

# La prova penale tra epistemologia, tecnica e deontologia. Il ruolo del difensore

Giovanni Caruso

## ABSTRACT

*Lo scritto si propone, attraverso una serie di suggestioni teoriche e storico-gius-filosofiche, di inquadrare il ruolo e l'attività del difensore penale nella cornice dell'ars retorica, non limitando peraltro l'accezione della stessa alla mera tecnica oratoria o ai correlativi topoi argomentativi. In tale prospettiva, viene proposta una specifica corrispondenza tra i modelli rispettivamente inquisitorio del codice di procedura penale del 1930 e tendenzialmente accusatorio del codice del 1988 con riferimento alla nozione moderna e classica di 'prova'.*

The paper aims, through a series of theoretical and historical-law-philosophical topics, to frame the role and activity of the defense attorney in the framework of the rhetoric, without limiting the meaning of the same to the mere oratory technique or to the related argumentative topoi. In this perspective, a specific correspondence is proposed between the respectively inquisitorial model of the 1930 criminal procedure code and tendentially accusatory model of the 1988 code with regard to the modern and classical notion of 'proof'.

*“Se fossi accusato di qualche cosa, o se un mio diritto venisse calpestato, non mi preoccuperei di sapere in quale ufficio, o davanti a chi si discute di me, ma penserei subito a scegliermi l'avvocato più adatto, perché questo mi darebbe il primo e indefettibile senso di sicurezza [...] La figura dell'avvocato è, almeno nelle sue potenzialità, universale e al contempo indispensabile per la vita dell'uomo. Del giudice, al limite dei limiti, si può anche fare, e talvolta in concreto si fa, a meno. Dell'avvocato no”.*

P. Paiardi, Elogio dell'avvocato scritto da un giudice

## PAROLE CHIAVE

DIFENSORE PENALE; PROVE;  
PROCESSO PENALE;  
MODELLI INQUISITORIO E ACCUSATORIO.

## KEYWORDS

DEFENSE ATTORNEY; PROOF AND EVIDENCE;  
CRIMINAL PROCESS;  
INQUISITORY AND ACCUSATORY MODELS.

SOMMARIO: 1. PREMessa – 2. SUI «PARADIGMI» EPISTEMOLOGICI DEL PROCESSO PENALE. DALLA PROVA COME ARGUMENTUM AL RINNOVATO RUOLO DEL DIFENSORE – 3. DALL'ARTE PERSUASIVA DELL'AVVOCATO ALL'UMILTÀ EPISTEMOLOGICA DEL GIUDICE.

## 1. PREMESSA

Le occasioni e i contesti di incontro professionale con il Giudice nell'esperienza dell'avvocato penalista sono talmente numerosi da rendere quasi proibitivo enuclearne una tassativa catalogazione: dalle aule di udienza alle sedi giudiziarie degli interrogatori, dai colloqui informali informati al galateo istituzionale fino a quelli tecnicamente orientati a programmare i ritmi del processo, l'organizzazione delle attività, i tempi degli interventi difensivi, gli orari delle udienze o l'anticipazione di una richiesta di rinvio per esigenze difensive. E altri ancora, troppi per essere descritti e illustrati nell'ambito delle presenti riflessioni, nonostante la fascinazione per la più gustosa aneddotica di arguzie e stili professionali<sup>1</sup>.

Nel presente contributo cercherò di soffermarmi su taluni mutamenti di paradigma diacronicamente caratterizzati nel passaggio al codice di procedura penale Vassalli del 1988, i quali, nel volgere degli ultimi decenni, hanno a mio giudizio contribuito a 'riposizionare' funzione, ruolo, tecnica e deontologia dell'avvocato di fronte al giudice penale.

Sussiste un fitto intreccio tra mutamento di rito e rinnovati compiti del difensore, del quale vorrei segnalare tre sotto-determinazioni: (a) in primo luogo, il ripensamento della nozione di 'prova' nel processo penale e, in uno con esso, l'affermazione del diritto dell'imputato di 'difendersi provando', hanno progressivamente condotto a rimodulare il ruolo della difesa penale, a seguito di un per vero faticoso processo di maturazione epistemologica che ha coinvolto legislatore, dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale e sovranazionale; (b) in secondo luogo, il nuovo assetto processuale ha comportato un arretramento, nelle sequenze procedimentali, dell'arte e del compito persuasivi dell'avvocato dalla discussione nel giudizio dibattimentale a tutte le attività 'performative' della 'prova' - o, in senso più neutro, del compendio di elementi probatori - sia nel cuore vivo dell'istruzione dibattimentale, sia, ancora prima, in

<sup>1</sup> Maestro indiscusso della quale, dall'alto dell'esperienza forense e di una cultura giuridica e psicologico-giudiziaria ragguardevole, considero Guglielmo Gulotta, per il quale cfr. G. Gulotta, L. Puddu, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Milano, 2004, *passim*, spec. 57; nonché G. Gulotta et al., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2000, *passim*.

ogni altra fase del procedimento in senso lato<sup>2</sup>; (c) in terzo luogo, infine, la proattiva e strutturale riconfigurazione dei compiti e contributi della difesa nella formazione della prova ha determinato una maggiore istituzionalizzazione, anche normativa, del rapporto tra tecnica e deontologia del penalista<sup>3</sup>.

Sembra pertanto utile verificare se e come i tre indicati traccati tematici si siano riflessi sul piano della posizione e del ruolo dell'avvocato di fronte al giudice penale.

A seguire cercherò quindi di offrire (§ 2.1., 2.2. e 2.3) una raffigurazione teorica del mutamento, guadagnato faticosamente nel corso degli ultimi trent'anni, della stessa nozione di 'prova' nel processo penale, rileggendo la stessa attraverso i diversi paradigmi della concezione «classica» e «moderna» già messi in luce da autorevolissima dottrina gius-filosofica nel secolo scorso<sup>4</sup>; quindi, di comprendere se e come sia conseguentemente mutato anche il rapporto tra giudice penale e avvocato (§§ 3.1 e 3.2.).

<sup>2</sup> Mette in chiara luce tale dislocamento dell'ars retorica dell'avvocato, dalla discussione finale all'esercizio propositivo del diritto di 'difendersi provando', C. Bovio, *Esame, controesame e convincimento del giudice*, in A. Traversi (a cura di), *Arte della persuasione e processo*, Milano, 1998, 79 ss.

