



RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE



Anno LXIV Fasc. 3 - 2021

ISSN 0557-1391

Fabiana Falato

**LA CRISI DEL SISTEMA
TRADIZIONALE
DI VERIFICAZIONE DEL FATTO.
TRA LOGICA ED ESPERIENZA**

Estratto

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

FABIANA FALATO

Ricercatrice di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Napoli,
Federico II

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO. TRA LOGICA ED ESPERIENZA

949

Abstract

Lo studio ha l'obiettivo di chiarire in che modo, con quali regole e quando e in che misura, rispetto al sistema legale di prova, il contributo personologico, privato del giudice può incidere nel giudizio, che non è libero, essendo guidato da regole di comportamento e da principi euristici che condizionano la contesa tra fatto e fattispecie, che il giudice è chiamato a sciogliere.

*The Crisis of the Traditional Fact-Checking System.
Between Logic and Experience.*

Abstract

The goal of this paper is to clarify how, with what rules, and when, as well as to what extent, with respect to the legal system of evidence, the personological, private contribution of the judge can affect the judgment, which is not free since it is guided by behavioural rules and heuristic principles that condition the dispute between the actual fact and model fact situation, which the judge is called upon to resolve.

SOMMARIO: 1. La posizione del problema nei segni della storia moderna e post-moderna della scienza giuridica (epitome). — 1.2. Il valore metodologico delle definizioni. — 2. La crisi dei paradigmi di sistema nelle ricostruzioni della dottrina contemporanea. Alternative modali. — 2.1. La improbabile endiadi tra indizio ed esperienza. Il ricorso alla semantica per ricondurre a razionalità il sistema. — 3. Orientamenti critici sulla funzione cognitiva delle massime d'esperienza e tentativi (non sempre riusciti) della dottrina di trovare soluzioni rimediatriche efficaci. — 4. Le scelte sistemiche conclusive.

1. *La posizione del problema nei segni della storia moderna e post-moderna della scienza giuridica (epitome).* — Il fatto giuridico della dichiarazione di responsabilità è il risultato di un procedimento diretto a far pervenire un iniziale stato di incertezza della pretesa punitiva dello Stato (artt. 405, co. 1; 416; 417, lett *d*), c.p.p.) ad una finale condizione di *certezza* (artt. 27, 2° co., Cost.; 533, co. 1, c.p.p.), non intesa in senso assoluto o naturalistico ma *processuale, legale*.

Il filo conduttore delle riflessioni fonda sulla consapevolezza che presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna; il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione. Il terreno è quello della logica giuridica; un ambito di ricerca vasto ed eterogeneo, in cui l'accertamento si sviluppa attraverso la combinazione di profili soggettivi e oggettivi, di fatti e atti su cui cade l'opera di decifrazione del giudice e tende alla progressiva chiarificazione dell'avvenimento, eliminando qualsiasi conflitto di apprezzamenti intorno alla realtà giuridica (non fenomenica) imputata. La tecnica è suggerita dall'art. 27, 2° co., Cost., che attribuisce all'art. 192, co. 1, c.p.p. la natura di *norma di metodo* e indirizza il ragionamento giudiziale, tanto più se innesta le *massime d'esperienza*, alla fondatezza della decisione, prima che alla correttezza della sua argomentazione (esigenza pure avvertita in quella disposizione). Ciascuna area svela la *via del comprendere* del giudice, attraverso cui egli vaglia le ipotesi circa la classificazione e la valutazione del caso concreto. A sua volta, il *quomodo* del confronto dialettico tra le ipotesi condiziona, garantendolo, il risultato, esaltando il ruolo di malleveria dei *mezzi* attraverso cui si compie l'opera accertativa, i tempi ed i modi del procedimento probatorio, lo strumento (l'interpretazione) ed il modo di essere (la discrezionalità) e di esplicitarsi (la motivazione) di quel *comportamento*. Tratteggiando un sistema in cui la prova funge da premessa maggiore da cui trarre, al di là di ogni dubbio logico, la conclusione. Ora, mentre i *mezzi* attengono al rapporto tra prova e fattispecie, quindi, al

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

momento dell'acquisizione *legale* dei *saperi giudiziari*; la *tecnica* investe la connessione tra *conoscenze* e *cognizione*, tra inferenze e *valore* del giudizio (non giudizi di valore), riguardando un profilo in cui si inserisce l'*esperienza* che, a sua volta, rimanda alle relazioni tra *saperi privati* del giudice e decisione. Tutte le situazioni interferiscono secondo un rapporto di reciproca strumentalità, tracciando le coordinate normative dirette a disciplinare le espressioni delle conoscenze del giudice e le valutazioni giudiziali del fatto per assicurare la giustezza della decisione, nonché le relazioni che, in funzione della regola sulla responsabilità, si stabiliscono tra fatto, accertamento, giudizio e sanzione. Metodo congeniale per fissare la dimensione dell'innocenza, su cui si misura la necessità dei *saperi privati* del giudice rispetto al giudizio sul fatto.

In questo susseguirsi di eventi, le ragioni della storia sono criterio imprescindibile per ricostruire la categoria della *scienza privata* del giudice, a cui appartiene l'*esperienza*; per comprendere il modo e la misura con cui il suo contributo personologico può incidere nel giudizio, posto che esso non è libero, essendo guidato da regole di comportamento e da principi euristici che condizionano la contesa tra fatto e fattispecie che egli è chiamato a sciogliere.

