

## QUESITI

---

**MARIANO MENNA**

### **Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale**

Il contributo sviluppa un'analisi a largo raggio in ordine ai criteri attraverso i quali il giudice dibattimentale, nel processo penale, valuta deduttivamente le argomentazioni probatorie sviluppate dai "contendenti". Si tratta della "epistemologia giudiziaria", della "logica" dello *ius dicere*, che deve essere informata al principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", che segna, *ex se*, la differenza tra "verità reale" e "verità processuale".

*The probabilistic reasoning of the contenders and not of the criminal judge*

*The paper develops a wide-ranging analysis of the criteria by which the trial judge, in the criminal trial, evaluates deductively the probatory arguments developed by the "litigants". This is the "judicial epistemology", the "logic" of *ius dicere*, which must be based on the principle of "beyond reasonable doubt", which marks, *ex se*, the difference between "real truth" and "procedural truth".*

**SOMMARIO:** 1. Il carattere probabilistico dell'argomentazione come appannaggio della precritica dei contendenti - formativa delle massime d'esperienza - e non della critica del giudice dibattimentale. - 2. La disponibilità in capo ai contendenti del giudizio probabilistico sulle prassi valutative ed il *self-restraint* logico-formale del giudice dibattimentale in relazione al sindacato di diritto. - 3. La prevedibilità della decisione da parte dell'imputato come attuazione dello scopo del processo di tutela dell'innocente. - 4. Il concetto di "evidenza ricostruttiva" come base del controllo falsificazionista del giudice. - 5. Il governo delle incertezze assiologiche determinate dall'adeguamento al fatto concreto al fine di formare le "evidenze ricostruttive" mediante il sistema *de iure condendo* dei "protocolli" e della fissazione dei fatti in prospettiva politico-giurisdizionale.

1. *Il carattere probabilistico dell'argomentazione come appannaggio della precritica dei contendenti - formativa delle massime d'esperienza - e non della critica del giudice dibattimentale.* Alla fiducia illuministica nella possibilità di informare l'attività di giudizio del giudice allo schema sillogistico, da tempo è subentrata l'idea che l'organo giurisdizionale possa utilizzare quello strumento logico solamente come schema di ragionamento e non anche come mezzo per ottenere la verità delle affermazioni decisorie<sup>1</sup>. L'obiettivo di rendere corretto il giudizio competerebbe ad un modulo di razionalità di tipo giustificativo che secondo l'opinione oggi più in voga non fonda su un'attività deduttiva dall'andamento assolutamente certo perché consterebbe anche di giudizi di valore e, comunque, di inferenze attraverso le quali passando da un

---

<sup>1</sup> In proposito, cfr., per tutti, CECCHI, *Il sillogismo giudiziale: "quel che resta, quel che se ne va"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 1525 ss.

termine all'altro del ragionamento si aggiungerebbe qualcosa in modo da escludere che nelle premesse fossero implicite le conclusioni dell'argomentazione a differenza di quanto sia dato riscontrare sul piano della logica formale<sup>2</sup>.

Si ritiene che solo eccezionalmente l'uso del sillogismo si associ ad un ragionamento che conduca alla verità dei contenuti decisori e ciò accadrebbe nelle rare ipotesi in cui le premesse del ragionamento fondino su evidenze e la decisione si possa ottenere senza il dovere di procedere secondo tappe obbligate che comportino, al di là dell'impiego di sillogismi semplici, giudizi di valore e comunque probabilistici che rendano complesso e perciò almeno in parte opinabile il percorso elaborativo della delibera<sup>3</sup>.

Nella segnalata ottica, si reputa che solo la cosiddetta "giustificazione interna" dell'argomentazione tipo - che dalla premessa attraverso la regola inferenziale conduce alla conclusione - possa palesare un andamento necessario ed ispirato alla logica formale, mentre il lato debole della ricostruzione in termini sillogistici del giudizio dell'organo giudicante starebbe nella "giustificazione esterna", ossia nel modo di porre le premesse del ragionamento<sup>4</sup>. Per ricostruire queste ultime, infatti, nella maggior parte dei casi bisognerebbe abbandonare il terreno della logica formale e scendere sul piano dell'incedere argomentativo di tipo probabilistico e fondato su scelte di valore. Al rigore logistico si sostituirebbero i "topoi" ed un'argomentazione che tutt'al più può persuadere, ma non dimostrare rigorosamente le conclusioni del ragionamen-

---

<sup>2</sup> A tal riguardo, per esempio, GIANFORMAGGIO afferma che "la giustificazione è un ragionamento, una struttura complessa che si snoda in vari passaggi e si situa su diversi livelli" (*Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 136). Nella stessa direzione, con riferimento all'esistenza di "sub-argomenti" del ragionamento complessivo che si traduce nella motivazione della sentenza, cfr. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 253.

<sup>3</sup> In tale prospettiva ci si colloca in CECCHI, *Il sillogismo giudiziale: "quel che resta, quel che se ne va"*, cit. *loc. cit.*, 1526.

<sup>4</sup> In merito DI GIOVINE afferma che "l'ideale di matrice illuministica del giudice come 'bocca della legge' [...] presuppone che il procedimento decisionale possa essere configurato come concatenazione di sillogismi con struttura deduttiva, che attribuirebbero al ragionamento giudiziale una struttura dimostrativa piuttosto che argomentativa, e si muoverebbe secondo una logica formale, piuttosto che secondo una logica 'dei motivi' e 'delle ragioni' [...]. Come in tutte le inferenze induttive, il contenuto informativo della conclusione non è interamente compreso nelle premesse, ma contiene un *quid plus* rispetto ad esse: il che, di certo, non assicura la certezza assoluta della decisione. [...] L'idea dell'interpretazione giudiziaria in chiave di sillogismo (l'*utopia* deduttiva) è offuscata dai meccanismi di formazione delle sue premesse, maggiore e minore. Essa crolla al cedere dei postulati positivistic, travolgendo altresì la pretesa della tanto agognata certezza. Il ragionamento giudiziario, in quanto forma di ragion pratica, non si lascia rappresentare sotto forma di mera inferenza, potendo essere piuttosto ricondotto al paradigma della *giustificazione*" (*L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 6-7, 19, 67-68).

to<sup>5</sup>.

Anche a voler scomporre i passaggi che conducano all'affermazione decisoria finale in più argomentazioni tutte fondate sulla doppia premessa – maggiore e minore – che conduce alla conclusione dei singoli ragionamenti, si reputa che l'andamento del pensiero del giudice non possa essere quello della inconfutabilità logica, bensì tutt'al più quello della "accettabilità razionale"<sup>6</sup>.

Quindi, se si ripudia il sillogismo unico a base della decisione, non si ammette che la catena di sillogismi – che in ipotesi precedessero quello finale di deduzione del dispositivo dalla premessa in diritto e da quella in fatto e che si snodassero lungo l'*iter* probatorio e poi deliberativo del processo – vada oltre la sussistenza di una serie di argomenti che, pur avendo lo schema del sillogismo, constano di inferenze opinabili e non logicamente inconfutabili.

Ebbene, siffatto modo di intendere il giudizio è discutibile sotto diverse angolazioni.

In primo luogo, è dato constatare che tutte le prospettive segnalate di attacco alla visione logico-formale dell'attività dell'organo giudicante – e qui si intende quello dibattimentale – riconducono al solo giudice l'*iter* argomentativo che in relazione allo snodarsi degli argomenti si compone della giustificazione interna e di quella esterna. Così facendo si assegna all'autorità giurisdizionale il compito di effettuare l'argomentazione esterna che conduce alla fissazione delle premesse dei vari schemi sillogistici e nell'ambito di siffatta dimensione è naturale che il giudice – e qui ci si riferisce (lo si ribadisce) a quello dibattimentale – divenga protagonista non solo di inferenze logico-formali (nel momento delle varie giustificazioni interne) bensì anche di ragionamenti probabilistici che attingono pure alla dimensione volontaristica e di valore.

Se, però, si guarda al nostro sistema processuale in concreto, esistono diverse ragioni per ritenere che negli stadi che precedono il momento deliberativo finale e, cioè, nel corso dei procedimenti accertativi e, poi, in quelli eristici di discussione del materiale rinvenuto i veri protagonisti dei giudizi probabilistici e di valore sono le parti.

---

<sup>5</sup> In tal senso, tra gli altri, PERELMAN -OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* 1958, trad. it. a cura di SCHICK - MAYER, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1989, *passim*.

<sup>6</sup> In proposito, PERELMAN-OLBRECHTS-TYTECA affermano che "in una dimostrazione tutto è dato, sia che si tratti di un sistema ipotetico-deduttivo sia che gli assiomi siano forniti dall'intuizione razionale o sensibile. Nell'argomentazione, invece, le premesse sono labili. Col procedere dell'argomentazione, esse possono arricchirsi; ma sono per altro sempre precarie e l'intensità con cui vi si aderisce viene modificata" [*Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, (trad. it.) *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, cit., 515].

Se scomponiamo le classiche argomentazioni che investono anche l'attività inventiva (prima di quella deliberativa finale) in una premessa minore - che è il dato concreto rinvenuto attraverso l'ascolto della realtà esterna - in una premessa maggiore - che è costituita dalla regola inferenziale, ossia dalla legge che permette di trarre le conseguenze dalla posizione della premessa minore - e, infine, nella conclusione del ragionamento - che logicamente si può dedurre dalle premesse anche secondo i fautori delle prospettive che qui si criticano - si capisce che il dato concreto del mondo esterno è preferenzialmente ottenuto mediante un'attività di parte (tanto che, per esempio, le affermazioni dei testi si acquisiscono soprattutto perché c'è una parte che introduce il teste e gli pone le domande a cui seguono le risposte) e che anche la premessa maggiore, ossia la regola inferenziale, si rinviene ad opera dei contendenti.