<sup>3</sup> Già all'indomani della vigenza del modello accusatorio, un grande e compiuto penalista, già Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane, Ettore Randazzo, tra i principali artefici - non solo spirituali - dell'introduzione nel nostro ordinamento delle c.d. indagini difensive (art. 391 e ss. c.p.p.) - che tanto avrebbero onerato e onorato la dignità dell'avvocato difensore nel processo penale -, rimarcava la predetta interrelazione, nella consapevolezza che dalla coniugazione rigorosa tra tecnica e deontologia, regola processuale ed etica professionale sarebbero dipese le stesse sorti del processo accusatorio; cfr. E. Randazzo, *Deontologia e tecnica del penalista*, Milano, 1997<sup>1</sup>, *passim*, spec. 9: "Non è facile [...], occupandosi delle regole deontologiche, pretermettere la tecnica con cui il difensore suole affrontare i problemi del processo e, in genere, della sua professione. Le regole etiche, invero, inglobano quelle, anch'esse non scritte, che, forse inconsapevolmente, vengono rispettate dal difensore: per effetto della sua esperienza, del suo intuito, della sua sensibilità verso la vicenda processuale". Circa la qualificazione dell'avvocato quale *pubblico ufficiale* ai sensi dell'art. 357 c.p. in caso e in sede di svolgimento delle c.d. indagini difensive *ex artt. 391 bis* e ss. c.p.p., cfr. Cass. pen., SS.UU., 27 giugno 2006, n. 32009, in *Dir. Pen e Proc.*, 2007 n. 3, 351, con nota di A. Vallini.

<sup>4</sup> Mi riferisco ai preziosi studi di A. Giuliani, voce Prova, in Enc. dir., Milano, 1961, XXXVII, 570 ss., nonché Id., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, spec. 14 ss.

2. SUI «PARADIGMI» EPISTEMOLOGICI  
DEL PROCESSO PENALE.  
DALLA PROVA COME *ARGUMENTUM*  
AL RINNOVATO RUOLO DEL DIFENSORE

2.1. Solo a qualche anno distanza dall'adozione del rito accusatorio, la Corte costituzionale assesta, con la sentenza n. 255 del 1992, un duro colpo al principio di oralità e del contraddittorio nella formazione della prova dibattimentale. Affermava la Consulta: è "opportuno sottolineare, in primo luogo, che l'oralità, assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento; ciò perché – è appena il caso di ricordarlo – fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità [...], di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente è dato rilievo, nei limiti e alle condizioni di volta in volta indicati, ad atti formati prima e al di fuori del dibattimento"<sup>5</sup>.

5 Cfr. Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, pubblicata su Gazzetta Ufficiale, Serie Speciale, n. 24 del 4 giugno 1992, con la quale la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'allora art. 500 c.p.p. «[...] nella parte in cui non prevede l'acquisizione nel fascicolo del dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dai commi primo e secondo, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. È noto che il modello accusatorio e il principio di oralità e del contraddittorio nella formazione della prova avrebbero resistito dapprima attraverso la riforma dell'art. 500 c.p.p. introdotta dall'art. 16, l. 1° marzo 2001, n. 63 (in G.U. del 22 marzo 2001, n. 68), sulla scia della modifica dell'art. 111 Cost. in tema di diritto al contraddittorio; quindi, dal rinnovato orientamento della Corte costituzionale (e dalle prese di posizione della Corte EDU degli ultimi anni) che, al lume dei principi sul c.d. «giusto processo» costituzionalizzati nell'art. 111 Cost., attuata con legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, aveva disatteso l'originaria primazia del principio di non dispersione delle prove rispetto a quelli sul giusto processo con Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 36. Per l'illustrazione di dottrina, legislazione e giurisprudenza sul tema, nonché per la rivisitazione dell'evoluzione sulla nozione e costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, cfr., per tutti, Cascone G., *Commento sub art. 500 c.p.p.*, in G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IV, Milano, 2020, 702 ss.; per quanto concerne il principio di oralità, cfr., da ultimo F. Giunchedi, voce *Oralità (profili evolutivi del principio di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 2021, 493 ss.

Con l'individuazione delle finalità euristiche del processo penale secondo la citata sentenza, pronunciata in tema di c.d. lettura-acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni rese dal testimone nel corso delle indagini preliminari, si apriva la stagione della sostanziale «metamorfosi» del processo penale «accusatorio» del Codice Vassalli, la quale avrebbe rischiato di tradursi, negli anni a seguire, in una sostanziale riemersione non solo giurisprudenziale, ma anche teorica e culturale, delle connotazioni inquisitorie del precedente Codice di procedura penale «Rocco». Nella parte motiva della sentenza, la Consulta, dopo aver ribadito che "fine primario e ineludibile" del processo penale è quello della "ricerca della verità", sosteneva che pur sempre la stessa scelta del codice per il contraddittorio dibattimentale tra le parti fosse stata dettata, appunto, dalla considerazione della sua maggiore efficienza rispetto allo scopo conoscitivo di 'verità' del processo. Con la conseguenza che, in ogni caso, i principi del contraddittorio e di oralità avrebbero incrociato sempre un limite invalicabile nel "principio di non dispersione dei mezzi di prova", il quale avrebbe sempre imposto di derogare al metodo dialettico qualora la prova non si fosse potuta produrre oralmente, ovvero allorché non fosse compiutamente e genuinamente acquisibile col metodo orale.

Le affermazioni della Corte hanno certamente il merito di aver focalizzato l'attenzione teorica nell'individuazione dei tratti caratterizzanti l'uno piuttosto che l'altro modello processuale, in tal senso individuando, quale «griglia» selettiva di riferimento, anziché il consueto complesso di principi e garanzie per solito reputate proprie del tipo «accusatorio» in giustapposizione a quello «inquisitorio», quella che ne rappresenta, a mio modo di vedere, l'autentica implicazione epistemologica: di quale nozione di 'prova' è espressione – in linea di principio – il metodo inquisitorio?; di quale, invece, è espressione il metodo accusatorio?

In particolare, quali conseguenze possono trarsi, da tale inversione prospettiva, a riguardo del rapporto tra avvocato e giudice penale?