Qualcuno potrebbe ritenere che la prospettiva storiografica che coltiviamo corre il rischio di fornire analisi ed esperienze danneggiate dalle diversità di epoche e di ricognizioni. Non è così. I prodotti intellettuali (seppure selezionati per sintesi) svelano l'incedere dei nodi attraverso cui i *criteri di verità* si legano all'essenza delle garanzie costituzionali sottese alla presunzione d'innocenza, alle sue componenti assiologiche e valoriali; penetrano il complesso problematico in cui si organizza il rapporto tra *inferenza esperienziale* e giudizio di fatto; consentono di costruire alternative modali all'ermeneutica contemporanea che, quando se ne interessa, è nel segno della continuità rispetto alla precedente, mostrando di non avere riguardo per la profonda diversità che l'*esperienza* aveva in un processo autoritario d'epoca liberale, in cui funzionava come metodo efficace per arginare il libero arbitrio del giudicante, rispetto a quella che assume (deve assumere) nel processo attuale, in cui proprio quel ruolo è messo in discussione.

Alla continuità ricostruttiva della letteratura che ammette l'uso massimalistico delle *generalizzazioni di senso comune*, riconoscendo autonomia cognitiva alle percezioni che il giudice abbia ottenuto fuori dal processo¹, si replica individuando strade alternative che partendo

¹ M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in questa Rivista, 1969, 146, ma già, E. BATTAGLIA, *Scienze della natura e scienze umane. Alcune considerazioni*

dalla convinzione secondo cui il giudizio risponde ad una logica oggettiva, prevedendo un rapporto diretto del giudice col dato (non in direzione della ricerca ma della sua valutazione), se ne distaccano. Una ricerca che si allontana pure dalle posizioni (ri)assunte da altra dottrina, che ne definisce l'ambito di applicazione in termini di obbligo, intendendole « più che come eccezionale utilizzazione di scienza privata, come insostituibile ricorso al patrimonio dell'esperienza passata »²; e da quelle, opposte, abolizioniste, per le quali « il concetto di massima d'esperienza (...) non ha alcuna utilità concreta per la scienza processualistica, e quindi può venire da essa definitivamente abbandonata »³, sicché ricorrervi « costituisce un modo di reintrodurre quei criteri pre-determinati di valutazione che il superamento del sistema della prova legale nel processo penale aveva dimostrato incapaci a fungere da regole della prova »⁴. Uno studio, infine, che, pur condividendo la tesi di chi individua nella motivazione della sentenza lo strumento per controllare la validità razionale della discrezionalità inferenziale del giudice⁵, dimostra che il tema dell'*esperienza* va affrontato innanzitutto a monte, cioè, in relazione al *comportamento* del giudice nella gestione del rapporto tra *modi* d'uso e contenuto delle *massime*, e, solo dopo, ponendosi il

952

sulle « massime d'esperienza », in *Riv. inter. fil. dir.*, 1963, 584 ss.; P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, 294 (poi in *Opere giuridiche*, V, 1972, p. 425 ss.); G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, 33-34; F. MAZZARELLA, *Appunti sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, 65 e successivamente, E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 208-209; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993, 61. M. NOBILI, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 59-60.

² M. NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., 146.

³ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 51 ss. Si conformano, seppure con diversa intensità, M. MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, 210-211; ID., *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 152 ss. e ID., *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, 88, 99-100; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocenza e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 38, 44, 51; ID., *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento del giudice penale. vecchi e nuove esperienze*, Atti del Convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002, Milano, 2004, 107.

⁴ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1969, 105 e, di recente, E. M. CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano, 2016, 77.

⁵ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 243 ss.; ID., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83 ss. e 90 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 408 ss. e, da ultimo, ID., *Considerazioni su prova e motivazione*, in ID., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 397 ss.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

problema della verifica della giustezza della scelta delle opzioni di *sensu comune*.

Gli eventi da mettere sotto speculo riguardano il pensiero giuridico che, a partire dal XVIII secolo, si è impegnato nella complessa ricostruzione dell'opera intellettuale del giudice e delle *concezioni* della giurisdizione. Di questa cultura, vi sono tracce evidenti nella filosofia del positivismo giuridico, orientata prevalentemente sulla teoria del sillogismo di tipo apodittico ⁶, che sosteneva una ideazione meccanicistica del ragionamento giuridico informata sul metodo deduttivo nella interpretazione della legge e nell'accertamento del fatto. Si concepiva, cioè, uno schema interamente dominato dalla logica formale, in cui le premesse, *certe* (le norme) e *date* (i fatti), erano rappresentate dalla legge e dai fatti, la cui ricognizione, a sua volta, si svelava come un'attività tecnica, fondata su evidenze, affidata alle leggi scientifiche, sottratta alla « logica del preferibile » ed efficace, in termini di certezza, rispetto alle conclusioni raggiunte ⁷. Si proponeva, in sintesi, un modello, che concepiva la decisione sull'episodio controverso come un « sillogismo apodittico finale » fondato su « uno schema di ragionamento che, postulando un rapporto causale — e non probabilistico — tra i significati dell'*inventio* e quelli della pronunzia, assegnava al giudice il potere di attribuire incondizionata validità alla lettera delle risultanze processuali » ⁸ el corso del XX secolo, sulla scia dell'ermeneutica di Perelman, von Wright, Esser, Gadamer ⁹, la concezione meccanicistica del giudizio, la logica formale ed il logicismo furono messi in crisi dall'approccio esegetico verso un modello sillogistico che, pur non espungendo le componenti logiche, muoveva, affiancandole alle prima, da premesse opinabili, derivate da

⁶ Da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Firenze, 1950, 18 e 174 ss. a P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Studi di diritto proc. civ.*, vol. I, Padova, 1930, 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 3 ss.