In altra sede si è dimostrato che il dominio che palesa la parte sul procedimento probatorio - dal momento dell'introduzione della fonte di prova fino all'estrapolazione dell'elemento frutto di acquisizione - in vista di un fine argomentativo che guida non solo la richiesta di prova ma anche l'acquisizione, conduce alla fissazione di una massima d'esperienza da parte dello stesso contendente, *recte* dei contendenti che si confrontano durante l'attività acquisitiva<sup>7</sup>. Questi, nel proporre l'argomento da convalidare mediante l'attività inventiva, alla fine fissano un risultato conoscitivo che è smentito oppure è confermato dall'atto acquisitivo e che comunque è in linea con la regola inferenziale proposta da loro per operare la conferma o la smentita. A questa dinamica è estraneo l'intervento valutativo del giudice dibattimentale. Quest'ultimo, se *a posteriori* volesse applicare una massima d'esperienza da lui autonomamente prescelta all'elemento probatorio frutto di acquisizione, nella maggior parte dei casi si scontrerebbe con la massima d'esperienza proposta ed applicata dai contendenti nel corso dell'acquisizione per cui, in relazione alla congerie di prove elaborate sotto il dominio delle parti, alla fine otterrebbe un quadro di argomenti contrastanti - in parte espressi dal contraddittorio ed in parte scelti dal giudice - che renderebbero l'interpretazione del materiale decisorio molto spesso incoerente e contraddittoria. Da ciò conseguirebbe quasi sempre l'impossibilità di pervenire ad una condanna e questa situazione non può essere l'obiettivo del sistema<sup>8</sup>. Allora, se il giudice volesse rendere operativa una massima d'esperienza diversa da quella filtrata dal procedimento probatorio guidato dai contendenti - in relazione ad un

<sup>7</sup> MENNA, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, *passim*.

<sup>8</sup> MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, *passim*.

suo ipotetico dubbio - dovrebbe comunque riattivare il contraddittorio ed il dominio delle parti sui risultati conoscitivi da lui ipotizzati come possibili<sup>9</sup>. Siffatta ricostruzione della fissazione della premessa maggiore degli argomenti probatori non è messa in crisi dai poteri ufficiosi di ammissione di prove e di intervento nel corso della raccolta del materiale decisorio. In effetti, le situazioni in questione non possono essere messe sullo stesso piano di quelle che fanno capo alle parti perché altrimenti fin dall'inizio dell'istruzione sarebbe indifferente l'attivazione dei poteri ufficiosi in alternativa a quelli dei contendenti e, invece, soprattutto nelle fattispecie ufficiose di cui agli artt. 506 e 507 c.p.p. l'innesto dell'attività del giudice nelle sequenze inventive è inserito in una dimensione di decisività che si pone in un momento successivo all'intervento dei contraddittori. Questo significa che l'indirizzo delle inferenze ricavabili dalle ammissioni e dagli interventi d'ufficio in sede acquisitiva è fornito dalle parti con tutta la attività accertativa dalle medesime sollecitata in precedenza e con tutto il suo portato di volontarismo, di scelte di valore e di probabilismo da cui evidentemente l'organo giudicante non può discostarsi per non tradire il dominio dei contendenti sugli esiti dell'attività ricostruttiva<sup>10</sup>. Si può, allora, affermare che la fissazione delle premesse minori e di quelle maggiori anche nelle fattispecie ufficiose - ed il ragionamento articolato in relazione agli artt. 506 e 507 c.p.p. può essere esteso in via analogica ed in un'ottica di sistema a tutte le altre situazioni di intervento d'ufficio in materia probatoria - è riannodabile implicitamente alla volontà delle parti nel senso che gli esiti ricostruttivi nelle situazioni in esame, anche quando smentiscono i fini argomentativi dei contendenti, sono regolati e resi operativi nel loro contenuto probabilistico dalle massime d'esperienza volute dalle parti, che assieme al contenuto delle premesse minori continuano ad essere dominate, sia pure implicitamente, dalle intenzioni dei contendenti. Questo significa che gli interventi ufficiosi dell'organo giudicante, per la loro dimensione limitata alla decisività, possono ridursi esclusivamente ad un'attività in grado di falsificare in negativo le conclusioni istruttorie già rag-

<sup>9</sup> MENNA, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, cit., loc. cit., *passim*.

<sup>10</sup> Sulla dinamica del rapporto tra giudice e parti in relazione ai poteri istruttori ufficiosi del giudice dibattimentale, cfr., tra gli altri: MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 929 ss.; KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XV, 1997, 1 ss.; BIANCHI, *L'ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell'attività argomentativa delle parti*, Milano, 2001, *passim*; ALBANO, *I poteri istruttori del giudice penale*, Padova, 2003, *passim*; BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, *passim*; FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDO, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, *passim*; ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012.

giunte in precedenza e non a fondare in positivo, con il conseguente bagaglio di volontarismo, di scelte di valore e di probabilismo, nuovi esiti ricostruttivi<sup>11</sup>. La fissazione delle premesse maggiore e minore degli argomenti da parte dei contendenti vale sia per il giudizio in fatto che per quello di diritto.

*2. La disponibilità in capo ai contendenti del giudizio probabilistico sulle prassi valutative ed il self restraint logico-formale del giudice dibattimentale in relazione al sindacato di diritto.* Nelle considerazioni che precedono è la dimostrazione dell'accennato dominio dei contendenti sulle due suindicate premesse per ciò che concerne il giudizio di fatto.

Quanto al sindacato di diritto, bisogna distinguere le situazioni in cui i limiti tipici delle norme non lasciano margine a più di un'interpretazione in relazione al fatto concreto da sussumere nella fattispecie astratta, dalle eventualità in cui sussistano dubbi. Nella prima dimensione non esiste una situazione aliena dalla prospettiva di logica formale, che renda opinabile la giustificazione esterna delle premesse degli argomenti impiegati per qualificare giuridicamente il fatto.

Nelle altre eventualità di dubbi interpretativi, le armi solite del ragionamento ermeneutico che si riconducono al tenore linguistico, all'analisi della genesi storica della volontà normativa ed ai collegamenti sistematici<sup>12</sup> potrebbero consentire di formare le premesse finali dell'interpretazione filtrante nella decisione in termini di inconfutabilità logica dei loro contenuti, per cui la qualificazione giuridica del fatto sarebbe aliena da probabilismi, da opinabili scelte di valore non coperte in modo tassativo dalle regole scritte e da volontarismi non giustificabili in termini di necessità.

Quando ciò non è possibile, la ricerca di un'interpretazione evolutiva passa necessariamente per l'individuazione dell'impatto della ipotesi interpretativa che volesse abbracciarsi, sull'ordine sociale<sup>13</sup> e per stabilire ciò bisogna necessariamente confrontarsi con le aspettative sociali relative alla soluzione da dare al caso concreto. Questo significa accertare le prassi valutative.

---

<sup>11</sup> Circa questa conclusione interpretativa in merito ai poteri ufficiosi del giudice dibattimentale cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, *passim*.

<sup>12</sup> Questi tre criteri - prescindendo dall'impatto che una determinata versione ermeneutica avrebbe sull'ordine sociale e sulle aspettative dei consociati - si rinvencono in ALEXY, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enc. delle scienze sociali*, 1996, 1 ss. Sui parametri comunemente considerati per una corretta interpretazione cfr., più di recente, tra gli altri: MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012, *passim*; POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino, 2019, *passim*.

<sup>13</sup> Su quest'ulteriore criterio per l'analisi interpretativa vedi ALEXY, voce *Interpretazione giuridica*, cit., *loc. cit.*, 1 ss.

In siffatto sforzo si passa dal versante della lettura delle evidenze normative nei testi delle regole scritte a quello fattuale dei modi correnti di interpretazione delle norme.

Subentra, così, nuovamente un giudizio di fatto sulle prassi valutative per il quale il sistema richiede l'instaurazione di un contraddittorio dal tenore identico a quello di cui sopra si è discusso a proposito della ricostruzione del fatto storico da sussumere nella fattispecie astratta<sup>14</sup>.

Sulla scia di quanto concordemente, sul punto, stabilisce la Corte europea dei diritti dell'uomo si deve riavviare la dialettica sulla qualificazione giuridica dell'episodio controverso<sup>15</sup>; e ciò con le garanzie del tipico giudizio di fatto che nel nostro sistema, come si è detto, passa per il dominio dei contendenti sulla prova e sulla fissazione non solo della premessa minore, bensì anche dell'altra maggiore degli argomenti utilizzabili per risolvere i dubbi interpretativi.

Da quanto detto emerge che il giudice che nel nostro sistema possa avvalersi del contraddittorio – come nel dibattimento – per consentire la fissazione da parte dei contendenti delle premesse di tutti i suoi sillogismi, può e deve rimanere estraneo ai probabilismi ed alle prospettazioni opinabili che competono alle parti nella determinazione sia delle premesse minori che di quelle maggiori di tutti gli snodi concettuali del giudizio di fatto e di quello di diritto.