2.2. Nella pratica processuale si sono succeduti sistemi solo tendenzialmente inquisitori o accusatori, trattandosi, in realtà, di due modelli ipotetici, ricavati, mediante un'astrazione, a partire da alcuni caratteri reali di ordinamenti esistenti o storicamente

ricostruibili<sup>6</sup>. Sennonché, pur a fronte del carattere irrefragabilmente 'spurio' delle connotazioni tipiche dei due sistemi, è possibile registrare – opportunamente distinguendoli, sia pure mediante una schematica elencazione di sintesi – quei principî, esigenze e garanzie che solitamente si reputano finalità proprie del modello «accusatorio», e di quelli che contraddistinguono, per converso, il modello processuale di tipo «inquisitorio».

Solitamente, le differenze tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio vengono rapportate alla presenza di taluni caratteri tecnico-processuali dell'uno rispetto all'altro. Secondo la serie di dicotomie prospettate da Giovanni Conso, per un verso, il sistema accusatorio risulta caratterizzato dalla "necessità di un'accusa proposta e sostenuta da persona distinta dal giudice; [...] sua conseguente oralità; [...] parità assoluta di diritti e di poteri fra accusatore e imputato; [...] esclusione di qualsiasi libertà del giudice nella raccolta delle prove a carico e a discarico; [...] allegazione delle prove da parte dell'accusatore e dell'imputato; [...] libertà personale dell'imputato sino alla sentenza irrevocabile"<sup>7</sup>; per altro verso, il modello processuale inquisitorio si connota per "l'intervento ex officio del giudice; [...] segretezza del procedimento, in rapporto non solo ai cittadini, ma anche allo stesso imputato; [...] procedimento e

difesa totalmente scritti; [...] disparità di potere tra il giudice-accusatore e l'imputato; [...] piena libertà del giudice nella raccolta delle prove; [...] nessun diritto per l'imputato di promuovere l'assunzione delle prove; [...] carcerazione preventiva del giudicabile"<sup>8</sup>.

Sennonché, al di là dei profili tecnico-processuali, le differenze tra modello processuale inquisitorio e modello accusatorio possono essere pensate anche mediante la giustapposizione teorica di due modelli di giudizio, a propria volta incidenti in modo considerevole sul ruolo dell'avvocato difensore e sui suoi rapporti con il giudice penale: rapporto verticale inquisitore-inquisito, nel primo modello; relazione triangolare tra due parti e un terzo super partes, nel secondo modello di giudizio<sup>9</sup>. Sotto detto versante teorico, i due modelli processuali – con ogni conseguente difformità in ordine al ruolo e al rapporto tra difensore e giudice – possono essere descritti alla luce della differente angolatura epistemologica dalla quale intendere la 'vicenda probatoria', che si suggerisce di recuperare mediante un accostamento critico al passaggio, storico e teorico, dalla concezione «classica» a quella «moderna» di prova.

2.3. Il "termine «probabilità» ha due principali significati: 1) grado di conferma di un'ipotesi in relazione a determinate prove; 2) frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi. Se accettiamo tale distinzione dovremmo dire che la teoria del verosimile, nella formulazione dei retori attici, pare rientrare piuttosto nel primo significato"<sup>10</sup>. Proprio attraverso l'identificazione delle due accezioni del termine «probabilità»<sup>11</sup>, con l'implicata distinzione

6 Cfr. G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. I, 1: "Difatti, in qualunque prospettiva ci si ponga – storica, giuridica, sociologia – i lineamenti del sistema accusatorio si identificano solo per contrapposizione a quelli del sistema inquisitorio, e viceversa: l'uno e l'altro, dunque, rappresentano tipi ideali, collocati agli estremi di un territorio all'interno del quale possono combinarsi secondo modalità differenti, in relazione a numerose variabili", dandosi "in concreto [...] sistemi processuali solo tendenzialmente definibili come accusatori o inquisitori". Cfr. anche L.G. Lombardo, *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 752: "Trattandosi ora di stabilire a quali modelli processuali si sia ispirato il diritto positivo, si deve avvertire, in linea generale, che gli ordinamenti processuali non hanno adottato, né [...] adotteranno mai modelli puri, ma – sospinti spesso più da necessità contingenti che da opzioni teoriche – hanno realizzato modelli misti, risultato della combinazione di principi propri di opposti sistemi".

7 Cfr. G. Conso, *voce Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 336; sulla distinzione tra processo accusatorio e processo inquisitorio nella autorevole dottrina del secolo scorso, cfr., tra gli altri, anche G. Leone, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1956 e G.D. Pisapia, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960; F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946.

8 Cfr. M. Pisani, A. Molari, V. Perchiunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 1994, 469. Sulla ratio di fondo dell'oralità intesa come contatto diretto del giudice con le fonti di prova, cfr. F. Cordero, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Francesco Antolisei*, I, Milano, 1965, 313.

9 Sulla composizione triadica dello schema processuale accusatorio, sia sotto il profilo degli attori (accusa, difesa, giudice) che sotto il profilo delle relative attività, cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), Firenze, 1907, X ed., 286 ss.

10 Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 14 ss.

11 La nozione 'oggettiva' di probabilità, che sarà espressa dalla formula latina *id quod plerumque accidit*, si trova formulata in Aristotele, *Primi Analitici*, II, 70<sup>o</sup>, 27, 5: "probabile è appunto ciò che notoriamente per lo più si verifica o non si verifica in un certo modo oppure non è". Sulla nozione 'logica' di probabilità, intesa come grado di probabilità e tasso di conformità di un enunciato rispetto all'evidenza probatoria già disponibile,

ne teorica tra concetto «classico» e «moderno» di prova, Alessandro Giuliani fornisce un formidabile strumento concettuale per individuare le caratteristiche epistemologiche essenziali del modello processuale accusatorio rispetto a quello inquisitorio<sup>12</sup>, a propria volta tradottesi in ben definiti istituti giuridici, prassi giurisprudenziali, regimi probatori, dialettiche processuali nei rapporti tra accusa e difesa e tra difesa e giudice.

Sottolinea lo studioso come lo stesso passaggio dalle prove irrazionali ed ordaliche a quelle razionali non sarebbe stato possibile senza l'assimilazione della "logica del probabile, legata alla tradizione topico-retorica"<sup>13</sup>: sulla base di siffatto schema – riflettente una contesa non fisica, ma argomentativa – si sarebbe originato il sistema processuale accusatorio, come inferibile dalle lucide e precorritrici parole della Stagirita, secondo il quale "infatti, è funzione della stessa facoltà scorgere il vero e ciò che è simile al vero [...] La retorica è utile perché la verità e la giustizia sono per natura più forti dei loro contrari [...] Inoltre, se è vergognoso non essere in grado di difendersi con le proprie braccia, sarebbe assurdo se fosse esente da vergogna non saperlo fare per mezzo della parola, il cui uso è più proprio all'uomo di quello delle braccia"<sup>14</sup>.