⁷ I. M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica* (1961-1994), (trad. a cura di R. Lupacchini), Bologna, 1999, 20, 40.

⁸ M. MENNA, *Logica e fenomenologia*, cit., 48.

⁹ C. PERELMAN, *Trattato sull'argomentazione giuridica. La nuova retorica* (1958), (trad. a cura di L. Ribet), Torino, 1966; G. H. VON WRIGHT, *Logica deontica e semantica* (1916), (trad. a cura di G. Di Bernardo), Bologna 1977; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1960), (trad. a cura di S. Patti e G. Zaccaria), Napoli, 2010 (1983); H.-G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), (trad. a cura di G. Vattimo), Milano, 1983. Per l'approfondimento, si rinvia A. FALLONE, *Il processo aperto: il principio di falsificazione oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale*, Milano, 2012, 64 ss.

giudizi di valore¹⁰ costruiti sulle massime d'esperienza; perciò, su presupposti non passibili di controllo logico, né di verifica empirica. Il passaggio da un rito giudiziale esaustivo nella sua supposta perfezione razionale e ideologica, a modelli *duttili*, consentiva la convivenza della *logica* e della *opinione*; affiancava l'approccio induttivo al metodo logico-deduttivo; sostituiva al sillogismo apodittico, il sillogismo dialettico¹¹. Di conseguenza, il ricorso alla osservazione ripetuta dei fenomeni sociali, diventava attività necessaria a eliminare le ipotesi irrilevanti secondo l'*id quod plerumque accidit*, pur non rispondendo all'esigenza di individuare una causa indiscussa dell'avvenimento fattuale.

La dottrina post-moderna¹² riconosce una posizione privilegiata all'*esperienza*, per la quale funzionerebbe addirittura come *precomprensione*¹³, dirigendo il giudice verso gli orizzonti delle scelte collettive, la cui anticipazione, nell'itinerario argomentativo, troverebbe criterio e fine nel consenso sociale. In tal modo, seppure non arrivino a riconoscere l'uso assolutistico delle *massime d'esperienza*, gli interpreti le pongono su un piano paritario rispetto ai *saperi legali*, nonostante la opinabilità delle premesse non garantisca la *certezza* delle conclusioni, svelando la *inefficace parzialità* del ragionamento a dare certezza all'ipotesi accusatoria. Accertamento — si chiarisce — che non si pretende in termini di episteme, bensì di *soluzione proceduralmente corretta*, avuto riguardo allo stato delle evidenze disponibili e alla *legalità* dei relativi *modi* di acquisizione.

Le premesse originano dall'itinerario dettato dalla linea normativa degli artt. 111, 2° co., Cost.; 190, co. 1 (495, co. 4 *bis*); 468, co. 1; 495, co. 1; 468, co. 2; 495, co. 4; 190, co. 2; 507; 519, co. 2; 523, co. 6; 603; 190, co.

¹⁰ Per tutti, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, 1954.

¹¹ Lo scrive N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 284-285.

¹² C. PERELMAN, *Trattato dell'argomentazione*, cit., 56; S. E. TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione* (1958), (trad. a cura di G. Bertoldi), Torino, 1975). In termini, tra gli altri, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 26 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 23; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, 1993, 53 ss.; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 222; M. NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., 175 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 155 e 218; ID., *Considerazioni su prova e motivazione*, cit., 407 ss.; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 1 ss.; ID., *Fatto e valore*, cit., 64. Di recente, A. FALLONE, *Il processo aperto*, cit., 109 ss. e 118 ss.

¹³ Nel senso impresso da J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 3 ss., 16 ss., 132 ss.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

3; 495, co. 4 ult. parte, c.p.p. quando descrive i *modi* della *costruzione* delle conoscenze del giudice; e dal combinato disposto degli artt. 526, co. 1; 533, co. 1, laddove nega autonomia ai giudizi elaborati fuori dall'ambito di indagine delineato dal fatto processuale e basati sulle *generalizzazioni*, sulle conoscenze formate sull'*id quod plerumque accidit*. Entrambi gli itinerari risolvono la conflittualità ideologica del libero convincimento: spostando l'accento sul rigore accertativo, elevando le regole processuali da mere condizioni di validità delle decisioni giudiziali a vere e proprie condizioni di verità delle stesse, escludono la possibilità che il giudice, nella prospettazione delle ragioni poste a fondamento della decisione, possa richiamarsi a dati che non scaturiscono dal dialogo delle parti¹⁴. Da questi prodromi, l'*esperienza* esce radicalmente ridimensionata, ponendosi in termini di *relatività* rispetto al suo grado di affidabilità quale argomento giustificativo della decisione.

