva i dati noti (indizi, prove) sono sempre compatibili con più di una spiegazione (ciascuna conducente a ricostruzioni diverse del fatto indagato). Si producono, cioè conclusioni che offrono risultati possibili, plausibili ma mai certi. Si dice al riguardo che «la spiegazione che viene proposta è *sottodeterminata* dai dati disponibili: gli stessi dati sono compatibili con spiegazioni diverse» (M. FRIXIONE, *Come ragioniamo*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 123 ss.).

Questi rilievi minimi aiutano a cogliere la complessità della conoscenza giudiziaria. La capacità dei dati di offrirsi a spiegazioni diverse, anche alla stregua di come vengono evidenziati, valorizzati e tra loro

composti, fa sì che la scelta della spiegazione più adeguata non possa innanzitutto di per sé mai derivare soltanto dall'affidamento riposto in astratte generalizzazioni (la forza di una teoria scientifica, la qualità di una massima di esperienza). Infatti i dati disponibili possono suggerire spiegazioni diverse e più idonee a rendere quel che sia realmente accaduto nel caso concreto, non solo aderendo ad altre massime esplicative altrettanto robuste, anche se magari meno "seriali" e frequenti, ma anche evidenziando circostanze o elementi altrimenti idonei a connotare la storicità della ricostruzione fattuale, avviandola verso spiegazioni che risultano plausibili sebbene non corrispondenti ai modelli conoscitivi della scienza e della comune esperienza. È esatto quindi dire, quanto al nesso di causalità, che «il rapporto causale si istituisce sempre fra *eventi singoli* e risulta fallace pretendere che la spiegazione di un evento storico si possa ottenere sulla scorta di una legge generale» (Costanzo).

L'irriducibilità della conoscenza del fatto singolo alla mera applicazione delle generalizzazioni della scienza e della comune esperienza non vuol dire però affatto indifferenza verso di queste. Vero è che, tanto più trattandosi di ricostruire un fatto del passato, è quanto mai importante guardarsi della fallacia di generalizzazione; altrettanto vero è però che quando i dati disponibili consentono di ritenere plausibile una certa spiegazione fondata su generalizzazioni empiriche di scienza o di comune esperienza, anche questa spiegazione potrà contendersi il campo, con altre, per la scelta di quella preferibile. Ciò implica che, sebbene nei procedimenti giudiziari non si faccia scienza né si elaborino i criteri di comune conoscenza, tuttavia se ne fa uso abbondante. Da qui, appunto, ai fini di un uso critico e consapevole, l'esigenza di controllare che nel processo entrino scienza e non pseudoscienza, massime di esperienza e non arbitrarie congetture: generalizzazioni, insomma, in sé legittime innanzitutto alla stregua del loro statuto teorico, prima di occuparsi di stabilire che poi esse siano effettivamente idonee, alla stregua dei dati probatori e del contesto, a coprire plausibilmente, a preferenza di altre, il caso di specie.

La scienza, attraverso l'osservazione di costanti in una serie di eventi, procede a generalizzazioni induttive. Ma le leggi scientifiche «spesso si reggono su ipotesi *ad hoc* o su generalizzazioni rette da una base scientifica scarsa o su leggi statistiche che, per definizione, ammettono eccezioni [...] sono condizionate dal contesto di riferimento e dai limiti delle metodologie adottate» (Costanzo). Che cosa, poi, autorizzi il passaggio

dall'osservazione di una costante in una somma (finita) di casi particolari alla formulazione di criteri esplicativi generali (indipendenti dai singoli casi) è da secoli il problema cruciale del metodo induttivo. L'idea della falsificabilità come attributo indispensabile di ogni teoria che voglia dirsi scientifica nasce, com'è noto, da insuperabili dubbi sull'esistenza di un criterio che autorizzi a riporre fiducia nella generalizzabilità delle costanti osservate e nei modi attraverso cui ad essa si perviene. Di questo quadro bisognerà tener conto nel procedimento giudiziario al fine di soppesare il valore della scienza, e siccome occorrerà farlo, se del caso, rispetto ad apporti di tipo specialistico, occorrerebbe che il giudice fosse munito di adeguati strumenti di apprezzamento critico.