2.4. La c.d. concezione «classica» della prova è insomma quella tramandata da Cicerone ne I *Topici*, in cui veniva offerta la seguente, a mio modo di vedere ineguagliabile, definizione: "ratio quae rei dubiae faciat fidem"<sup>15</sup>.

Da essa si ricava la struttura intimamente logica della prova, intesa quale ratio, per cui "a) la prova appare soprattutto nel suo aspetto 'logico' di argomentazione, di ratio; b) il suo ambito è quello del dubbio, del probabile, non della evidenza", e la "sua caratteristica più saliente è lo stretto legame della prova col

accezione che avrebbe ispirato le Sezioni Unite 'Franzese' in tema di nesso causale (Cass. pen., SS.UU, 10 luglio 2002, in Cass. pen., 2002, 3643 ss.), sia consentito il rimando a G. Caruso, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione del versante oggettivo del reato*, Torino, 2012, spec. 139 ss.

12 Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 14; dello stesso Autore, cfr. anche Id., voce *Logica del diritto (Teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 13 ss.

13 Cfr. A. Giuliani, voce *Prova*, cit., 533.

14 Cfr. Aristotele, *Retorica*, I, 1, 1355a.

15 Cfr. Cicerone, *Topica*, II, 8, cit. in A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 95.

'giudizio', che è la conseguenza delle implicazioni 'logiche' del concetto classico di prova", a sua volta intimamente connesso con "una teoria del probabile e del normale non formulata in termini oggettivi, statistici (id quod plerumque accidit), ma costruita in relazione al mondo umano e orientata eticamente"<sup>16</sup>. Ecco, nuovamente, emergere l'idea che il probabile debba essere riletto, e corroborato criticamente, alla luce del giudizio, del dubbio, dell'argomentazione, non potendo concepirsi, per converso, quale id quod plerumque accidit, quale probabilità ipostatizzata a certezza, secondo le assunzioni epistemologiche della concezione probatoria moderna<sup>17</sup>.

Con descrizione suggestiva, delineando i caratteri principali della concezione classica, Paolo De Lalla ha affermato che "il fatto era [...] la prova del fatto e la prova del fatto non era che una qualità argomentativa e competitiva dell'individuo il quale nel momento processuale, costitutivo della parte fondamentale dell'esperienza giuridica, appariva e si mostrava nei suoi limiti invalicabili di soggetto in un mondo di soggetti e di valori soggettivi"<sup>18</sup>. È stato posto in evidenza che, come conseguenza tecnicamente rilevante di questa "soluzione di continuità nel rapporto prova-fatto, può riscontrarsi, sul piano strettamente processuale, l'affermazione del principio del contraddittorio nella ricerca e accertamento della questione di fatto"<sup>19</sup>; d'altronde, solo per una superficiale e vie-

16 Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., XIII.

17 Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., XII: "Il contrasto tra il concetto 'classico' e il concetto 'moderno' si manifesta in maniera stridente proprio nella determinazione di ciò che è essenziale, rilevante nella indagine: vi è alla base una opposta analisi del fatto. La concezione classica mette in evidenza il carattere 'selettivo' della conoscenza e 'relativo' del fatto: dominata com'è dal problema dell'errore, cerca di limitare rigidamente il campo d'indagine, rinunciando alla conoscenza del 'fatto' nella sua totalità. La concezione 'moderna' vede invece nell'allargamento del campo d'indagine il mezzo per una migliore conoscenza dei fatti", poiché "la determinazione del fatto appare un'operazione in certo senso tecnica, ed il mondo dei fatti sembra avere una autonomia completa, rendendo possibile l'introduzione di criteri quantitativi, numerici per il loro accertamento".

18 Cfr. P. De Lalla, *La logica delle prove penali*, Napoli 1973, pp. 87 e 88.

19 Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1988, p. 171: "La contraddittorietà rappresenta un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto. La disputa giudiziaria, infatti, si configura fin dalle prime trattazioni retoriche come un metodo d'indagine induttiva, ove la ricerca della verità è affidata alle argomentazioni delle parti, secondo

ta lettura della retorica classica si è potuto ritenere che, nella medesima, il fine emotivo e persuasivo facesse premio su quello euristico, nel senso che la prova retorica sarebbe, in realtà, stata diretta non tanto a dare dimostrazione di un fatto, quanto – piuttosto – a persuadere di alcunché<sup>20</sup>. Infatti, la retorica greca non è stata solo questo, poiché va ricordato come nel mondo dell'antica Grecia non esistesse una concezione della retorica svincolata dalla logica: se ancora nei pre-aristotelici il pensiero retorico è strettamente connesso all'applicazione pratica ed è volto alla mera suggestione emotiva, a partire dallo Stagirita la retorica è concepita come una “branca” della dialettica, attributaria del carattere di *antitrophos*, arte speculare, parallela ed analoga alla dialettica, alla stregua di un discorso logico e rigoroso<sup>21</sup>.

Riassuntivamente, può affermarsi che i caratteri classici della prova intesa quale *argumentum* possono definirsi alla luce delle seguenti caratteristiche: prova è quel *quid* che consente il passaggio logico da qualcosa di noto (indizio) a qualcosa di ignoto (si pensi alla teoria dei segni degli oratori Attici), il quale avviene e si perfeziona concretamente tramite l'argomentazione (“*argumentum*”), a sua volta esplicantesi alla luce del contraddittorio e dell'agonismo processuale dialettico; inoltre, il passaggio dalla prova (*argumentum*) al fatto non è mai necessario, poiché la prova potrà garantire solo un elevato grado di conferma del *factum probandum*, giammai la sua verificabilità assoluta, secondo un'accezione di probabilità tipicamente “classica”.

2.5. E la concezione moderna di prova? Il concetto moderno o, se si vuole, scientifico di prova, come

---

lo schema dialettico della *contradictio tra probationes o confirmationes e confutationes o reprehensiones*”.