Detto altrimenti. Se nel contesto delle inferenze giudiziali, il *sapere esperienziale* assume caratteri peculiari, fondando sul *senso comune*, su un passivo accumulo di osservazioni che si manifestano come *sapere incerto*, incompleto, indipendente dal fatto processuale e giustificato sulla ripetizione di avvenimenti valevoli per nuovi casi; se si manifesta sotto forma di *generalizzazioni* empiriche tratte con procedimento induttivo dalla percezione comune del fatto che, così, forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade, perché giunga alla verità. Specularmente, se la efficacia del ragionamento dipende dal *valore di verità* (dato dalla corrispondenza tra imputazione e prova: artt. 417, co. 1, lett. b) e 187 c.p.p.) degli enunciati utilizzabili e se il rapporto tra potere-atto-scopo (contraddittorio-mezzo di prova-convincimento) si pone come argine al libero convincimento e all'uso in esso dei saperi del giudice, allora, il fatto imputato è logicamente e razionalmente verificato, soltanto quando la valutazione presuppone un percorso cognitivo tracciato dagli itinerari imprescindibili della dialettica e fonda sui *saperi legali* desunti, cioè, dai contributi istruttori, rispetto ai quali, la componente *privata*, se non è eliminabile, ha sicuramente una funzionalità *relativa* rispetto al superamento della presunzione di innocenza, che deve essere spinta fino al di là di ogni ragionevole dubbio.

¹⁴ G. RICCIO, *Sinossi*, in F. FALATO, *I saperi del giudice. A proposito della scienza privata del giudice*, Napoli, 2021, XIV.

1.2. *Il valore metodologico delle definizioni.* — Sarebbe complicato spiegare le soluzioni offerte, le ragioni culturali e la valenza politica che le oppongono alle teorie perseguite dalla dottrina dominante, senza considerare la semantica della categoria delle massime d'esperienza.

Risale a Friedrich Stein nel 1893, la definizione del concetto di *Erfahrungssatz* come « giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue singole circostanze conquistate con l'esperienza ma autonome rispetto ai singoli casi dalla cui osservazione sono dedotte ed oltre ai quali pretendono valore per nuovi casi », funzionali a integrare le norme giuridiche, ogniqualvolta richiamino, precisamente, un precetto dell'esperienza ordinaria o di quella tecnica. In queste ipotesi, il giudizio di valore diventa parte della stessa norma giuridica; v'è, quindi, una sussunzione della prima nella seconda, che ne giustifica la collocazione « tra le premesse maggiori della sentenza »¹⁵. Secondo Stein, dunque, le *massime d'esperienza* sono regole generali, idonee a costituire la premessa maggiore di inferenze di carattere deduttivo. Nonostante siano indipendenti dal caso specifico, essendo tratte dalla osservazione di quanto è generalmente avvenuto in molteplici casi, esse sono suscettibili di applicazione nelle situazioni della stessa specie e, per questo, pur non formando oggetto di accertamento nel singolo processo, servono da criterio e da guida per la risoluzione della *quaestio facti*, contribuendo, in maniera efficace, alla formazione della persuasione giudiziale.

La dottrina italiana, senza soluzione di continuità, è identitaria¹⁶.

¹⁵ F. STEIN, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893 (trad. in C. Leone, *Contributo allo studio delle massime d'esperienza e dei fatti notori*, in *Annali dell'Università di Bari*, 1954), 21 e 39.

¹⁶ In estrema sintesi, a partire dagli antecedenti rinvenibili in E. BONNIER, *Trattato teorico e pratico delle prove in dritto civile e in dritto criminale*, Palermo, 1853, 12 ss.; P. ELLERO, *Della critica criminale*, Venezia, 1860, 37-38; L. LANZILLI, *Prospetto filosofico della istruzione della pruova né giudizi penale*, Avellino, 1845, 12 ss, 22-23; G. D. ROMAGNOSI, *Vedute fondamentali sull'arte logica* (1832), in *Opere scelte*, I, Roma, 1936, 324 ss. e 341 ss.; attraverso, E. ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 3 ss.; fino ai recenti, L. DITTRICH, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Tomo II, Milano, 2019; 1741; B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, 152 ss.; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 44 ss.; G. GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi, G. Tuzet, Torino, 2018, 394 ss.; M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Milano, 2013, 317 ss.; L. MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, 653 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 370-371; M. MENNA, *Le scansioni del dibattito*, in *AA. Vv.*, *Imputazione e prova nel dibattito tra regole e prassi*,

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

Considera l'*esperienza* categoria normativa; le attribuisce funzione di inferenza; ne individua la fonte nella induzione, ovvero, in « una serie di percezioni singoli a casi analoghi, non ancora osservati », per cui, si dice, « dalla maggiore o minore sicurezza della regola di esperienza impiegata dipende la maggiore o minore fondatezza della conclusione, cioè il maggior o minor grado di verisimiglianza del fatto ritenuto dal giudice »¹⁷. Di qui, l'affermazione prevalente della *necessità* dei *saperi esperienziali* nella valutazione della prova¹⁸ e il loro utilizzo in termini autonomistici, in quanto, « senza le massime d'esperienza (...) il giudice non potrebbe ragionare e, se non ragionasse, la soluzione della questione di fatto sarebbe molto simile ad un gioco d'azzardo »¹⁹. Pertanto, « le regole extranormative, frutto dell'esperienza passata, svolgono una funzione insostituibile per la formazione del convincimento del giudice »²⁰, nonostante, si scrive, tale impiego sia in grado soltanto di condurre a una definizione probabilistica e/o altamente probabile del fatto e della responsabilità ma sicuramente non certa, poiché, « se dalle scienze formali si passa a quelle empiriche o reali (...) bisogna prendere atto che non esiste un metodo in grado di garantire l'assoluta certezza o verità delle conclusioni, le quali restano soltanto più o meno probabili »²¹.