Quanto alla comune conoscenza, non meno impegnativo è il controllo sull'uso delle massime di esperienza, intese come sperimentati canoni dell'*id quod plerumque accidit* generalmente riconosciuto e accettato in un determinato contesto culturale. La massima di esperienza afferma ciò che è *verosimile*, vale a dire ciò che risponde alla normalità nella situazione astrattamente considerata. Per questa ragione costituisce fondamentale e delicato strumento del ragionamento abduttivo-indiziario. Ricondere sotto di essa un indizio vuol dire ricavare la verosimiglianza del fatto ignoto ad essa conforme. Conclusione certo "sotto determinata": può darsi che emergano sequenze estranee all'*id quod plerumque accidit*; oppure che si rinvenga altra massima che altrettanto o più compiutamente spieghi il senso retrospettivo dell'indizio. In nessuno di questi due casi, tuttavia, l'uso della prima massima potrà dirsi arbitrario. Sarebbe invece un errore logico ancor più radicale di una fallacia di generalizzazione trarre conclusioni da mere congetture o addirittura da proposizioni di sperimentata incostanza (false massime) (Cass., sez. IV, 4 marzo 2004, n. 27851; Cass., sez. II, 13 ottobre 2009, n. 44048).

3. *L'"inferenza alla spiegazione migliore" e i suoi controlli.* – Scartare la pseudoscienza e bandire l'uso di congetture o false massime di esperienza sono quindi le prime regole da seguire per fondare l'argomentazione su premesse razionali. Naturalmente occorre poi che le premesse, in sé corrette, si attaglino ai dati disponibili, fornendone una spiegazione adeguata. Si richiede cioè che sia corretta la stessa inferenza abduttiva, nel senso che i dati disponibili, genuinamente presi (senza travisamenti di sorta) autorizzino il loro pertinente inquadramento nella cornice della spiegazione prospettata alla stregua della massima di esperienza

o di scienza. Sennonché, pur rispettando questi canoni, la spiegazione ottenuta può dirsi appena plausibile. Sul piano logico, come si è detto, essa è soltanto una delle molte possibili: gli stessi dati possono suggerire altre inferenze (sulla base di altre massime parimenti affidabili e pertinenti), che prospettano ricostruzioni di per sé altrettanto plausibili. Più il quadro probatorio si arricchisce, più l'indagine si apre a questa possibilità. Sono percorsi legittimi e, anzi, necessari. Il ragionamento abduttivo pone di fronte ad alternative, che occorre approfondire per scegliere quella preferibile. Per questa sua caratteristica esso va anche sotto il nome di *inferenza alla spiegazione migliore* (*inference to the best explanation*). In termini generali, si riconosce che individuare i criteri per stabilire quale sia la spiegazione preferibile è molto complicato (sul tema v. M. FRIXIONE, *op. cit.*, p. 127 ss.) Un criterio sarebbe quello della *semplicità*: tra le spiegazioni disponibili è opportuno, *coeteris paribus*, scegliere la più semplice e lineare. Altro criterio prospettato è quello della *conservatività*: alla sua stregua sarebbe preferibile la spiegazione che ci costringe a modificare il minor numero possibile delle nostre credenze, soprattutto di quelle più consolidate. Simili criteri evidentemente non sono adatti ai procedimenti giudiziari, rispetto ai quali essi, al contrario, indicano ciò che occorrerebbe evitare e che nondimeno spesso tendere a verificarsi. Nella ricostruzione giudiziaria del fatto singolo il criterio guida sarà piuttosto quello della *controllabilità*, secondo il quale sono da preferire quelle spiegazioni per le quali si dispone di una procedura indipendente per verificarne la maggiore plausibilità. Si tratta allora di sottoporre a verifica empirica l'ipotesi di spiegazione, i fatti affermati per inferenza, cercando così di sciogliere, per quanto possibile, l'incertezza propria della conclusione di natura abduttiva. Questa verifica – che naturalmente può a sua volta mirare solo alla conferma di fatti probatori (il fatto principale da accertare, per definizione, non può essere empiricamente verificato) – tuttavia non è sempre possibile e, quando non lo è, viene a mancare una vera e propria procedura indipendente di controllo. In tali casi c'è il rischio che si finisca per optare troppo affrettatamente per la spiegazione *più semplice*, cioè per quella fondata su una massima di esperienza accreditata a "seriale". Per evitarlo, occorre procedere con spirito antidogmatico, tenendo aperta la via all'acquisizione di ogni prova idonea a falsificare la validità della massima di esperienza usata nel caso di specie. Si può trattare di una prova puramente demolitoria della adeguatezza della massima considerata, come pure di una prova che in-

dichi come pertinente alla specie un'altra massima degna di esser presa in considerazione in chiave esplicativa diversa. Sebbene una spiegazione che non goda di altra forza che quella della massima su cui essa si basa non dovrebbe mai bastare da sola a fondare la decisione, essa costituisce, in mancanza di smentite, un importantissimo approdo probatorio. Da qui l'esigenza logica di consentire la critica attraverso prove che attacchino direttamente e senz'altro il valore della massima nel caso di specie.