20 Per tale lettura della retorica classica, cfr. P. Butti De Lima, *L'inchiesta e la prova. Immagine storiografica, pratica giuridica e retorica nella Grecia classica*, Torino, 1996, p. 47 e ss.: “non si può quindi affermare che l'utilizzazione dei mezzi di prova nella pratica giuridica ateniese avesse quale unico fine quello di permettere la comprensione dei fatti accaduti. Questo fine euristico corrisponde soltanto a una delle rappresentazioni possibili di questi mezzi. Anche se gli oratori lo rendono fine esclusivo o determinante della discussione in tribunale, questo non trova comunque un'esatta corrispondenza nella loro pratica”.

21 Cfr. A. Plebe, *Breve storia della retorica antica*, Bari 1990, 57; vedasi anche A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 21 e ss.; cfr. E. Berti, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, Palermo, 1987, nonché T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962.

induzione, si fa risalire a Jeremy Bentham, secondo il quale la prova è – dal punto di vista logico - “un *fait supposé vrai*, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non existence d'un autre fait”<sup>22</sup>. Nell'economia del presente studio, è sufficiente riflettere sul mutamento di prospettiva e di oggetto della prova, da un lato, mediante il recepimento di una differente accezione, di carattere oggettivo, della probabilità – intesa alla stregua dell'espressione latina *id quod pleremque accidit* -, e, dall'altro, usando le perspicue parole di Giuliani, considerando come la “teoria moderna delle prove legali tende ad assicurare la certezza e la economia della ricerca; il legislatore, mosso da sfiducia nei confronti del giudice, gli ha imposto una logica ufficiale”, un “criterio sul quale il legislatore fonda la sua valutazione [...] di uniformità e di normalità ricavando dall'*id quod plerumque accidit*”<sup>23</sup>. In altri termini, se il valore della prova viene ipostatizzato in termini di assoluta infallibilità, poiché è conforme all'*id quod plerumque accidit* che il fatto ignorato si sia verificato in presenza di un determinato quadro indiziario di riferimento, ne conseguono due relevantissime conseguenze, sia per il legislatore, che per il sistema probatorio nel suo complesso. In primo luogo, le prove legali ‘positive’ costituiscono la cristallizzazione normativa dell'accezione oggettivistica del termine ‘probabilità’, garantendo la ‘verità’ degli enunciati fattuali nei quali si traducono le ipotesi accusatorie; in secondo luogo, una volta che siano stati raccolti gli elementi probatori sufficienti ad integrare detta ‘probabilità oggettiva’, il contributo del contraddittorio dialettico alla ricerca e comunicazione della ‘verità’ del fatto traligna a mera superfetazione processuale del regime probatorio. È il solo pubblico ministero, il solo giudice istruttore, il solo inquisitore-giudice a dover ricercare e rivelare i risultati della ricerca probatoria.

In tal senso, si dà importanza non al procedimento, ma alla materialità della prova: quest'ultima non si identifica più con l'*argumentum* mediante il quale si estrinseca l'attività euristica, ma diviene qualcosa di osservabile ed asseverabile empiricamente, attraverso la metodologia monocorde dell'inquisizione priva di dialettica e contraddittorio. Come suggestivamente rileva Giuliani, diviene “un fatto giuridica-

---

22 Cfr. J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, vol. I, 16

23 A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 235 e ss.

mente rilevante in quanto è la causa di determinati effetti giuridici<sup>24</sup>. Se, sotto l'aspetto processuale, il procedimento di accertamento dal fatto appare, in un certo senso, un'operazione tecnica, da farsi prima del processo, e senza alcuna limitazione ai poteri d'indagine, per quanto concerne il valore della prova vi è una razionalizzazione e "oggettivazione" dell'idea di probabile<sup>25</sup>.

In definitiva, l'eventualità che ad una determinata prova corrisponda un dato fatto viene fissata in relazione ad un'idea "oggettiva" del normale, inteso come ciò che per lo più generalmente avviene, fino ad interessare la corrispondenza univoca tra dato probatorio e fatto, mediante l'identificazione, epistemologicamente scorretta, della probabilità in 'certezza'<sup>26</sup>.

Qual è la conseguenza di tale mutamento d'assetto epistemologico? Scontata appare la risposta: vien meno la necessità un confronto dialettico sul 'segno', poiché la prova è intesa alla stregua di un fatto – esterno al lavoro di ricostruzione in contraddittorio –, dal quale è possibile ricavare conseguenze certe in generale, indipendentemente da qualsiasi sperimentazione dialettica della vicenda probatoria.

Secondo l'accezione classica di 'probabilità', il rapporto che lega la prova al fatto da provare non può invece essere mai necessario.

Ovviamente, assumere che il modello di giudizio accusatorio e dialettico del codice Vassalli abbia recepito la nozione di prova come *argumentum* non significa scetticismo circa la funzione del processo penale e la sua aspirazione alla ricerca, quanto più possibile scrupolosa e meditata, della verità storica del passato. E non significa negare di per sé l'esistenza di una verità storica del passato o una ragionevolezza intrinseca nell'interpretazione delle norme di legge, quanto, piuttosto, acquisire la consapevolezza che

24 Cfr. A. Giuliani, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, XXXVII, p. 570.

25 Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 115-116: "Il concetto medievale di probabilità non ha quasi nessun rapporto con la nozione moderna, che è intesa in termini statistici, oggettivi; la probabilità, allora, appariva legata all'opinione, all'assenso: vi era una certa identificazione tra il probabile e il contingente. Il pensiero medievale non solo riconosceva che un vasto campo della conoscenza è probabile nel senso che sfugge ad una determinazione scientifica, ma si impegnò nella ricerca dei limiti e delle tecniche della *ratio probabilis*".

26 Cfr. A. Giuliani, op. ult. cit., p. 234: "La probabilità su cui si basa la valutazione della prova è un dato per conseguire la verità reale; vi è insomma il tentativo spregiudicato di superare i limiti di una verità probabile: la ricostruzione del fatto incomincia ad apparire qualcosa di esterno, di tecnico, di oggettivo nella ricerca".

l'accesso alla 'verità del passato' è lastricato di insidie gnoseologiche, e che, di conseguenza, esige tanto la prudenza forense dell'avvocato, quanto l'umiltà epistemologica nel giudice<sup>27</sup>.