957

2. *La crisi dei paradigmi di sistema nelle ricostruzioni della dottrina contemporanea. Alternative modali.* — Le tesi, le ultime, sono alimentate

Milano, 2018, 59 ss.; R. PALAVERA, *Scienza e senso comune nel diritto penale*, 2017; D. PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in *La prova scientifica*, cit., 48 ss.; F. STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento del giudice penale. vecchi e nuove esperienze*, Milano, 2004, 106 ss.; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 38, 44 ss.; M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 551 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 665 ss.; ID., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in ID., *Verso la decisione giusta*, cit., 247 ss.; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 84 ss.; L. ZUFFI, sub art. 115, in *Codice di procedura civile*, Artt. 1-286, I, diretto da C. Consolo, Milano, 2013, 1374 e 1408.

¹⁷ F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico*, Roma, 1915, (rist. a cura di P. Perlingieri), Napoli, 2016, 77- 79.

¹⁸ La dottrina è consolidata. Tra i molti, E. AMODIO, voce *Motivazione: II) Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 208-209; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 67; ID., *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639; F. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 1966, 976; M. NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., 125 e 159; G. UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 60. Da ultimo, A. FALLONE, *Il processo aperto*, cit., 124;

¹⁹ F. CORDERO, *Procedura Penale*, cit., 615 e 618.

²⁰ M. NOBILI, *Nuove polemiche*, cit., 125.

²¹ P. FERRUA, *Presentazione*, in AA. VV., in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 4.

dalla *cultura della verità corrispondentista* che propone criteri veritativi di natura empirica stabiliti sul grado di approssimazione, accostamento, avvicinamento del fatto alla verità oggettiva, dipendenti dal livello di corrispondenza agli enunciati giuridici e fissati secondo parametri di probabilità logica ²².

Altrove, il punto lo abbiamo ricostruito in termini profondamente diversi ²³, operando una revisione critica di quella teoria, opponendole la concezione *giuridica* di *verità*, accorsata dal profilo sistemico ed epistemico, originata da un'indagine regolata nelle forme (legale) e accertata mediante regole giuridiche rispondenti a una logica normativa che la destina alla decisione. Il rapporto tra fattispecie e imputazione (la compenetrazione della prima nella seconda), il contraddittorio delegato alla formazione della prova e alla ricostruzione dei saperi del giudice, la motivazione come comportamento che consente il controllo del ragionamento probatorio sono altrettanti postulati che definiscono *legale* la verità, poiché la tipicità dei modi per accertarla impone metodi di valutazione vincolati *alle e dalle* regole. La prescrivono *dialettica*, dovendosi manifestare al giudice attraverso il dialogo tra le parti. Ne svelano la *socialità* ed il valore culturale, in sintonia con i caratteri del costituzionalismo contemporaneo, che risente degli effetti dello sviluppo della tutela delle situazioni soggettive dettata dalle legislazioni costituzionali, dalle esperienze pratiche e dalle culture giuridiche pluraliste.

Il nostro *modello di verità*, insomma, fa affidamento su un'*idea di verità* che costruisce l'evento attraverso le norme, affidandone l'accertamento esclusivamente alle pratiche giudiziarie e giudiziali e dà rilevanza alla imputazione, specificamente, al fatto descritto nella disposizione sostanziale tradotta in una fattispecie processuale; e fonda sulla convinzione che è ostentabile socialmente soltanto una *verità* accertata in contraddittorio da un soggetto terzo e imparziale, vera o no che sia, essendo, in generale, più accettabile razionalmente e di fatto più accettata. Sicché, se v'è *corrispondenza* tra situazioni, essa si palesa rispetto alla realtà osservata, non all'avvenimento naturale; si relaziona ai *saperi necessari* del giudice, alle conoscenze costruite attraverso principi (immediatezza e legalità della prova), avvenimenti (ammissione, acquisi-

²² In generale, O. MAZZA, voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2014, 6 e 7.

²³ F. FALATO, *I saperi del giudice. A proposito della scienza privata nel processo penale*, Napoli, 2021, 48 ss.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

zione e valutazione) e critica (ragionevole dubbio) del discorso probatorio, considerato quale unico strumento capace di garantire la *percezione legale* della verità, impegnando il giudice a superare il dubbio utilizzando parametri di valutazione oggettivi, idonei ad assicurare la razionalità del ragionamento e la certezza probatoria della colpevolezza dell'imputato.

Ora, seppure nessun legislatore riuscirà mai a codificare i criteri di verità, tuttavia, gli indici normativi per stabilire il corretto rapporto tra *certezza* e *probabilità*, non mancano: gli artt. 533, co. 1; 529, co. 2; 530, co. 2 e 3, c.p.p. richiedono, rispettivamente, per condannare, l'acquisizione *certa* (il verbo « risulta » fa prevalere la connotazione oggettiva) di elementi positivi di prova della responsabilità, la *persuasione*, la *sicurezza* del risultato, laddove, per assolvere, basta il dubbio; dal canto suo, l'art. 526 co. 1, c.p.p. obbliga il giudice al rapporto necessitato tra prova utilizzabile e decisione. Di conseguenza, siamo convinti che le inferenze idonee a superare il limite del ragionevole dubbio, quelle che egli adotta, prima, ed esprime, poi, devono essere obiettive e presentare il carattere della *novità*, dunque, devono essere organizzate rispetto al caso concreto e modellate secondo l'itinerario dimostrativo emerso dal procedimento probatorio. Deve trattarsi, insomma, di modelli cognitivi formulati innanzitutto sulla base dei *saperi legali*, pur ammettendosi (alle condizioni che vedremo) i *saperi esperienziali*.