A questo punto va verificata la capacità di accertare la verità di un sistema siffatto in cui il giudice delle fasi incentrate sul contraddittorio, in omaggio alla sua piena terzietà, si limiti a porre in essere un'attività deduttiva e comunque dall'andamento necessario perché lasci ai contendenti l'impegno ricostruttivo in termini probabilistici.

Bisogna, allora, intendersi sul concetto di verità che si intenda affermare. È evidente che se le premesse di tutti gli argomenti di cui si compongono i giudizi di fatto e di diritto, per quanto fissate dai contendenti e non dal giudice, si ottengano con ragionamenti di natura probabilistica, intrisi anche di scelte di valore e volutaristiche, la verità associabile alle conclusioni conoscitive non è quella assoluta<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>16</sup> Sulla distanza della verità processuale da quella assoluta cfr., tra gli altri: UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 91 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, *passim*; UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 1 ss.; STELLA, *Verità, scienza e giustizia. Le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss.; CAVALLA, *Prefazione a Retorica, processo, verità*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di Cavalla, Milano, 2007, 12; GAROFO-

Sennonché, il sistema fondato sulla piena terzietà di un giudice, come quello dibattimentale, che ponga in essere una mera attività deduttiva, ha il pregio di avvicinare l'esito conoscitivo del giudizio maggiormente alla realtà sostanziale del fatto perché sfrutta la maggiore vicinanza a quest'ultimo dell'imputato che è uno dei protagonisti delle inferenze probabilistiche che conducono alla fissazione dialogica delle premesse maggiore e minore degli argomenti attraverso cui si ricostruisce l'episodio controverso e la sua qualifica giuridica.

Questo vuol dire che se il pubblico ministero ai fini della determinazione delle premesse degli argomenti riesce dialetticamente a superare le versioni articolate dall'imputato, che se innocente dovrebbe essere in grado anche di valorizzare la sua maggiore conoscenza della situazione fattuale che porti ad escludere la propria affermazione di colpevolezza, si può essere certi che un'eventuale condanna fonda su una ricostruzione dell'episodio controverso maggiormente aderente alla realtà sostanziale.

Rispetto alla dialettica delle parti è fondamentale il ruolo di un organo giudicante che sia titolare di un esclusivo potere di deduzione in quanto lo stesso è obbligato a lasciare spazio all'azione dei contendenti nel senso che, prescindendo contemporaneamente da valutazioni opinabili - a differenza di quelle che pongono in essere le parti -, debba limitarsi a garantire quel controllo falsificazionista<sup>17</sup> che permette di escludere gli esiti argomentativi di parte che si scontrino con evidenze ricostruttive o siano anche in astratto incoerenti rispetto ad altri risultati conoscitivi, così da far risaltare il permanere del dubbio.

In altri termini, l'impegno ricostruttivo delle parti, se nell'ottica considerata venga ritenuto determinante ai fini della configurazione del fatto storico, con il suo portato di giustificazione di tipo probabilistico che indubbiamente più di una logica astratta scavi nelle particolarità della vicenda concreta, esaltando le sfumature di significato che solo un metodo probabilistico consente di cogliere (perché non sempre si dispone di evidenze di senso e di un ragionamento universalizzabile come nella logica formale), restituisce una migliore versione della realtà in quanto la forgia attraverso l'interlocuzione con chi -

---

LI, *Il concetto di verità tra diritto e processo*, 2009, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento*, cit., 196.

<sup>17</sup> Si vuol dire che anche quanto si sia verificato in prospettiva probabilistica come spiegazione plausibile della realtà può e deve essere controllato ai fini di una eventuale sua confutazione rispetto ad evidenze ricostruttive. In tal senso, è attuale quanto asseriva POPPER quando scriveva che "una teoria che non può venire confutata da nessun evento concepibile non è scientifica. L'inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si ritiene) una virtù, bensì un vizio" [*Congetture e confutazioni*, (trad. it.), Bologna, 1972, 15].

meglio di quanto possa fare un giudice –, essendo più vicino alla realtà storica, con maggiore cognizione di causa sia in grado di sollevare obiezioni all'accusa avendo anche il potere di porre le basi della decisione se le critiche resistano ai ragionamenti di controparte.

Peraltro, siffatto modo di avvicinamento del fatto storico, proprio perché fonda sulla possibilità – più concreta che in altre ottiche – di confutare sulla base di conoscenze vive della realtà la versione dell'accusa, deve strettamente riannodarsi, come si è detto, ad una logica stringente per consentire la falsificazione delle ipotesi che si scontrino con evidenze ricostruttive o siano internamente contraddittorie. Di qui la necessità di un organo terzo che consenta di scartare le alternative ricostruttive che si scontrino con la logica formale.

A questo proposito, si consideri che se, invece, il giudice potesse rendersi protagonista come gli altri soggetti processuali di un impegno ricostruttivo di tipo probabilistico, con il suo portato di possibile giustificazione esterna delle premesse degli argomenti<sup>18</sup> (intriso di volontarismo, di scelte di valore e di ragionamenti opinabili) l'attività di rielaborazione del fatto storico diventerebbe arbitraria perché questa tipologia di interventi non si collocherebbe – a differenza di quella del pubblico ministero – sullo stesso piano dell'impegno dell'imputato ed inevitabilmente sarebbe preferita dallo stesso organo giudicante in sede decisoria senza sottoporsi – a differenza delle versioni di parte – al tribunale della logica formale, ossia allo stringente controllo falsificazionista che solo legittima l'adesione ad una versione piuttosto che ad un'altra.

Di qui la necessità di sottrarre completamente al giudice – che possa fruire del previo contraddittorio per la posizione delle premesse degli argomenti – il potere di giustificare esternamente i presupposti dei ragionamenti che poi con il solo ausilio della logica formale – tipica della giustificazione interna – conducano alle conclusioni conoscitive.

Questo modo di avvicinarsi alla realtà premia anche in sede di ricostruzione delle prassi valutative che in caso di dubbio sulla qualificazione giuridica dell'episodio controverso consentono di capire l'aspettativa sociale dominante ai fini della risoluzione di una questione interpretativa.

Infatti, l'utilità di affidare comunque alle parti l'attivazione del contraddittorio sulla qualifica *in iure* dei fatti deriva dalla circostanza secondo cui l'impegno

---

<sup>18</sup> Sulla giustificazione esterna delle premesse degli argomenti razionali, oltre alla dottrina citata nella nota 4), cfr. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, *passim*; COMANDUCCI-GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, 1987-1989, *passim*; CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994, *passim*; GUASTINI, voce *Giuridico, ragionamento*, in *Enc. delle scienze sociali, Supplemento*, 2001, *passim*.

di ricostruzione dialettica dei contendenti è capace di guidare la scelta corretta delle prassi valutative realmente utili a dirimere i quesiti ermeneutici. In proposito, si tenga conto, innanzi tutto, della situazione per cui durante l'interpretazione si forma sempre il circolo ermeneutico tra norme e fatto storico perché le molteplici particolarità di quest'ultimo progressivamente attivano l'operatività di segmenti normativi che all'inizio dell'impresa di qualificazione giuridica non apparivano rilevanti e che solo l'"andirivieni" tra fatto e norme pone in risalto allargando e specificando i termini di riferimento sia sul versante dei precetti che su quello dell'episodio controverso. Ebbene, in questa prospettiva di continuo adeguamento delle regole ai casi concreti, agendo sulla ricostruzione del fatto addebitato, indirettamente si incide anche sulla scelta delle prassi valutative più idonee a risolvere le questioni interpretative dei segmenti normativi, quando l'approccio ermeneutico debba scendere a valorizzare le stesse prassi.

E, allora, se la ricostruzione dell'episodio controverso è - per quello che si è detto - in mano ai contendenti, le parti devono poter influire anche sulla scelta delle proposizioni normative o "*recte*" dei significati precettivi che nei casi di dubbio, attraverso l'analisi delle prassi valutative delle regole scritte, conducano alla corretta elaborazione delle soluzioni interpretative.

Più specificamente, il dubbio sulle risposte ai problemi di interpretazione - come parallelamente quello sulla ricostruzione del fatto storico - attiva un ragionamento probabilistico anche sulla rielaborazione delle accennate prassi nel cui ambito la scelta delle regole inferenziali degli argomenti - utilizzati per analizzarle - non può essere affidata all'organo giudicante. Infatti, se così fosse si verrebbe a creare una quasi costante contraddizione tra le proposte di individuazione e di soluzione dei quesiti interpretativi che i contendenti sarebbero legittimati a porre in essere a causa del loro coinvolgimento nel circolo ermeneutico tra fatto e norme (dal momento che essi dominano la configurazione del primo) e le autonome determinazioni di premesse degli argomenti interpretativi che, dal canto suo, il giudice autonomamente sarebbe in ipotesi posto in grado di effettuare.

Per scongiurare siffatta ingestibilità del movimento interpretativo - nei casi di dubbio - bisogna necessariamente allineare la dinamica del giudizio di diritto a quella del giudizio di fatto. Conformemente a quanto sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei casi in cui si pensi ad un possibile mutamento dell'interpretazione per l'insorgenza di un dubbio bisogna attivare il contraddittorio sulla qualifica giuridica del fatto con tutte le garanzie del giudizio sull'episodio controverso, compresa quella della assoluta terzietà

dell'organo giudicante a cui attribuire esclusivamente un ruolo di controllo falsificazionista delle ipotesi ricostruttive delle prassi valutative in campo attraverso un esclusivo uso della logica formale.