### 3. DALL'ARTE PERSUASIVA DELL'AVVOCATO ALL'UMILTÀ EPISTEMOLOGICA DEL GIUDICE

3.1. L'avvocato esercita una funzione che, al contempo e senza contraddizione, gli appartiene e lo trascende: gli appartiene sul piano intimamente personale, quale espressione della sapienza giuridica e della prudenza forense del singolo professionista; e tuttavia lo trascende, sul piano strutturale della funzione difensiva che egli è chiamato a dispiegare ai sensi dell'art. 24, co. 2 Cost. ('La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento'). Lo stesso gesto dell'indossare toga e facciola nelle aule d'udienza, lungi dal costituire un traluzio retaggio 'codino' di stampo scenico, esprime il senso profondo della funzione laicamente 'sacra' della difesa, nel senso che non rileva chi sia – Tizio, Caio o Sempronio – il difensore in carne ed ossa, ma la fondamentale funzione rituale che svolge. Allo stesso tempo, però, il difensore porta con sé, avvalendosi inevitabilmente, la propria personale scienza ed esperienza professionale al servizio dell'assistito.

Inoltre, se la 'prova' è intesa al modo dell'*argumentum*, si comprende come l'accostamento dell'avvocato al giudice non possa che informarsi all'arte della persuasione.

Può affermarsi, da tale angolazione, che il compito principale del difensore nei confronti del giudice consista proprio in quello persuasivo, vuoi che si tratti di conseguire un'assoluzione nel merito, vuoi che si intenda accedere a rimedi deflattivi o di giustizia riparativa ovvero di conseguire un trattamento sanzionatorio ricomposto in termini di equità.

27 Così come, d'altra parte, la retorica classica non equivaleva certo alla c.d. *eristica*, posto che la prima sarebbe stata "eticamente orientata", collocata "nella atmosfera di alcuni valori ed ideali accettati dalla cultura greca, al di fuori dei quali sarebbe inconcepibile: [...] il carattere competitivo, contraddittorio della discussione, che fu ad un tempo il riflesso del carattere 'giudiziario' delle prime tecniche dell'eloquenza, e di una concezione agonistica della vita, propria dell'uomo greco; [...] l'uguaglianza nella parola, che presuppone il discorso fra uomini eguali e liberi; [...] una tavola di valori come il giusto, il buono, l'utile, i quali daranno in definitiva vita ai tre tipi della retorica: giudiziale, epidittica e deliberativa" (così A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 9).

Non intendo soffermarmi in sé sulla retorica, sull'eloquenza e sull'arte dell'ottenere ragione, sulle quali gli studi di filosofia del diritto e di retorica forse non si contano<sup>28</sup>. Ai presenti fini, sia sufficiente sottolineare come la stessa efficacia dell'agire dell'avvocato nel processo, lungi dal dipendere dal callido gioco oratorio di professionisti 'parolieri', affondi le radici nei rapporti tra verità e giustizia, deontologia e tecnica, tra dover essere ed essere dell'avvocato.

Persuadere non significa, nemmeno sul piano della radice etimologica, convincere<sup>29</sup>.

La persuasione costituisce un complesso fenomeno psicologico mediante il quale un soggetto («persuasore») tende a influenzare, senza alcuna coercizione, l'opinione o il comportamento di un altro soggetto («persuadendo»). Nei rapporti tra avvocato e giudice penale la stessa si alimenta sia di contenuti dialettici che maturano diacronicamente nel corso del processo, e per lo più riconducibili alla tecnica del rito penale<sup>30</sup>; sia di condizioni - lato sensu

28 Sul punto, anche per gli ulteriori rimandi bibliografici, cfr. Aa.Vv., *Retorica, processo, verità*, in F. Cavalla (a cura di), Padova, 2005, *passim*; nonché P. Moro, M. Manzin (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010, XV, 1-280.

29 Cfr., molto efficacemente, A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative ed oratorie*, Milano, 2009<sup>4</sup>, 265, nonché G. Tibaldi, in A. Traversi (a cura di), *Psicologia della persuasione*, in *Arte della persuasione e processo*, Milano, 1998, 39, ove si sottolinea come il «persuadere» è cosa ben diversa dal «convincere», secondo quanto desumibile dal significato profondo e originario dei lemmi: mentre nel «convincere» c'è il «vincere», dall'antica radice «weik» che significa combattere, col connesso senso della lotta, e le conseguenze della vittoria e della sconfitta, il «persuadere» sottende, invece, il «suadere», cioè il consigliare, termine quest'ultimo che, secondo alcuni etimologi, deriverebbe dall'antico indiano «svadati», che vuol dire «dolcezza».

30 Per una efficace tessitura delle simmetrie dialettiche tra sentenza di primo grado e impugnazioni, nonché per l'acuto rilievo circa la struttura dialettica dei lavori nella stessa camera di consiglio collegiale, cfr. E. Fragasso, *Appunti sparsi sull'inammissibilità delle impugnazioni*, in Arch. Pen., 2018, n. 1, 7: «Anche i motivi della parte impugnante [...] devono rispettare il principio del contraddittorio che, in primo luogo, si manifesta nella formazione (comune) della prova, ma che non si esaurisce in questa sola attività processuale. Il contraddittorio si estende, infatti, alla discussione, alla deliberazione – nella quale ciascun giudice prima enuncia le ragioni della propria opinione e poi esprime il voto su ciascuna questione, giusta l'art. 527, 2. c.p.p., realizzando un contraddittorio 'interno' e segreto – per culminare, infine, nella motivazione della sentenza, cadenzata dalla doverosa *explanatio* delle ragioni giustificative della valutazione di non attendibilità delle prove contrarie alla decisione. Con la conseguenza che pure l'impugnante dovrà, a sua volta, predisporre l'enunciazione precisa sia delle ragioni

- deontologiche, rivenienti in primo luogo dall'etica professionale dell'avvocato<sup>31</sup>.

3.2. Per quanto concerne il giudice, è certo essenziale la considerazione dei profili ordinamentali, in forza dei quali, ex art. 101 Cost., 'I giudici sono soggetti soltanto alla legge'; mentre all'avvocato compete, ex art. 24, co. 2 Cost., assistere l'imputato nell'esercizio del diritto di difesa.

Ma oltre tale basilare ingrediente formale-relazionale, la sostanza del rapporto risente di alcune premesse epistemiche, in forza delle quali avvocato e giudice interagiscono reciprocamente nel 'collaudare' le ipotesi d'accusa, quale che sia il frangente processuale di riferimento (dall'indicente cautelare al dibattimento, dal singolo rito alternativo alle diverse procedure che informano sempre più, negli ultimi anni, gli istituti della giustizia conciliativa o riparativa). Essi devono, o dovrebbero, 'cercarsi' e 'incontrarsi'.