È però sperabile che si possa procedere a verifiche indipendenti, in modo che sia applicato senza decurtazioni il criterio che tende a privilegiare l'ipotesi nel caso concreto meglio dotata di elementi di conferma indipendenti ed essi stessi resistenti ad altri che possano confutarli. Il ruolo della dialettica probatoria si rivela logicamente essenziale a maggior ragione in simile contesto. Infatti, gli elementi di conferma dell'ipotesi devono diventare a loro volta oggetto di un vaglio che va dalla loro genuinità e attendibilità, alla loro efficacia esplicativa (ogni prova, in quest'ottica, è indiziaria). A questo vaglio giova (per la prova orale dichiarativa) l'elaborazione nel contraddittorio delle parti. Ma serve altrettanto il diritto alla prova contraria, da intendere non nell'accezione ristretta di prova "speculare" (che allega cioè con segno negativo la stessa proposizione avversaria), ma in quello ampio e fertile di prova comunque idonea a confutare quella avversaria. È anzi attorno a questa figura (emergente con nitore dal codice di procedura penale: artt. 495 comma 2, 606 comma 1 lett. *d*), 546 comma 1, lett. *e*)) che si raccoglie l'idea cardine della struttura compiutamente argomentativo-dialettica della conoscenza giudiziaria e dell'attività giustificativa dei suoi esiti. Le parti hanno diritto a confutare con proprie prove *ex adverso* i fatti sui quali sono state acquisite prove "in via principale". Ai fini del giudizio di ammissione, la rilevanza della prova contraria è scontata, poiché essa si rivolge alla confutazione delle medesime proposizioni già oggetto della prova avversaria. Non è scontata invece la non superfluità. Anche l'ammissione della prova contraria incontra invero il limite della superfluità (intesa come "ridondanza"), che ricorre tutte le volte in cui la prova mira a confermare fatti dati già per esaurientemente confermati tramite altre prove o comunque incontrovertibili. Ma se non è questo il caso, la prova contraria dovrà senz'altro essere ammessa e acquisita (salvo che sia vietata dalla legge). Illogico e insieme illegittimo sarebbe rifiutare la prova attraverso un giudizio negativo preventivo sul risultato che essa potrebbe dare e sulla sua efficacia. Si tratta dell'er-

rore noto nel contesto germanico come *Verbot der Beweisantizipation* (divieto di anticipazione della prova), in cui di certo si può incorrere rispetto ad ogni prova ma che è particolarmente insidioso rispetto alle prove che assolvono una funzione prettamente critico-confutativa. Nel caso della prova *ex adverso* la dimensione del divieto si profila più articolata e complessa. Infatti, al fine di impedire illogiche restrizioni della garanzia, occorrerà evitare che l'ammissione /assunzione della prova venga esclusa non solo anticipando un giudizio negativo sui suoi esiti in relazione al suo oggetto ma altresì anticipando un giudizio negativo sull'idoneità della prova – anche se riuscita, anzi, proprio in quanto riuscita – a contribuire significativamente a smentire un accertamento di segno opposto sul punto, che si ritenga destinato a consolidarsi, o già consolidatosi, attraverso la prova avversata.

La struttura dialettica dell'argomentazione probatoria risalta anche *ex post* nella sede della giustificazione della decisione. Nella motivazione il giudice non può limitarsi a esplicitare i motivi della decisione indicando le prove poste alla sua base, ma deve anche enunciare le ragioni per le quali ha ritenuto non attendibili le prove contrarie (art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p. In questo contesto prova contraria non è quella allegata dalla parte a scopo confutativo nella dinamica dell'istruzione ma piuttosto quella che, da chiunque e comunque allegata e acquisita, sorregge una spiegazione che nella ricostruzione finale risulta scartata o denota incompatibilità o incoerenze che sono state risolte. La violazione della dialettica in sede istruttoria (rifiuto della prova *ex adverso*) si distingue dunque da quella della dialettica in sede valutativa e giustificativa (omessa argomentazione sulle prove scartate). Il codice di procedura penale le distingue, nell'ambito degli *errores in procedendo* sindacabili – entro certi limiti – dalla Corte di cassazione. La prima violazione è intesa come lesione del diritto alla prova delle parti, nel suo più cruciale profilo di diritto ad avere ammesse e acquisite prove a vocazione confutativa (art. 606 comma 1 lett. d)). La seconda violazione è invece configurata direttamente come vizio logico (omessa valutazione o "travisamento" di una prova "decisiva") (art. 606 comma 1 lett. e), nell'attuale formulazione e interpretazione). Peraltro, nonostante la distinzione e le sue conseguenze tecnico-giuridiche, la tutela risulta teleologicamente unitaria, perché è posta a presidio di un'unica istanza di correttezza dell'argomentazione logica, còlta, rispettivamente, nella procedura della sua costruzione e nei doveri della sua esplicitazione finale.