Un ulteriore indirizzo è suggerito dal segmento degli artt. 192, co. 1; 546, co. 1, lett. e); 606, co. 1, lett. e), c.p.p. che, definendo la struttura legale della motivazione, disciplinando la procedura dell'argomentazione e indicando il metodo formale del *comprendere*, guida il giudice nell'accertamento degli enunciati sul fatto imputato, scongiurando il rischio di *degenerazioni irrazionalistiche*.

Entrambe le linee normative, seppure appartenenti l'una alla situazione della *scoperta* del fatto, l'altra al contesto giustificativo, offrono una mappa di orientamento della ricognizione del fatto, basata, rispettivamente, sulle evidenze e sulla razionalità, necessarie ad assicurare la certezza processuale; mentre, ea sua volta, la giustezza della decisione dipende dal vincolo esterno all'osservanza del metodo. Insomma, l'uso del precetto garantisce la conformità al fatto processuale e, di conseguenza, fonda la *legalità* della decisione. Correlativamente, i criteri razionali desumibili dalla logica implicano la considerazione del *significato* dei risultati probatori disponibili che li giustificano da intendersi, non alla stregua della prova legale, né in termini di predeterminazione

cognitiva ma come potenzialità di conferma o di smentita dell'ipotesi accusatoria, tenendo conto che il parametro stabilito dall'art. 533, co. 1, c.p.p., fornendo un metro di giudizio costruito sulla rispondenza della decisione alla nozione *giuridica* di verità e affidando l'affermazione di responsabilità a parametri decisorii stringenti oltre che a una valutazione di tipo logico²⁴, riduce il rischio di condanne ingiuste.

Così concepito, il percorso che ricostruisce la verità abbandona ogni riferimento alla *probabilità* per assumere, contestualizzato, quello della *certezza* processuale che, a sua volta, è il risultato del discorso probatorio e l'espressione della funzione della prova; si è ancora alle conoscenze giudiziali disponibili, circoscritte alla tesi accusatoria formulata sulla base di un linguaggio normativamente prestabilito; si giustifica sulla base dei fatti acquisiti tramite il contraddittorio.

In questi termini, la logica che lo presiede, richiedendo ragionamenti privi di contraddizioni e coerenti con i dati osservati, diventa metodo delle *inferenze legali*, conducendo a un *sapere certo* e, dunque, a una decisione *giusta* e ne stabilisce il distinguo dalle deduzioni esperienziali. Del resto, dire che *di solito accade X*, non equivale a dire che *stavolta è accaduto X*.

L'idea, tuttavia, non vuole certamente negare efficacia cognitiva alle inferenze esperienziali — non potrebbe, considerata la loro codificazione nell'art. 192, co. 1, c.p.p. —, avvertendo solamente la necessità di cercare *modi* per evitare il rischio di fallibilità di una *tesi* costruita su un bagaglio informativo scaturito dall'*esperienza*, piuttosto che dalle prove, che nega solidità al supporto conoscitivo della *massima* e a ciò che si suppone ne sia derivato. Invero, la genetica disomogeneità tra fatto ed esperienza e la difficoltà modale di creare affidabili generalizzazioni producono una base empirica ontologicamente e qualitativamente disomogenea, rendendo incerto il relativo canone di verità. Perciò, il metodo del discorso esperienziale va rintracciato nell'uso delle inferenze induttive secondo il criterio della *relatività* e abbandonando concezioni autonomiste.

Torniamo allo stato della dottrina recente, la quale, s'è detto, rivela una convergenza con la letteratura del Novecento, di cui ripete le definizioni: le massime d'esperienza « consistono in giudizi ipotetici a contenuto generale indipendenti dal caso da decidere, fondati su ripetute esperienze e idonei a valere per nuovi casi »; « costituiscono la premessa

²⁴ G. RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 297.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

maggiore [del ragionamento probatorio del giudice rappresentato nella forma del sillogismo], gli elementi di prova dai quali si ricava il fatto secondario integrano la premessa minore, il risultato di prova che porta all'accertamento del fatto principale corrisponde alla conclusione»; «l'esperienza costituisce il fondamento e la ragione di validità delle massime in questione, mentre la loro funzione sta nel fornire un criterio valutativo per fatti successivi alla loro formazione»²⁵. In questi termini, la generalizzazione è «autonoma dal caso di specie che si tratta di decidere e preesisterebbe alla valutazione rendendola possibile»²⁶. Sicché, nell'ambito della narrazione dei fatti costruita dal giudice, le massime d'esperienza «svolgono una funzione epistemica, in quanto rappresentano strumenti dei quali il giudice si serve per derivare da fatti noti, per il tramite di inferenze fondate sulle massime, la conoscenza indiretta di fatti di cui deve stabilire la verità (...) per mezzo di un ragionamento presuntivo o indiziario»²⁷, mentre, sotto l'aspetto modale, si confermano l'uso del *sensu comune* in qualità di criterio di verità²⁸ «sia nel valutare l'attendibilità del dato probatorio che nel procedere dal dato indiziante al fatto da provare»²⁹ e la sua imprescindibilità³⁰.