L'allargamento dell'interpretazione alla dimensione che i sostenitori del pensiero ermeneutico le attribuiscono, stabilendo che l'individuazione del precetto da applicare non possa limitarsi alla ipotetica determinazione di un presunto significato oggettivo di un testo normativo ma debba estendersi al confronto del mondo in cui è stata elaborata la norma - ed il suo sistema di riferimento - con il mondo dell'interprete<sup>19</sup>, non contrasta con la possibilità di limitare l'attività del giudice al ragionamento logico-formale anche relativamente al giudizio di diritto. Infatti, i punti di vista soggettivi che si ritrovano a cooperare nel momento interpretativo - in una dimensione giustamente evidenziata dal pensiero ermeneutico - andando oltre il presunto significato autoevidente del testo della regola scritta, si recuperano attraverso l'impegno ricostruttivo delle parti anche in sede di ricostruzione delle risposte interpretative, con il loro portato di probabilismo, di soggettivismo, di scelte di valore e di volontarismo.

Il giudice, invece, deve resistere alla tentazione di un intervento ricostruttivo in termini probabilistici e soggettivi in sede di giudizio di diritto perché con il suo controllo falsificazionista deve stabilizzare in relazione al contesto processuale la soluzione da dare ai quesiti interpretativi. Le risposte a questi ultimi saranno anche, in una prospettiva di absolutezza, in ultima analisi, il frutto di proiezioni probabilistiche e di ragionamenti opinabili, ma le soluzioni saranno legittime ed accettabili da tutti i consociati - a differenza di quelle date da un interprete solipsistico - perché risponderanno alla capacità "legittimante" che hanno le garanzie della precritica - da parte dei destinatari ultimi della decisione - e dell'equilibrato controllo falsificazionista del giudice che attraverso lo stesso darà la garanzia di aver elaborato pure la decisione *in iure* senza aver parteggiato per alcuno.

Né si dica che un controllo falsificazionista sarebbe impossibile rispetto ai vari fattori che condizionino soggettivisticamente o rendano incoerente e perciò opinabile il giudizio *in iure*. Infatti, muovendo dall'idea che si possono sviluppare almeno tre circoli ermeneutici da cui sono in grado di emergere situazioni di opinabilità dei ragionamenti e, cioè, quello legato alla "precomprensione" dell'interprete, l'altro riannodabile all'"andirivieni" tra fatto e norme ed il terzo ricollegabile alle possibili incoerenze dei richiami sistemati-

---

<sup>19</sup> In proposito, cfr. VIOLA, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, in *Etica e politica*, 2006, 1 ss.

ci ai vari settori di un ordinamento e ad un approccio a fonti multilivello<sup>20</sup>, bisogna sottolineare che l'esistenza delle incertezze e la pluralità delle soluzioni interpretative che a siffatte situazioni possono accompagnarsi non tolgono che ci si possa chiedere, per esempio, quali fattori biologici o culturali stiano incidendo in concreto sulla cosiddetta "precomprensione", così come è possibile andare a fondo relativamente alle integrazioni dei segmenti fattuali e di significato normativo necessari a produrre una completa copertura normativa di tutti i profili del fatto che vengano in rilievo in un processo e, ancora, si possano approfondire le ragioni delle incoerenze di sistema per rimuoverle attraverso una più specifica e puntuale interpretazione oppure mediante strumenti di rimozione forzosa delle contraddizioni attivabile con l'intervento di determinati organi e sfruttando, magari, la gerarchia delle fonti.

Si vuole dire che tutti i fattori di condizionamento soggettivo e di eventuale incoerenza dei ragionamenti *in iure* possono essere oggetto di critica razionale e, allora, anche se, in relazione alla formulazione delle ipotesi probabilistiche che operano le parti per elaborare le soluzioni in proposito, sono ineliminabili fino in fondo quelle cause di condizionamento, ciò non toglie che tutte le situazioni anche di esasperata incoerenza o soggettivismo possono essere discusse razionalmente e precriticate così che, poi, non sarebbe vano l'intervento del giudice terzo anche solo in chiave falsificazionista per controllare quel gioco di azioni e reazioni critiche tipiche del contraddittorio tra i contendenti e per escludere le soluzioni che si scontrino con evidenze ricostruttive e con incoerenze non superate o insuperabili e non rimosse o non rimovibili forzosamente.

Questo legittimo potere di intervento del giudice è favorito, come si è detto, dalla possibilità di ricondurre al fatto anche la soluzione di dubbi interpretativi relativi al giudizio di diritto in modo che si possano selezionare in particolare le evidenze ricostruttive delle prassi valutative ed in relazione alle medesime stabilire, relativamente all'attività di qualificazione *in iure*, quali di esse prevalgano così da scartare le soluzioni interpretative contrastanti con esse o stabilire se le eventuali incoerenze siano state superate o siano superabili come anche determinare se le contraddizioni siano state rimosse o siano rimovibili forzosamente.

*3. La prevedibilità della decisione da parte dell'imputato come attuazione dello scopo del processo di tutela dell'innocente.* Avendo stabilito come dal si-

---

<sup>20</sup> Sugli evidenziati tre circoli ermeneutici, vedi, per tutti, ALEXY, voce *Interpretazione giuridica*, cit., loc. cit., *passim*.

stema processuale emerga la funzione di esclusivo controllo logico-formale del giudice che disponga del contraddittorio come strumento di precritica delle premesse degli argomenti probatori e decisorio, a questo punto bisogna precisare in che senso possano rendersi “certi” gli esiti conoscitivi dei ragionamenti in fatto ed in diritto generati dal contraddittorio, sia pure relativamente al contesto e non in funzione attuativa di una verità assoluta.

In merito, quanto al giudizio di fatto, bisogna partire dall’idea comune secondo cui la presunta univocità dei risultati di conoscenza e, cioè, la possibilità di accertamento “oltre ogni possibile dubbio” non si possa realizzare nel processo penale in quanto “la prova dei fatti del passato non discende necessariamente, infallibilmente dai fatti del presente”<sup>21</sup>.

In ragione di ciò bisognerebbe accontentarsi di una regola di giudizio che non escluda l’opinabilità dell’esito conoscitivo quale quella dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”<sup>22</sup>.

In tema di ragionevole incertezza di giudizio il discorso può indirizzarsi in una precisa direzione.

Si vuole dire che è chiaro che l’irripetibilità degli avvenimenti del passato comporti un approccio al fatto che non pretende di essere foriero di una verità assoluta ma il problema rispetto al giudizio penale non è questo, bensì l’altro dei limiti della prevedibilità delle scelte decisorie che si ancorino al presupposto conoscitivo dell’episodio controverso<sup>23</sup> perché da ciò dipende la certezza del giudizio ed il suo eventuale limite. È chiaro che in uno Stato di diritto bisogna sforzarsi di rendere massima la capacità di previsione suddetta e il conseguente profilo di certezza.

In proposito, l’affidare al solo giudice la valutazione in termini di ragionevolezza della prova dei fatti rischia il prodursi di un arbitrio perché la vaghezza del concetto, nelle zone di confine tra ciò che è dubbio e ciò che non lo è,

<sup>21</sup> In tal senso, FERRUA, *Il concetto di “provare” e di “provato”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 5, 557.

<sup>22</sup> Sull’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, cfr., tra gli altri: FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in Filippi (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007, 137 ss.; ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, *passim*; CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, *passim*; INCAMPO-SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari, 2017, *passim*; DALIA, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Padova, 2018, *passim*.

<sup>23</sup> Si interroga sulle basi della possibilità di prevedere le pronunzie future in casi analoghi, sulla scorta della *ratio decidendi* di una precedente delibera, VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 1 ss.

Circa la prevedibilità della pronunzia finale anche nell’ambito di un singolo procedimento, per il vincolo del giudice agli esiti argomentativi del contraddittorio, cfr. MENNA, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, cit., *loc. cit.*, *passim*.

schiede le porte ad un sindacato in cui non è chiara l'astrattezza o la concretezza dell'alternativa ricostruttiva che in omaggio all'assunta ragionevolezza si scarti per affermare la versione contraria dei fatti.

Si vuole dire che la ragionevolezza del dubbio è finalizzata al confinamento nella dimensione dell'astrattezza o iperbolicità, della prospettiva di ricostruzione dell'episodio controverso che si possa accantonare a favore del profilo ricostruttivo contrario<sup>24</sup>. Ma va sottolineato che nelle zone di confine tra il dubbio e l'evidenza ciò che è concreto potrebbe essere considerato astratto e viceversa, per cui il giudice rischia in proposito l'arbitrio.

Ci si chiede, allora, come il cittadino possa adeguare i suoi comportamenti a quello che sia prevedibile come esito conoscitivo del giudizio di fatto nel processo perché da ciò dipende non l'accertamento della verità assoluta, ma il rispetto delle libertà fondamentali del consociato connesse ai suoi diritti procedurali.

Ebbene, il *quivis de populo* che in situazioni suscettibili di generare accuse a suo carico abbia l'accortezza di ricercare prove del suo comportamento può esser certo di prevedere l'esito del giudizio penale di fatto – se quegli elementi siano disponibili – solo se si interpreta il sistema nel senso di attribuire al giudice in grado di condannare, l'esclusivo potere di controllare in maniera logico-formale la dinamica probatoria e decisoria lasciando al contraddittorio la funzione di esprimere le premesse degli argomenti inventivi e deliberativi.