4. *Dialogo epistemico e radici etiche del contraddittorio*. – Per tale sua rispondenza a un bisogno costante di controllo di ogni proposizione probatoria e dei suoi veicoli (si tratti, quindi, di massime di esperienza o di leggi scientifiche, di fonti di prova come di elementi di prova, del loro contenuto espressivo come dei loro significati) la dialettica probatoria simboleggiata dal contraddittorio e peculiarmente dalla prova contraria si dimostra criterio cardine della conoscenza giudiziaria finalizzata alla ricostruzione *ex post* del fatto incerto. Coerente con una gnoseologia finalmente consapevole dei propri limiti esso si dipana opportunamente secondo lo schema del dialogo antagonistico in quanto un dialogo siffatto moltiplica i punti di vista offerti alla ricostruzione del giudice e agevola la scoperta e l'eliminazione dell'errore.

In questa prospettiva la prova contraria va intesa come risorsa di ampio impiego nell'ambito della confutazione. Come accennato, non copre soltanto l'ambito, forte ma circoscritto, delle proposizioni propriamente *contraddittorie* bensì anche, a pieno titolo, quello assai più ampio delle proposizioni semplicemente *contrarie*, a caratura prettamente demolitoria e ripristinatoria di liberi margini di ricerca. Di più, non si rivolge solo alla critica delle proposizioni che vertono sui fatti principali, ma anche a quella delle proposizioni riguardanti fatti probatori (o secondari), fatti "semplici", o fatti da cui dipende la genuinità della fonte di prova (T. RAFARACI, *La prova contraria*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 110 ss.). Percorrendo questi vari canali la dialettica probatoria consente significative opportunità di esplicitazione dei passaggi logico-argomentativi impliciti; sviluppa vincoli più penetranti al conseguimento della *consistenza* (assenza di contraddizioni) della ricostruzione; porta l'osservazione critica fin nel campo solitamente sfumato delle condizioni di *coesione*, da cui dipende, se non altro, l'armonia persuasiva del racconto.

Il contraddittorio delle parti assume così il ruolo di indispensabile strumento di vaglio della plausibilità delle premesse (coerenza esterna) e della congruità logica dell'argomentazione (coerenza interna). Sembra impossibile, quindi, non riconoscergli una funzione epistemica che quasi si sovrappone ai diritti e alle facoltà di partecipazione attiva e paritaria che esso assicura alle parti. Probabilmente, però, non occorre arrivare a tanto. Per recuperare le opportunità epistemiche offerte dal contraddittorio alla dimensione, prioritaria sul piano giuridico, di un diritto fondamentale della parte, basta osservare che la conoscenza è fal-

libile (tanto più quella retrospettiva) e che sarebbe segno di un sistema autoritario stabilire che essa sia formata senza poter essere controllata dall'interessato. È anche innegabile che la parità e reciprocità di poteri delle parti antagoniste esalti l'imparzialità del giudice disponendolo a un atteggiamento di maggiore ed equidistante apertura. Ma anche a questo riguardo la virtù si direbbe che risieda soprattutto nelle radici etiche del modulo processuale a partecipazione dialettica. Esso ha la vocazione a infrangere ogni connubio tra autorità e verità (derivi questo connubio dal potere *tout court* oppure da quella sua declinazione costituita dal dogmatismo cognitivo), esaltando, in fondo, forse prima di ogni altro, il valore della *laicità*.