La necessità dell'incontro, prima di ogni considerazione in ordine alle specifiche modalità dello stesso, risente di una lunga e talvolta storicamente tormentata tradizione di pensiero in ordine ai rapporti tra Giustizia, Verità e metodi di accostamento alla stessa. Se il giudice potesse attingere la 'verità' storica del processo, la 'verità' giuridica delle premesse del ragionamento che lo conduce alla decisione, la 'verità' e l'esattezza aritmetiche delle conseguenze sanzionatorie da applicare sulla persona del reo, il processo penale, e il rapporto tra le parti dello stesso, degraderebbe a mera fictio scenica, quasi un ordalico tributo che, per parafrasare la nozione di 'ipocrisia' secondo François De La Rochefoucauld, il 'vizio' (del condannare) paga alla 'virtù' (delle forme processuali). In tale evenienza, il giudice diverrebbe un 'solitario' ricercatore del vero, un 'anacoreta' chiuso nella propria camera di consiglio, insensibile all'ascolto di voci diverse da quelle interiori. Ogni ausilio dialettico di fonte estrinseca si tradurrebbe quasi in un fatto-

contrarie a quelle che sorreggono la decisione, sia delle ragioni favorevoli alle richieste dell'atto di impugnazione».

31 Cfr., ancora, A. Traversi, *La difesa penale*, cit., spec. 270 ss., in cui tematizza, quali condizioni imprescindibili o elementi essenziali della persuasione la (a) cooperazione del giudice, (b) la forma retorica dell'arringa e, soprattutto, (c) la credibilità del difensore, requisito che si riferirebbe "non tanto al pubblico ministero che, essendo portatore di un interesse pubblicitario alla corretta applicazione della legge, non ha, in linea di principio, alcuna necessità di fornire un'immagine di se stesso eticamente rassicurante", quanto alla figura del difensore.



re di disturbo della sua 'apollinea' capacità di visione.

Ma il rapporto tra avvocato e giudice non può certo così inaridirsi, al punto da privarsi di uno tra i suoi principali ingredienti, che si radica, a mio giudizio, nell'umiltà epistemologica del giudice, nutrita da ragioni sapienziali di fondo che giustificano, quando non impongono, tale caratteristica relazionale.

Il termine principale, e più ricorrente, col quale nella Grecia antica era nominata la giustizia era infatti *dike*<sup>32</sup>. La parola deriva dal greco *deiknymi*, che significa 'indicare', 'mostrare', 'far vedere', corrispondendo perciò all'atto mediante il quale si indica qualcosa, si fa vedere ciò che altrimenti resterebbe nascosto. La *dike* coincide dunque con un mostrare, con un rendere visibile, sottraendo all'occultamento qualcosa che è comunque presente, anche se invisibile. In tale prospettiva, già nella sua radice etimologica, *dike* è strettamente imparentata a quella nozione di verità rinvenibile in *a-letheia*, o 'disvelamento': come questa, "anche *dike* presuppone che sussista una relazione tra un ambito nascosto – di cui dice *lethe* – e il 'mondo', nel quale essa non si è ancora mostrata"<sup>33</sup>. D'altra parte, implicita nell'accezione arcaica della giustizia in quanto *dike* riposa la convinzione che essa non appartenga originariamente al nostro mondo, ma che "possa farvi episodicamente la sua comparsa, pur continuando ad appartenere a una dimensione 'altra' rispetto a quella mondana"<sup>34</sup>. E il diritto? In che rapporti, secondo la tradizione arcaica, si poneva con la giustizia? Ancora le riflessioni di Umberto Curi sono preziose, quasi insuperabili: "Del tutto diverso, rispetto al significato generalmente attribuito al termine *dike*, è quello che nel mondo greco viene assegnato ai termini usati per indicare il diritto, o la legge, che del diritto rappresenta al tempo stesso il fondamento e l'espressione più compiuta [...] Fin dagli incunaboli della tradizione culturale dell'Occidente, fra questi due concetti – diritto e giustizia, n.d.r. – non si dà identità, ma radicale e irriducibile differenza. Si può anzi affermare che l'esistenza stessa del diritto è una prova dell'inesistenza della giustizia, della sua assenza dall'orizzonte dei rapporti umani. Non avremmo bisogno di diritto se vi fosse giustizia"<sup>35</sup>. Tanto da potersi affermare che, storica-

32 Sul punto, cfr. le bellissime pagine di U. Curi, *Diritto e Giustizia (dike e nomos)*, in Aa.Vv., *La bilancia e il labirinto. Istruttorie e processi esemplari*, Padova 2000, 183 ss.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 Così U. Curi, op. cit., 187.

mente e concettualmente, il diritto nasca proprio da tale 'scarto' e cioè dell'impossibilità di una totale immanenza della giustizia nel diritto.

Di qui, una prima fondamentale giustificazione dell'umiltà nella comune tensione a sintonizzare, avvocato e giudice, diritto e giustizia: avvocato e giudice hanno il compito, comune, di rendere quanto più 'visibile', nel loro operato, *deiknymi*, l'approssimazione del diritto applicato alla giustizia comunitaria<sup>36</sup>.

Modernamente, l'umiltà epistemologica si giustifica considerando la struttura solo probabilistica, mai 'vera', dell'accertamento guadagnato attraverso il ragionamento giudiziario. Secondo il magistrale insegnamento di Luigi Ferrajoli<sup>37</sup>, l'impossibilità di formulare un sicuro criterio di verità delle tesi giudiziarie deriva dalla circostanza che la verità «certa», o «oggettiva» o «assoluta» rappresenta sempre un «limite ideale»<sup>38</sup> mai pienamente attingibile. L'idea contraria, che si possa cioè raggiungere ed asserire oggettivamente e

36 Quante volte, all'esito di un processo sfociato in una assoluzione magari clamorosa, soprattutto nei processi a vittimologia diffusa, si sente parlare di 'fallimento' della giustizia; o quante volte, di fonte a condanne a pene 'esemplari' (cioè barbare, in quanto la pena non deve mai essere esemplare, semmai giusta, equa), si sente sonoramente affermare che 'Giustizia è stata fatta'? Tale 'volgare' mistificazione occulta proprio l'incapacità critica, e civile, di comprendere come, al di là delle sofferenze individuali che i più gravi fatti di cronaca giudiziaria arrecano, un modo di rendere giustizia, forse non il meno irrilevante, è proprio la sentenza di assoluzione dell'innocente, o del presunto non colpevole.