961

2.1. *La improbabile endiadi tra indizio ed esperienza. Il ricorso alla semantica per ricondurre a razionalità il sistema.* — L'orientamento secondo cui l'esperienza «appartiene ai modelli tipici del procedimento

²⁵ G. GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 394-395. Da ultimi, con differenti motivazioni, F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2013, 10; F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 317 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit., 363; N. MANNARINO, *La prova nel processo*, Padova, 2007, 147 ss.; R. PALAVERA, *Scienza e senso comune*, cit., 21 ss.; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, Torino, 2017, 276; A. SCALFATI, D. SERVI *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di Procedura Penale*, 2-Prove e misure cautelari, I- *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, 63, nota 199.

²⁶ N. MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., 184.

²⁷ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime*, cit., 564. Allo stesso modo, A. SCALFATI, voce *Prova (sagoma e sistema)*, in *Dig. proc. pen. online*, Torino, 2013, 30.

²⁸ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in AA. VV., *Procedura Penale*, Torino, 2019, 279 e R. PALAVERA, *Scienza e senso comune*, cit., 139.

²⁹ N. MANNARINO, *La prova nel processo* cit., 149 e 151.

³⁰ G. GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 396. Allo stesso modo, O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove*, cit., 307-308; F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 297 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 183; N. MANNARINO, *La prova nel processo*, cit., 153; P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, Torino, 2014, 16; ID., *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, 2017, 11; G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, Torino, 2018, 20.

probatorio di natura indiziaria »³¹ ci appare soluzione impraticabile in un contesto nel quale ciascuna categoria manifesta specificità ordinamentali e trame procedimentali non omologabili. Affermarlo, infatti, vuol dire far derivare la *regola d'uso* delle *massime* dal contesto dei canoni stabiliti per la prova indiziaria dall'art. 192, co. 2, c.p.p., pur appartenendo alla categoria dei *giudizi*, non anche a quella dei *fatti*.

Le stesse ragioni ci pongono in una posizione di critica anche dei prodotti della giurisprudenza³², essendo evidente, anche lì, la incapacità dell'interprete di sottrarsi alla tentazione di ripetere schemi approntati dal legislatore a fini diversi e destinati ad assolvere una diversa funzione.

Il fronte sistemico stabilisce un definito punto metodologico, rappresentando il presupposto della discontinuità tra *massima d'esperienza* e *indizio* e la premessa della evidente diversità dei relativi fondamenti: *l'esperienza* è *strumento* del giudizio; non è *fatto* — come lo è l'*indizio* — di conseguenza, essa non rientra nel potere dispositivo delle parti ma in quello cognitivo del giudice; non essendo un *avvenimento interno* al processo non esistono nel sistema mezzi di prova idonei a rappresentarla come pure, al contrario, è stato sostenuto nel dibattito dottrinale, in maniera evidentemente non coerente né conforme al modello processuale. Infine. L'*esperienza* descrive l'ambito di conoscenze appartenenti al giudice in quanto patrimonio diffuso della società; ne permea i *saperi* aggettivandoli come *privati*, per opporli a quelli *legali* e, soprattutto, per evidenziare che si formano *al di fuori* dell'agone giudiziario. L'aggettivo *privati*, difatti, rimanda a giudizi ipotetici, generali eastratti scaturiti da fatti *altri* dall'imputazione, da dati fattuali, da *esperienze*, appunto, che non partecipano della logica dialettica, nonostante condizionino i contenuti della decisione, anche quando va in direzione dell'affermazione di responsabilità dell'imputato. Perciò, se il *sapere* che si radica sull'*esperienza* è il « risultato non ragionato di un più o meno passivo accumulo

³¹ A. SCALFATI, voce *Prova (sagoma e sistema)*, cit., 30. Si conforma, G. GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 397. In precedenza, G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 174-175. Seppure con diversi modi, riferiscono l'art. 192, co. 2, c.p.p. al ragionamento probatorio basato sulle massime d'esperienza, A. BERNASCONI, *Sistema probatorio e disposizioni generali*, in AA VV, *Manuale di diritto processuale*, Torino, 2017, 258-260; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 186 ss.; C. IASEVOLI, *La Cassazione penale "giudice dei diritti". Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 217; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 315-316, 334-335.

³² La giurisprudenza è consolidata: da Cass., VI, 25 marzo 1997, n. 1327, in *rv.* 208892 a Id., IV, 3 dicembre 2019, n. 50224.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

di osservazioni »³³ maturate in un determinato contesto storico-ambientale, non appaia peregrino affermare — e stigmatizzare — che i *fenomeni culturali*, le *ricostruzioni sociali* diventano, in tal modo, altrettanti *parametri cognitivi* della imputazione, in palese contraddizione con i canoni del cognitivismo processuale che impone severità (legalità) nella ricostruzione del fatto e della relativa responsabilità.

Si osservi. Una teoria rende conto di una certa realtà, quando ciò che la stessa sottintende esista e sia osservabile: la validità di un enunciato dipende dalla efficacia di tutto o di parte delle sue premesse. Sicché, se la realtà supposta non esistesse, o fosse solo parzialmente attendibile, il risultato enunciativo finirebbe per risentirne; inoltre, quanto più la realtà supposta è confermata dalle evidenze probatorie, tanto più il secondo si rivela processualmente certo.