Infatti, il cittadino, sapendo che il giudice non può discrezionalmente aggiungere qualcosa di suo alle conclusioni conoscitive oggetto di esclusiva deduzione dell'organo giudicante e garantisce l'effettività dell'esclusione degli argomenti figli della logica induttiva di parte quando si scontrino con evidenze ricostruttive o siano internamente incoerenti (quel che è l'oggetto del sindacato logico-formale dell'organo giudicante), è in grado di prevedere la decisione e gli argomenti giustificativi della stessa. Infatti, se è innocente e dispone di prove della sua condotta, è certo che gli argomenti probatori da lui introdotti e di cui è protagonista anche relativamente alle massime d'esperienza non potranno essere superati dalle obiezioni di controparte nella misura in cui eserciti correttamente il suo onere di introduzione di quel materiale decisivo

---

<sup>24</sup> Nella stessa ottica di necessaria concretezza del dubbio ragionevole CANZIO afferma che “si assume ‘ragionevole’, quindi, non ogni e qualsiasi dubbio, non il dubbio pure astrattamente possibile e sempre configurabile, bensì soltanto il dubbio che, correlato ai dati empirici acquisiti nel processo, è in grado di confutare e mettere in crisi l'apparente coerenza formale del postulato accusatorio, immettendo nel circuito del convincimento del giudice una ricostruzione alternativa e diversa del fatto storico, strettamente agganciata tuttavia alle “specifiche” evidenze probatorie, trascurate o non correttamente apprezzate dal giudice” (*Il processo penale fra verità e dubbio*, in *Dir. pen. contemp.*, 2010, 1)

per cui sarà inevitabile l'assoluzione. La ragione di ciò sta nel fatto che il superamento di un argomento di parte può essere figlio solo di una sua contraddittorietà interna o dell'inconciliabilità con un'evidenza ricostruttiva – quel che nel caso prospettato non sussisterebbe se l'accusato è innocente e adempie bene all'onere di acquisizione – e non di una discrezionale preferenza accordata dal giudice ad una prova piuttosto che ad un'altra (dettata magari da qualche sfumatura analogica di significato probatorio<sup>25</sup>). In altri termini, il cittadino è nell'ottica suddetta ampiamente garantito, perché se ha le prove rispondenti alla realtà, può star sicuro che non possono sussistere evidenze ricostruttive con cui le medesime si scontrino ed a lui tocca, quindi, solo snocciolare il materiale in suo possesso in modo coerente così da scongiurare la produzione di argomenti incoerenti.

Poi, di certo, il fatto di non scontrarsi con evidenze ricostruttive e di non essere incoerenti può attenere anche alle prove d'accusa, ma nel nostro sistema basta che anche le prove della difesa non siano da scartare attraverso il citato controllo falsificazionista perché ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p. il cittadino debba poter esser sicuro dell'assoluzione.

A tal proposito, anzi, il dubbio di cui al citato comma<sup>26</sup> assume i caratteri dell'evidenza in quanto per fondarlo il giudice presuppone l'esercizio di situazioni di onere in capo ai contendenti che fanno sì che prima questi ultimi – come, poi, anche il giudice – si interrogano su tutte le possibili spiegazioni alternative attribuibili ai risultati probatori singolarmente presi e concepiti nel loro complesso e stabiliscano la permanenza dell'incertezza ricostruttiva ex art. 530 comma 2 c.p.p. solo dopo che si siano esplorate tutte le piste investigative inerenti a siffatte spiegazioni contrarie e si sia accertato che nessuna delle prove contrarie a disposizione sia in grado di assumere il connotato della prova evidente positiva o negativa dell'addebito.

Siffatto accertamento deve riguardare anche le situazioni inerenti a valutazioni come quella del *quantum* della pena perché pure in riferimento a siffatti

---

<sup>25</sup> Per questa ragione, di recente si è sostenuto che non può essere appannaggio del giudice la valorizzazione della dimensione analogica dell'escussione delle prove. Cfr., in proposito, MENNA, *La flessibilità dell'immediatezza per il vincolo al contraddittorio della formazione delle massime d'esperienza*, in *Proc. pen. e giust.*, 2021, 1 ss.

Sulla dimensione analogica e, per così dire, "pulviscolare" dell'escussione in particolare delle fonti di prova dichiarativa, cfr. DI CHIARA, *Conclusioni*, tenute nell'ambito del Convegno "L'immediatezza nel processo penale", organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 27-28 ottobre 2020, inedite.

<sup>26</sup> Sul dubbio fattuale cfr., tra gli altri: CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, *passim*; CAPRIOLI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bologna, 2018, *passim*.

aspetti si deve far leva sull'esercizio di oneri in capo ai contendenti. Questi nel tematizzare le desiderate applicazioni dei criteri di cui all'art. 133 c.p. pongono il giudice in condizione di stabilire la ricorrenza in termini certi di situazioni che nel confronto con decisioni adottate in casi analoghi conducano ad una precisa quantificazione della pena in attuazione di un corrispondente modo di attuazione di criteri commisurativi. E pure nella determinazione di siffatte evidenze, rispetto ai fatti concreti allegati dai contendenti, l'organo giudicante deve interrogarsi su tutte le spiegazioni che si possono dare ai risultati probatori individualmente presi e ponderati nella loro globalità in modo da stabilire se sussista un'incertezza ricostruttiva solo dopo aver controllato ogni pista relativa alle spiegazioni alternative ed aver accertato che nessuna delle prove a disposizione possa atteggiarsi a prova evidente positiva o negativa dell'affermazione tematizzata che il contendente abbia posto a base di una specifica quantificazione della pena. Qualora permanga un dubbio ricostruttivo non si potrà applicare il criterio commisurativo nel modo auspicato in relazione alla congerie di fatti ipotizzati ed allora, nell'attuazione analogica del principio del *favor rei* desumibile, tra l'altro, dalla previsione dell'art. 530 comma 2 c.p.p., si dovrà fissare la quantificazione della sanzione nel livello minimo. Questo modo di procedere riguarda, però, i dubbi di tipo quantitativo e non quelli di marca assiologica; il che sarà chiarito in appresso.

È chiaro che se, invece, si fa entrare nel ragionamento del giudice la giustificazione esterna delle premesse degli argomenti probatori così da introdurre la conseguente potestà dell'organo giudicante di accordare discrezionalmente ed in un'ottica probabilistica preferenza ad un argomento rispetto ad altro ritenuto meno giustificato, diventa imprevedibile per il cittadino – anche per quello che si sia munito di armi probatorie – l'esito del giudizio di fatto.

In siffatta prospettiva, allora, bisogna ritenere che l'“oltre ogni ragionevole dubbio” al posto dell'“oltre ogni dubbio”<sup>27</sup> non può significare che sia possibile introdurre una scelta decisoria che appaia opinabile in funzione della discrezionalità dell'organo giudicante, ma piuttosto una opzione deliberativa che sia opinabile in relazione alla giustificazione esterna delle premesse degli argomenti probatori e decisori posta in essere dalle parti. E ciò significa che l'esito ricostruttivo della decisione finale può in effetti discostarsi dalla verità sostanziale ma non che l'imputato innocente che sia in grado di sostenere adeguatamente l'esercizio del suo onere probatorio (munendosi – se sussistano – di armi probatorie) non sia concretamente garantito e non possa preve-

---

<sup>27</sup> Sulla distinzione tra le due locuzioni cfr., per tutti, FERRUA, *Il concetto di “provare” e di “provato”*, cit., loc. cit., 557.

dere il tenore della decisione. Questa, in siffatta eventualità, realizzerà pienamente il fine di garanzia del processo, se non attraverso l'accesso alla verità sostanziale, mediante l'arma garantista del dubbio (non essendo l'organo giudicante obbligato a ricostruire l'episodio controverso in termini storicamente inconfutabili e valevoli ai fini della decisione).

4. *Il concetto di "evidenza ricostruttiva" come base del controllo falsificazionista del giudice.* A questo punto bisogna chiarire cosa significhi "evidenza ricostruttiva" che consenta al giudice di porre in essere il suo controllo falsificazionista<sup>28</sup> - scartando l'ipotesi in contrasto con la suddetta evidenza - senza aggiungere nulla di suo soggettivamente alla posizione delle premesse degli argomenti deduttivi. In effetti, questi ultimi sono da distinguere da quelli probatori (i quali, a differenza dei primi, pur rifacendosi, nello schema, al sillogismo, sono improntati ad una logica induttivo-probabilistica<sup>29</sup>), perché non solo il giudice non deve operare lui al posto dei contendenti le premesse dei ragionamenti, ma queste ultime non devono nemmeno essere giustificate esternamente dall'organo giudicante in un'ottica discrezionale e probabilistica perché altrimenti sarebbe discrezionale e probabilistica anche la conclusione conoscitiva e non di tipo deduttivo.

Anche a tal proposito, non si può seguire il criterio secondo cui nel corso dell'attività probatoria, vertendo la stessa su fatti passati ed essendo l'escussione delle fonti di prova legata all'ottica probabilistica che presiede all'elaborazione ed alla valutazione in termini di attendibilità degli argomenti costruiti mediante l'acquisizione, non è possibile il confezionamento di argomenti tipici delle sole scienze formali<sup>30</sup>.