37 Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2004<sup>6</sup>, spec. 23 ss., 38 ss., il quale richiama, quale prototipo della c.d. verità processuale, l'accezione semantica della verità come corrispondenza secondo Alfred Tarsky, che ha offerto una stipulazione generale di utilizzo del termine 'vero', cfr. A. Tarsky, *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, 1944, tr. it. di A. Meotti, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. Linsky (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, 27-68. L'idea di Tarsky, a prescindere dall'apparente semplicità della sua formulazione, è che per parlare della verità di una proposizione formulata in un dato linguaggio occorre disporre di un meta-linguaggio semantico, più ricco del primo, nel quale si possa al tempo stesso parlare della proposizione, del fatto cui essa si riferisce e del rapporto di corrispondenza tra le due cose. L'esempio che riporta L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 21 è quello della proposizione 'La Neve è Bianca', la quale è vera se, e solo se, si assume nel meta-linguaggio che effettivamente la neve sia bianca. Tuttavia, la definizione tarskiana non s'impegna nella dimostrazione 'metafisica' della verità del fatto che la neve sia effettivamente bianca, e cioè sull'esistenza ontologica del dato di realtà cromatico. Non è una definizione reale, ma una definizione nominale.

38 Cfr. K. Popper, *Congetture e confutazioni*, tr. it. di G. Pancaldi, Bologna, 1977, 10, ove si descrive la 'verità come 'idea regolativa'.

assolutamente una verità certa è espressione di un'ingenuità epistemologica, che le dottrine giuridiche illuministiche del giudizio come applicazione meccanica della legge hanno veicolato prima del secolo scorso.

Ciò vale non solo per la c.d. verità storica e giuridico-classificatoria in cui si traduce il giudizio penale, ma già per le stesse teorie scientifiche. La verità di una teoria scientifica è sempre una verità non definitiva, solo contingente, non assoluta, ma relativa allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla. Con la conseguenza che, quando si 'afferma' la verità di una o più proposizioni, la sola cosa che si dice è che queste sono plausibilmente vere per quanto ne sappiamo, ossia rispetto all'insieme delle conoscenze confermate che possediamo<sup>39</sup>. Tutto ciò, ovviamente, vale a fortiori per la verità processuale, la quale, oltretutto, rispetto alla verità scientifica presenta almeno due ulteriori limiti che ne allontanano le caratteristiche rispetto alla verità c.d. oggettiva: la speciale natura dei riferimenti empirici sia delle proposizioni fattuali che delle proposizioni giuridiche che compongono i discorsi giudiziari, come verità storica non direttamente esperibile dal giudice<sup>40</sup>; come verità 'classificatoria' che si nutre di riferimenti al glossario normativo che innerva la tipicità dei fatti di reato<sup>41</sup>. Quanto alla prima, si può affermare che la verità processuale fattuale, al pari della verità storica, anziché essere predicabile con riferimento diretto al fatto giudicato, costituisce l'esito di una illazione dei fatti «provati» del passato dai fatti «probatori» del presente. Costituisce, insomma, l'esito di un'inferenza induttiva, non deduttiva e, come tutte le inferenze induttive, in quella giudiziaria la conclusione ha soltanto il valore di un'ipotesi probabilistica in ordine alla connessione causale tra il fatto assunto come provato e l'insieme di fatti adottati come probatori, tanto che la sua 'verità' non è mai dimostrata come logicamente conseguente dalle premesse, ma solo provata come verosimile, dalla regola civilistica del 'più probabile che no' a quella penalistica della formula BARD, in accordo con uno o più principi di induzione<sup>42</sup>: uno stesso insieme di osservazioni può

39 Cfr. L. Ferrajoli, loc. ult. cit. Per esprimere la relatività della verità di volta in volta raggiunta, si può usare la nozione suggerita da Karl Popper di «approssimazione», o di «accostamento» o di «avvicinamento» alla verità oggettiva (cfr. K. Popper, *Congetture e confutazioni*, cit., 400 ss.).

40 Cfr. L. Ferrajoli, op. cit., 25.

41 *Ibidem*.

42 Conferma ne sia che uno stesso insieme di informazioni e osservazioni o di dati storiografici ammette assai spesso spiegazioni alternative. Sul collegamento dei metodi-abduttivo-

spiegarsi con 'ipotesi' anche tra loro alternative. Osserva Alessandro Traversi, soffermandosi sulla scelta finale del giudice tra le diverse ipotesi prospettate dal difensore: nel processo penale, "il giudice [...] deve prima effettuare [...] una ricognizione di tutte le possibili opzioni (e, cioè, di quelle suggerite dalle parti e da lui stesso eventualmente individuate); in un secondo momento, dopo averle valutate una per una, deve procedere per eliminazione fino a quando ne rimanga una dominante; dopodiché, prima di decidere, dovrebbe compiere un'ultima verifica, non più comparativa, bensì assoluta, della effettiva correttezza della scelta effettuata"; per poi chiudere: "Tale essendo la «dinamica della decisione», risulta spesso molto più efficace una difesa volta a prospettare una verità compatibile con quella sostenuta dall'accusa (ma idonea, in quanto basata semplicemente su una diversa chiave di lettura degli elementi di prova acquisiti, ad offrire la giudice una opzione meritevole di essere valutata comparativamente con quella proposta dal pubblico ministero), anziché una difesa tendente ad introdurre suggestive, ma del tutto ipotetiche realtà fattuali che non offrono possibilità alcuna di essere, non solo recepite, ma neppure prese in seria considerazione nel procedimento decisionale"<sup>43</sup>.

*Giovanni Caruso, professore Ordinario di Diritto Penale dell'Università degli Studi di Padova, in servizio dal 1° dicembre 2016.*

*Già Professore Associato di Diritto Penale dell'Università degli Studi di Padova, in servizio dal 1° ottobre 2014. Ricercatore nel settore disciplinare IUS 17 (Diritto Penale) dal 1° ottobre 2005, con conferma in ruolo dall'anno 2009.*

*È Membro del Collegio dei Docenti della Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova ed è Titolare responsabile dell'Area di Diritto Penale e Procedura Penale della Scuola Forense di Padova. Membro dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP)."*

giovanni.caruso@unipd.it

deduttivo e osservativo nel procedimento penale, efficacissime sono le pagine di F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, spec. 119 ss.

43 Così A. Traversi, *La difesa penale*, cit., 281-282, corsivi aggiunti.