5. *Discrezionalità valutativa e poteri d'iniziativa del giudice.* – Nella ricostruzione del fatto singolo del passato la decisione non discende mai deduttivamente dalle premesse (P. FERRUA, *il 'giusto processo'*, cit., p. 42). Residua sempre un margine di discrezionalità del giudice che sarebbe vano tentare di sopprimere. Ove infatti fossero introdotti criteri di prova legale che, anziché limitarsi a semplici indicazioni di valutazione prudenziale, pretendessero di determinare deduttivamente la decisione, si realizzerebbe qualcosa che va in direzione esattamente opposta a quella della ricostruzione del fatto nella sua storicità, posto che varrebbe d'impero il criterio legale. Ciò è quindi da evitare in tutti i contesti in cui non sono tollerabili disinvolute semplificazioni probatorie. Tuttavia, affinché non si cada in questa tentazione, il giudice deve appunto dare prova di saper circoscrivere gli spazi di discrezionalità entro il confine di premesse plausibili e argomentazioni logicamente congrue. Il contraddittorio, lo si è visto, serve proprio a questo e non è dubbio che i relativi controlli devono attingere alla sfera epistemica e non ad altri repertori, cercando anche di sventare le insidie alle quali espone, più di quello formalizzato, il linguaggio comune in uso nella comunicazione processuale. Pur in questo quadro metodologico, l'argomentazione comunque risentirà del fatto di dipanarsi nella sfera del plausibile, alimentata dal contributo comunicativo di portatori di interessi antagonisti; d'altra parte, il linguaggio comune (anche a questo riguardo diversamente da quello formalizzato) è intriso di significati e di sfumature variabili che emergono senza alterare la correttezza dell'argomentazione. Nulla poi toglie a un'argomentazione ben plausibile alla stregua delle prove il valore aggiunto che le deriva dalla sapienza con cui è esposta. Del resto, come

indica l'esperienza di *common law*, anche in sistemi saldamente ancorati alla prova razionale la dialettica probatoria sviluppa chiari elementi a caratura retorica.

In relazione a questi fattori emergeranno nella comunicazione processuale elementi di marca retorico-persuasiva, tanto più accentuati quanto più attivo sarà il ruolo assegnato alle parti. La scelta del vigente sistema processuale penale va esplicitamente in questo senso. A vario titolo le parti, protagoniste della dinamica probatoria, sono chiamate ad attività che le vincolano ad argomentare, dal loro punto di vista, sulle prove ancora da acquisire (esposizione introduttiva) o ancora *in fieri* (esame e controesame), prima che sui loro risultati (discussione finale), con fisiologico uso di tecniche retorico persuasive. In questo quadro, l'argomentazione non segue la prova ma l'accompagna, anzi è essa stessa prova (v. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in Aa.Vv., *la prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, p. 3 ss.).

In simile sistema l'iniziativa probatoria del giudice ha un ruolo sicuramente sussidiario. Egli, di norma, non assume la prova personalmente né può disporla d'ufficio. La possibilità che ciò avvenga è nondimeno chiaramente prefigurata (ad esempio negli artt. 506, 507 c.p.p.): sarebbe astrattamente irrealistico un sistema che escludesse il giudice da ogni interlocuzione probatoria; e sarebbe in ogni caso impossibile conciliarne un ruolo così passivo con le istanze di completezza dell'accertamento che filtrano dalla funzione cognitiva del processo. Non vi sono vincoli, inoltre, a seguire, in sede decisoria, una "terza via", diversa da quelle prospettate dalle parti, nella valutazione delle prove; del resto, una discussione finale ad ampio spettro dovrebbe quanto meno ridurre il rischio che la terza via risulti davvero soluzione "a sorpresa", eccentrica rispetto alle argomentazioni sviluppate. Resta tuttavia esplicita la scelta di fondo: l'iniziativa d'ufficio ha un ruolo programmaticamente sussidiario rispetto a quella di parte. Il giudice, all'oscuro della maggior parte degli atti di indagine, noti invece alle parti, ricava la materia del proprio convincimento soprattutto dalle loro argomentazioni e interviene nei limiti in cui l'argomentazione di parte, incompleta od oscura, può essere sviluppata o integrata. Questo assetto esprime il rigetto dell'idea del giudice che indirizza secondo la propria dialettica probatoria interna l'itinerario della ricerca. E, a ben vedere, non sembra possa dirsi superata la convinzione che poteri probatori del giudice così pervasivi inciderebbero nega-

tivamente, se non sulla sua equidistanza, sul suo naturale distacco dalla materia esaminata. Né persuade l'idea che proprio l'immersione totale nella ricerca, anziché un certo distacco, sia una condizione di migliore imparzialità.

PROF. TOMMASO RAFARACI
Ordinario di Procedura Penale
Università di Catania
trafaraci@lex.unict.it