Si pensi, infatti, per esempio, ad una prova per testi in cui si stanno ponendo al teste delle domande su profili dell'episodio storico che con tutto il bagaglio di tratti anche analogici dell'escussione portano al confezionamento di argomenti probatori costruiti e valutabili in un'ottica induttivo-probabilistica. Senonché, nel corso dell'acquisizione della ipotetica testimonianza si possono

<sup>28</sup> A proposito del rapporto tra evidenza ricostruttiva e falsificazione, CANZIO afferma che "Il giudice ha l'obbligo di giustificare razionalmente la decisione e, soprattutto, di spiegare, attraverso le varie argomentazioni della motivazione di fatto, come e perché dalle evidenze probatorie egli sia pervenuto ai risultati probatori e alle valutazioni conclusive di convalida/conferma o di falsificazione dell'enunciato d'accusa" (*Il processo penale fra verità e dubbio*, in *Dir. pen. contemp.*, 2010, 1).

<sup>29</sup> A proposito della logica induttivo-probabilistica, COSTANZO asserisce che "a differenza di quella deduttiva, la logica induttiva mira ad ampliare le conoscenze e perciò deve convivere con le cosiddette fallacie del condizionale (in particolare quelle dell'affermazione dell'antecedente)" (*Deduzione naturale e illogicità manifesta nelle argomentazioni giudiziarie*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it)).

<sup>30</sup> In tal senso FERRUA, *Il concetto di "provare" e di "provato"*, cit., *loc. cit.*, 557.

innestare anche uno o più argomenti tipici del controllo falsificazionista in cui le premesse sono evidenti e perciò da non giustificare esternamente, con conseguenti conclusioni conoscitive implicite nelle premesse. Si pensi ad una domanda circa le condizioni metereologiche delle ore in cui il teste avrebbe assistito al delitto, da confrontare con il bollettino del centro che attesti la realtà delle stesse condizioni sul luogo e sul momento a cui il teste abbia accennato come riferibili alla scena del delitto. Se il teste fornisce una risposta contrastante con la premessa evidente delle condizioni metereologiche reali ed indiscutibili che sono state accertate in relazione alla presunta scena del delitto, la conclusione conoscitiva circa la non veridicità o, in alternativa, il *deficit* di memoria (o il *lapsus*) o l'esistenza di una coercizione oppure di una corruzione del teste ha la sua premessa minore nelle indiscutibili parole pronunciate dal testimone in contrasto altrettanto incontestabile con le evidenti condizioni metereologiche presenti sulla presunta scena del delitto. Lo stesso esito conoscitivo ha la sua premessa maggiore nel fatto che un teste che fa affermazioni contrastanti con un dato incontestabile come quello suddetto sta dicendo il falso, oppure non ricorda bene oppure è incorso in un *lapsus* oppure ha subito una coercizione o ancora è corrotto per dire quanto abbia riferito. A ciò si aggiunga che, come ulteriore premessa maggiore o regola inferenziale da applicare all'ipotizzato argomento, si può pensare alla spiegazione del suddetto contrasto con l'esistenza di un parziale ricordo e, quindi, di una dimenticanza solo della circostanza relativa alle condizioni metereologiche. Ebbene, le conseguenze implicite nelle premesse sono delle "possibilità" correlate ad altrettante situazioni (di totale o parziale dimenticanza, di coscienza e volontà di dire il falso relativamente solo ad alcune o a tutte le circostanze oggetto di deposizione - magari per effetto di coercizione o di corruzione - o ancora di esistenza di un *lapsus* parziale o relativo a tutte le circostanze della testimonianza). In relazione a tutte queste conseguenze la testimonianza suddetta può e deve essere esclusa dal materiale idoneo a sostenere la versione accusatoria o difensiva perché questo è il "termine consequenziale" che esce attestato dal ragionamento relativo alla capacità della deposizione di confermare le affermazioni di cui al *thema probandum*, che rappresenta il "termine marcato" di cui non si è raggiunta la prova in ragione anche della sola possibilità (non ottenuta probabilisticamente ma in modo evidente ed incontestabile) che la testimonianza nella sua totalità sia stata posta in essere da un soggetto che non abbia assistito realmente a tutti i fatti evocati o non sia in grado di

ricordarli o di esprimerli o non voglia farlo<sup>31</sup>.

Come si vede, nell'esempio prospettato l'esclusione della deposizione è frutto di un argomento deduttivo che stabilisce che la prova raccolta si scontra con una "evidenza ricostruttiva".

Gli esempi del genere potrebbero ripetersi e dimostrano come il giudice possa e debba scartare una prova senza doverla valutare discrezionalmente mediante scelte di valore o in un'ottica di ragionamento probabilistico venato di soggettivismo.

*5. Il governo delle incertezze assiologiche determinate dall'adeguamento al fatto concreto al fine di formare le "evidenze ricostruttive" mediante il sistema de iure condendo dei "protocolli" e della fissazione dei fatti in prospettiva politico-giurisdizionale.* Di certo, poi, in determinate eventualità, rispetto al fatto concreto si può mettere in discussione anche quella che si è definita "evidenza ricostruttiva". Per tornare all'esempio fatto, si potrebbe mettere in discussione anche la capacità del supposto centro di rilevazione di dati meteorologici di fornirne di corretti.

Come si governa questa situazione per assicurare l'applicabilità di argomenti deduttivi e del conseguente controllo falsificazionista alla dinamica probatoria e di elaborazione della decisione in fatto?

Innanzitutto, va specificato che il problema sussiste quando non vi è una comunanza universale di vedute ovvero il cosiddetto notorio sul dato da sussumere nella premessa dell'argomento deduttivo. Se vi fosse il notorio, sarebbe incontestabile la evidenza ricostruttiva<sup>32</sup>.

Nel caso, invece, in cui vi siano spunti di contestazione su determinati dati il problema può porsi nei termini seguenti.

Bisogna distinguere due tipi di dati: da un lato, quelli prodotti da atti che sono ripetibili nella loro consistenza naturale cosicché si possa operare un'osservazione ripetuta della produzione dei dati legati a quel tipo di atto; dall'altro lato, quelli che possono solo essere frutto di una valutazione che anche quando è storica attinge sempre al perseguimento di una aspettativa sociale rispetto ai quali non è possibile una ripetuta produzione di dati.

Ebbene, l'evidenza, con riferimento al primo genere di dati è riannodabile

---

<sup>31</sup> Sulla dialettica tra "termine consequenziale" e "termine marcato" di cui nel testo cfr. le puntuali osservazioni in FERRUA, *Il concetto di "provare" e di "provato"*, cit., loc. cit., 562.

<sup>32</sup> Sulla distinzione tra il notorio e le comuni massime d'esperienza riannodabili ad un ragionamento probabilistico cfr. le ancora attuali osservazioni rinvenibili in NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123 ss.

palesemente alla percentuale di volte in cui gli stessi vengano riprodotti nella stessa foggia attraverso la stessa tipologia di atti<sup>33</sup>.

Nel secondo caso, il criterio di quantificazione di una cornice di evidenza non può che legarsi alla comunanza di valutazione dei consociati – o di appartenenti ad una comunità scientifica o di esperti caratterizzati da una certa qualifica, nel caso di pareri di marca scientifica o richiedenti una particolare esperienza – sulla corrispondenza alla realtà, degli ipotetici dati storico-sociali. Quindi, in siffatta eventualità la percentuale che deve risaltare riguarda il numero di opinioni su cui fonda una prassi valutativa.

Quest'ultima, poi, deve essere sedimentata perché una raccolta di opinioni fatta in occasione dell'ipotetico processo e ritenuta in grado di essere all'origine di un risultato conoscitivo si tradurrebbe piuttosto in una delibera dei consociati.

Al di fuori dei casi di riproduzione perfetta degli stessi dati attraverso gli atti riproduttivi dello stesso fenomeno naturale e, quanto alle valutazioni, prescindendo dalle fattispecie di notorietà e, quindi, di universale accettazione dei dati – che non sono poche e già oggi si pongono convenientemente a base degli argomenti deduttivi che consentono il controllo falsificazionista da parte di un giudice come quello dibattimentale – *de iure condendo*, se si volesse attrarre nella sfera dell'evidenza una serie di dati più ampia di quella a cui si è fatto riferimento, bisognerebbe stabilire per legge la percentuale di ripetizione degli stessi dati prodotti dal medesimo fenomeno naturale, o, quanto alle valutazioni, la percentuale delle opinioni (per esempio del 90%) e la qualifica necessaria ad esprimerle a cui riannodare il raggiungimento di uno *standard* conoscitivo che possa ambire all'"evidenza ricostruttiva".

A questo punto, però bisogna operare una precisazione. Infatti, il sistema della verifica delle percentuali deve necessariamente riannodarsi a dei limiti tipici di regole statistico-conoscitive oppure di statistica sociale e questi ultimi sarebbero fissati in astratto con conseguente eventuale loro distanza da ipotetici profili del caso concreto non considerati sul piano regolamentare.

Quindi, il sistema suimmaginato dei "protocolli"<sup>34</sup> non è ancora sufficiente per avvicinare in tutti i casi il fatto concreto.

Andando più a fondo, in siffatta direzione, si può dare l'eventualità di casi in

---

<sup>33</sup> Per il nesso tra una tematica come la statistica degli eventi e la prova nel processo penale, cfr., per tutti, CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, 1 ss.

<sup>34</sup> Su siffatto sistema, integrativo dell'altro fondato sull'intervento della "giuria elettiva di esperti" cfr. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 1 ss.; ID., *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

cui per l'applicabilità incrociata e bilanciata di limiti tipici di regole statistico-conoscitive oppure statistico-sociali (che esaltino situazioni specifiche del tutto nuove) o ancora per effetto di un interesse specifico mostrato dai contendenti si voglia dare risalto ad un profilo di un fatto non considerato in situazioni analoghe.

Rispetto a quest'ultimo, allora, quando si tratta di apprezzare - ai fini dell'individuazione dell'"evidenza ricostruttiva" - il ripetersi di fenomeni naturali per la conferma dei dati derivanti dalla stessa tipologia di eventi, può darsi la situazione in cui, disponendo di osservazioni ripetute che diano luogo a risultati che non confermano quelli del caso analogo e siano magari altalenanti ma per i quali non si sa se il profilo nuovo del fatto considerato abbia inciso sulla loro realizzazione o quale altro profilo sconosciuto abbia influito sulla stessa attuazione, si è in presenza di una situazione che non si sa se rientri in quella del caso analogo - per la quale, in ipotesi, si sia determinata invece un'evidenza ricostruttiva - perché non si può apprezzare nemmeno la possibilità di variante (che si ipotizza sconosciuta) che sarebbe in grado di chiarire il profilo fattuale da rendere oggetto di prova e di connesso eventuale controllo falsificazionista<sup>35</sup>

Bisogna, allora, spostarsi dalla dimensione dinamica della prova dei fatti probatoria a quella totalmente valutativa dell'attività politico-giurisdizionale - aliena dal controllo falsificazionista del giudice - in cui la situazione di evidenza (utilizzabile per un successivo controllo falsificazionista [magari in un futuro processo]) si può recuperare solo attraverso la raccolta di opinioni - o *recte* il voto di rappresentanti dei consociati ricoprenti o meno una determinata qualifica che li renda consapevoli dello stesso voto - in funzione deliberativa ed idonea a formare quella prassi prevalente in grado di produrre l'incontestabilità sull'esito conoscitivo dell'attività elaborativa del dato.

Se dal piano degli accertamenti basati sul ripetersi dei fenomeni naturali produttivi degli stessi dati, si passa a quello degli ipotetici argomenti in cui le premesse minori sono rappresentate da situazioni da sindacare attraverso prassi valutative non verificabili attraverso una regolare ripetizione di eventi, possono darsi situazioni in cui pure non sia chiara la ricorrenza di un'evidenza ricostruttiva - se non in funzione del risalto ricevuto in un caso analogo - per l'esistenza di un "elemento di valutazione incognito"<sup>36</sup> che non rende palese quale sia la prassi valutativa e, quindi, l'aspettativa sociale prevalente e che non si è in grado di dire se sia - in quanto sconosciuto - capace

<sup>35</sup> In merito, cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

<sup>36</sup> Su questa incognita cfr. MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, cit., *passim*.

di distinguere il caso in questione da quello analogo in ipotesi evidente e posto all'origine di argomenti deduttivi.

In proposito, va precisato che tutti gli ipotizzati casi non sono costituiti da quegli argomenti in cui le parti in un'ottica logico-induttiva o abduttiva tendono a giustificare esternamente e probabilisticamente le premesse dei ragionamenti. Ci si riferisce, invece, a situazioni che ambiscono ad entrare nella dimensione degli argomenti deduttivi che, come si è visto, dovrebbero basarsi sull'evidenza ricostruttiva.

Gli argomenti riannodabili alle ipotetiche varianti sconosciute non entrano – se non in virtù del rapporto con casi analoghi – nella dimensione che comporta premesse fondate sull'evidenza e si arrestano perciò sulla soglia della “quasi evidenza”. Rispetto a questa – se manchino ulteriori elementi probatori concreti che rendano tangibili (per poi scioglierle) le alternative del dubbio assiologico – è inutile, come si è detto, continuare nell'attività probatoria per chiarire il fatto ed il suo profilo nuovo e tendere così dinamicamente a risolvere le questioni ricostruttive che facciano risaltare l'evidenza del dato finale da porre poi come premessa di un argomento ergentesi a ragionamento deduttivo.

Per esemplificare, si ritorni al concetto di ragionevolezza del dubbio – applicato non solo alla decisione finale ma ad ogni singola valutazione probatoria – e si consideri che oltre alle situazioni in cui sia evidente la prova positiva o negativa di un fatto vi possono essere altre fattispecie in cui è evidente il dubbio perché lo stesso assume una dimensione quantitativa e non qualitativa nel senso che, ad esempio, si formino cinque testimonianze a carico su una determinata circostanza e cinque testimonianze a discarico sulla stessa circostanza ma non si assume alcuna prova e, quindi, non si rende oggetto di accertamento l'attendibilità di ciascuna delle suddette deposizioni cosicché non venga in discussione la qualità delle dichiarazioni testimoniali ma esista solo il dato quantitativo dell'esistenza di prove uguali di segno contrario le une alle altre. Siffatto dubbio è evidente perché non fonda su nessun elemento di valutazione incognito da cui dipenda la possibilità di considerare come prove dello stesso fatto magari le sole cinque testimonianze a carico o le sole testimonianze a discarico, con conseguente recupero di una prova evidente positiva o negativa.

Si pensi, poi, invece al caso diverso in cui si metta in discussione l'attendibilità delle testimonianze. In proposito, si possono in una prima direzione segnalare le eventualità in cui si inneschi una normale dinamica probatoria e, cioè, si aprano nuove sequenze probatorie che sfruttando anche le prassi valutative

ed alcuni ipotetici argomenti deduttivi tipici di un controllo falsificazionista conducano ad una valutazione conclusiva sull'attendibilità attraverso il gioco degli argomenti probabilistici di parte e la prevalenza finale della versione di un contendente ottenuta mediante le esclusioni di argomenti contrari in sede di controllo logico-formale del giudice. Quando si contesti l'attendibilità delle testimonianze, però, su un ulteriore versante, si possono porre in risalto anche i casi in cui esistano "elementi di valutazione incogniti" legati al fatto che non sia disponibile una normale dinamica probatoria per sciogliere le alternative ricostruttive in relazione al problema dell'attendibilità ed appunto l'attendibilità sia divenuta il profilo nuovo del fatto probatorio da cui dipende il risultato conoscitivo dell'accertamento del fatto imputato. Gli "elementi incogniti di valutazione" che sono all'origine dell'incertezza solo assiologica e non più quantitativa, dalla dimensione dinamica imporrebbero di passare - *de iure condendo* - a quella statica di sindacato politico-giurisdizionale in cui si "deliberi" democraticamente sulla prevalenza di un'aspettativa sociale. Questa, che prima della suddetta auspicata delibera sarebbe da reputarsi "quasi evidente", potrebbe prima della stessa decisione essere ritenuta evidente solo in relazione ad una generalizzazione che non tenesse conto del profilo fattuale nuovo correlato al supposto "elemento incognito di valutazione" e, quindi, solo in ordine ad un caso analogo collocato nell'ottica di quella generalizzazione indipendente dalla ipotizzata novità fattuale.

Oltre al criterio elastico della "ragionevolezza" del dubbio si possono rinvenire altri esempi in tutte le clausole elastiche di diritto sostanziale o processuale come in quella della "gravità" del reato *ex art. 133 c.p.* In proposito, esistono situazioni in cui è palese - perché è riannodabile alla prevalenza indiscutibile di determinate prassi valutative - che si sia superata l'incertezza dell'esito conoscitivo a favore del determinarsi di una evidente prova negativa o positiva dell'esistenza di un fatto connotato da "gravità". Possono, però, darsi anche fattispecie in cui ci si ritrovi in una zona di confine della conoscenza in cui non si sa se alla luce della prova raccolta in proposito il fatto sia assimilabile al caso analogo di un evento grave oppure o ad altro analogo di un avvenimento non grave. Ciò deriverebbe dalla sussistenza di quegli "elementi di valutazione incogniti" che dalla dimensione dinamica costringano a passare a quella statica di controllo politico-giurisdizionale in cui potestativamente si decida quale aspettativa sociale debba ritenersi prevalente - in relazione alla supposta prova - trasferendosi dalla dimensione della "quasi evidenza" all'altra della "evidenza" della gravità o meno del fatto conquistata mediante il gioco della maggioranza democratica dei rappresentanti dei consociati.

Ora, è chiaro che vada compulsato l'ipotetico organo deputato *de iure condendo* ad operare il sindacato politico-giurisdizionale relativamente alla singola prova quando questa sia decisiva per il formarsi anche solo di un passaggio fondamentale nell'*iter* elaborativo e non necessariamente di tutta la decisione definitiva (negli esempi fatti relativamente alla responsabilità o alla commisurazione della pena).

Se si rimanga al di fuori dell'auspicato controllo politico-giurisdizionale, solo apparentemente l'argomento può essere parificato agli altri che su un piano probabilistico, per un verso, sono sul tappeto per effetto dell'elaborazione di parte e, per altro verso - sul piano quantitativo - palesano quell'"evidenza ricostruttiva" che in combinazione alla decisività dell'argomento si è associata alla prova positiva o negativa di un fatto, oppure al dubbio insormontabile - e perciò connotato da evidenza - ex art. 530 comma 2 c.p.p.

Ammettiamo, infatti, che la tipologia dell'argomento supposto come "quasi evidente" non divenga oggetto del sindacato politico-giurisdizionale in una prospettiva alla quale bisogna rassegnarsi oggi in mancanza del nuovo organo che effettui lo stesso riscontro.

In tal caso, lo stesso argomento solo apparentemente rimane sul tappeto come ragionamento di marca probabilistica simile agli altri argomenti che fondando sulla probabilità implementano il ragionamento induttivo-probabilistico o abduttivo.

Per esso non si può fare ricorso all'art. 530 comma 2 c.p.p. oppure, nei casi come quelli di dubbio persistente sui criteri commisurativi della pena, ad una analoga statuizione fondata sul canone dell'*in dubio pro reo*, perché nei casi decisivi di "quasi evidenza" pur a fronte del dubbio - che non a caso si è definitivo di marca assiologica - si può pervenire alla condanna rispetto alle questioni di responsabilità.

In proposito, siccome in relazione ai casi di "quasi evidenza" vi è la possibilità che l'avvenimento si riconnetta al decorso causale tipico dei casi analoghi in cui si sia in ipotesi giudicata certa la prova positiva o negativa dello stesso episodio - nella situazione più generale antecedente al confronto con la fattispecie contrassegnata dal profilo nuovo e dalla conseguente incertezza valutativa -, si può reputare che a fronte dell'insicura incidenza dell'"elemento incognito", nella prospettiva assiologica di cui si è detto, il cittadino non abbia il diritto procedurale ad ottenere il proscioglimento in ragione del dubbio. Per avere diritto a quest'ultimo il cittadino dovrebbe esercitare l'onere di introdurre elementi di prova che dal piano assiologico riconducano il problema decisivo a quello quantitativo legato solo al momento informativo e, come tali, sia-

no in grado di esaltare alternative ricostruttive che si convalidino o si smentiscano in relazione a temi che dal punto di vista descrittivo e non valutativo pongano in termini tassativi gli opposti termini della risoluzione delle questioni che siano sul tappeto.

Se questo manca, rimanendo sul livello assiologico il cittadino non ha il diritto al proscioglimento perché l'analogia con fattispecie di certa prova positiva o negativa dell'episodio addebitato fa sì che si debba applicare il quadro tipico e, quindi, generale del fatto oggetto di accertamento. Ciò accade perché non si può ammettere che ogni specifica indicazione di profilo dubbio (la quale in mancanza del supporto di materiale tassativo di tipo concreto e quindi descrittivo sarebbe inevitabilmente di marca qualitativa ed assiologica) possa incrinare il risultato dell'applicazione in via analogica del riferimento generale e tipico. Questo effetto non sarebbe legittimo perché, non attingendo al piano dell'evidenza concreta di alternative raffigurabili dal punto di vista descrittivo e, quindi, quantitativo, il carattere necessariamente incognito (perché non supportato da elementi di prova concreti) dell'elemento sollevato per far risaltare il dubbio valutativo può in realtà associarsi ad una assoluta mancanza di influenza della nuova particolarità del fatto posta in rilievo sull'esito conoscitivo del suo accertamento.

In altri termini, siccome si potrebbe sempre mettere in iscacco l'applicazione delle fattispecie generali ed astratte, sia pure applicate in via analogica, attraverso opzioni valutative non supportate da elementi di prova concreti, se non c'è l'esercizio dell'onere della parte che introduce siffatto materiale, bisogna trascurare la mera possibilità astratta di una diversa raffigurazione dell'avvenimento (che sarebbe sempre di natura assiologica). Perciò, il cittadino in relazione ad un elemento incognito connesso ad una fattispecie probatoria associata ad una situazione assiologica di "quasi evidenza" non ha il diritto al proscioglimento, se l'applicazione in via analogica di un fatto associato ad un caso probatorio simile e più generale conduca alla condanna.

Sotto questo profilo, anche un argomento di marca probabilistica come quello basato sulla "quasi evidenza", *de iure condito* può condurre sempre alla condanna a prescindere dal sindacato falsificazionista, che per poter incidere ha bisogno di una conversione del problema assiologico in una questione di alternative descrivibili in termini tassativi. Di qui anche l'ulteriore corollario secondo cui di fronte ad un'insufficienza o contraddittorietà della prova di tipo quantitativo di elementi percepibili nella loro tassatività, il cittadino matura il diritto al proscioglimento ex art. 530 comma 2 c.p.p. perché in ordine a quel tipo di materiale apprezzabile dal punto di vista descrittivo e tassativo,

non può darsi alcuna applicazione in via analogica di una fattispecie che sempre in termini tassativi conduca alla ipotetica prova positiva del fatto addebitato.

E, allora, se nella prospettiva assiologica non si può valorizzare il dubbio *ex art. 530 comma 2 c.p.p.* rispetto alle questioni di responsabilità - e, quindi, in via analogica, non si può nemmeno esser certi di applicare il criterio dell'*in dubio pro reo* per casi come quelli della commisurazione della pena -, da dove deriva l'opportunità di introdurre un organismo politico-giurisdizionale come quello che in altra sede si è denominato "giuria elettiva di esperti" per sciogliere le questioni di "quasi evidenza" indipendentemente dall'applicazione in via analogica delle fattispecie più generali riassumentisi in prova positiva o negativa del fatto?

Ebbene, in proposito, vi è da sottolineare che anche se l'analogia può funzionare per sottrarsi al ricatto di ogni minima indicazione di diversa raffigurazione del fatto (che per quanto si è detto, in mancanza di elementi concreti di tipo tassativo attingerebbe solo al piano della valutazione) l'opportunità nasce dall'esigenza di dare comunque spazio a situazioni che, per quanto eccezionali, non siano del tutto assurde e che potrebbero conquistare concretezza anche in mancanza di prove concrete ed apprezzabili dal punto di vista descrittivo per l'opinione maggioritaria che si formasse in proposito. In tal modo, si potrebbe conquistare - attraverso il ricorso all'indicato organo politico-giurisdizionale - anche in ordine agli argomenti "quasi evidenti" - basati come sono su un ragionamento probabilistico di marca qualitativa - uno *status* di "evidenza ricostruttiva" che consenta di introdurre un baluardo ulteriore per il controllo falsificazionista di altri argomenti senza dover fare riferimento all'analogia. Quest'ultima, per quanto non contestabile in mancanza di prove contrarie concrete, conculcherebbe la democraticità di diversi spunti valutativi che non è detto che, per quanto all'apparenza eccezionali, non trovino in diversi ed ulteriori contesti un'attuazione in termini di rinvenuti e tassativi elementi concreti. Come conseguenza di quanto fin qui detto, va sottolineato - lo si ribadisce - che, per converso, gli altri argomenti fondati su un calcolo di probabilità di tipo quantitativo ed associabili all'applicazione dell'*art. 530 comma 2 c.p.p.* non possono conquistare la ascrivibilità tanto alla prova positiva, quanto alla prova negativa del fatto, che è condizione affinché i ragionamenti di tipo quantitativo si ergano ad "evidenza ricostruttiva" utile per il controllo falsificazionista di altri argomenti.

E la dimensione della "quasi evidenza", a ben vedere, attenendo a tutte le situazioni di incertezza assiologica legate al sorgere di particolari nuovi fattuali

per i quali non sussistano elementi probatori concreti che sciolgano le alternative ricostruttive, non è rara nel processo ricostruttivo dei fatti.

Su un ultimo versante, bisogna stabilire cosa accada in relazione al giudizio di diritto, quando nell'interpretazione non sussista evidenza della fissazione dei significati dei limiti tipici delle norme scritte - se non per l'applicazione in via analogica (desumibile sempre da una generalizzazione ed astrazione) di riferimenti relativi ad altri casi.

Si è visto, in merito, che utilizzando le prassi valutative, il giudizio di diritto nei casi di dubbio fonda su un giudizio di fatto incentrato sul contraddittorio avente ad oggetto la qualificazione giuridica dell'avvenimento controverso con connesso controllo logico-formale dell'organo giudicante.

Ebbene, se si desse il caso di fattispecie di "quasi evidenza" in ordine all'elaborazione degli esiti conoscitivi, anche relativamente al giudizio di diritto bisognerebbe applicare il ragionamento in precedenza articolato relativamente al dubbio sulla prevalenza di un'aspettativa sociale sulle altre (in correlazione all'analisi da condurre sulle prassi valutative) e passare, quindi, *de iure condendo* dalla dimensione della dinamica probatoria all'altra del sindacato politico-giurisdizionale di marca statica. Quest'ultimo si rende necessario, come si è detto, per quella variabile sconosciuta (rispetto alla quale in vista del giudizio politico-giurisdizionale si possono solo formulare ipotesi) da cui dipende l'impossibilità di attrarre - se non sul piano della generalizzazione tipica dell'applicazione in via analogica - nella prospettiva di evidenza il fatto da giudicare con i suoi profili di novità.

Finché non sarà possibile l'auspicato sindacato politico-giurisdizionale, gli argomenti "quasi evidenti" anche relativamente al giudizio di diritto rimarranno sul tappeto come ragionamenti di tipo probabilistico che solo apparentemente possono portare all'applicazione dell'art. 530 comma 2 c.p.p., oppure (applicando in via analogica siffatta norma) ad una delibera simile a quella supposta per il giudizio ricostruttivo del fatto storico addebitato, fondata sull'*in dubio pro reo*. Questo non toglie che sul livello della generalizzazione tipica dell'analogia (o dell'applicazione - che dir si voglia - di una fattispecie tipica ad una situazione che presenti un elemento di particolarità di cui non si capisce l'incidenza sulla versione ricostruttiva del fatto) si può anche affermare - nell'ottica delle considerazioni sopra svolte - l'esistenza della prova positiva o negativa del fatto intriso di profili particolari che sia stato foriero di dubbi assiologici.