L'interpretazione si corrobora nel sistema: la linea normativa degli artt. 112; 24, 2° co.; 111, 2° co., Cost.; 190, co. 1; 468; 493, co. 1; 496; 514; 526, co. 1; 606, co. 1, lett. d); 190, co. 2 (422; 507, 603), c.p.p. assoggetta la formazione della prova al vaglio del contraddittorio; ribadisce la dialetticità del modello cognitivo, informato al principio dispositivo; nega fisiologia a qualsiasi decisionismo probatorio del giudice se non autorizzato dalla legge; vincola la sentenza ai risultati delle prove argomentate dalle parti. A sua volta, i binomi degli artt. 191 e 526, co. 1, c.p.p. e degli artt. 192, co. 1 e 2-4, 193 ult. parte; 238 *bis* (193), 197 *bis*, co. 6, 526, co. 1 *bis*, c.p.p. collocano i *saperi* giudiziali all'interno di criteri oggettivi e verificabili di giustificazione del convincimento. Mentre, il segmento degli artt. 111, 2° co., Cost. 190, co. 1; 190 co. 2; 192, co. 1; 546, co. 1, lett. e) e 606, co. 1, lett. e), 530 e 533, co. 1, c.p.p. riconduce le dinamiche decisionali entro i confini del ragionamento attraverso le prove, prevedendo la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio come regola per decidere sulla responsabilità, componendo il giudizio « nella sua duplice articolazione di “strumento per la conoscenza” e di “valutazione del conosciuto” »³⁴. Detto altrimenti, attraverso quelle disposizioni il legislatore assoggetta i *saperi* del giudice al metodo del contraddittorio, in qualità di « strumento conoscitivo che sbarra l'ingresso nel processo a

³³ K. R. POPPER, *Proscritto alla Logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza* (1956), (trad. a cura di M. Benzi e S. Mancini), Milano, 2009, 71.

³⁴ G. RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 285.

materiali inaffidabili »³⁵ e detta le regole per utilizzarli ai fini del proprio convincimento. Quello (contraddittorio) e questo (il libero convincimento) assicurano *legalità* e *razionalità* all'accertamento, raggiunte attraverso un metodo giudiziale che, riconoscendo *il* dubbio come « valore comune » della « gnoseologia generale e [della] epistemologia giudiziaria » *eal* dubbio la funzione di « strumento di selezione delle ipotesi verosimili e di metodo di conoscenza », condiziona il superamento della presunzione di innocenza esclusivamente all'ipotesi in cui « la dimostrazione dei fatti giuridici rappresentati dall'accusa lascia aperti interrogativi “irragionevoli” »³⁶. Insomma, il contesto complessivo, rivelando la corrispondenza tra *processo legale* e *verità giudiziaria*, obbliga il giudice a ragionamenti predisposti sulle informazioni raccolte e forniteli dalle parti, da valutare attraverso inferenze attendibili e dimostrabili. Da parte sua, la presunzione d'innocenza, imponendo di risolvere a favore dell'accusato i casi di dubbio sulla affidabilità della ricostruzione accusatoria, implicitamente richiede quella elevata credibilità logica raggiungibile soltanto quando il ragionamento scaturisca dal dato ricostruito dialogicamente nel processo, non anche (non solo) dall'osservazione di casi analoghi *provati aliunde*, da *generalizzazioni* che, muovendo dall'osservazione di casi particolari preesistenti al *caso individuale* (fatto processuale), appartiene al giudice ma potrebbe non informare le parti. Del resto, *probabilità* e *certezza* già semanticamente sono concetti incompatibili: affermare, per esempio, che *di solito* si ammettono circostanze sfavorevoli solo se esse siano vere, o *di solito*, le dichiarazioni rese da un pubblico ufficiale sono certe, significa attribuire certezza probatoria a fatti che potrebbero non averla, posto che ciò che avviene *solitamente* non avviene necessariamente *sempre*, o, comunque, non *in ogni caso* rispetto al *fatto individuale* (imputazione) che, solo, impegna il giudice. Per cui, se *probabile* significa *eventuale*, se le inferenze esperienziali condensano altrettante *regole di probabilità*, non si comprende come l'incerto possa convivere con i bisogni di certezza e/o con la ragionevolezza del dubbio, e, prima ancora, come possa giustificare il peso della pena. Insomma, se è vero che non sono ipotizzabili preclusioni d'uso delle *massime d'esperienza*, essendo state codificate nell'art. 192, co. 1,

³⁵ P. FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale. i limiti legali*, in *Il Libero convincimento del giudice penale. vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 70.

³⁶ A. SCALFATI, *Prefazione*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura A. Incampo, A. Scalfati, Bari, 2017, 8.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

c.p.p.; allo stesso tempo è innegabile la loro incapacità — se utilizzate in via solipsistica — a ricostruire il fatto e la responsabilità in termini di certezza. Per noi, il *di solito*, se non è opportunamente supportato (vedremo come), fonda il ragionevole dubbio e impone l'assoluzione.

Ritornando al tema della improbabile endiadi tra *esperienza* e *indizi*. Gli indizi gravi, precisi e concordanti non variano dalla prova in senso stretto sotto il profilo strutturale, né per una minore vincolatività dell'inferenza, considerata la loro direzione probatoria conclusiva (art. 533, co. 1, c.p.p.)³⁷. Di conseguenza, restituito l'*id quod plerunque accidit* all'alveo delle inferenze supportate dai *saperi privati*, se v'è da individuare relazioni, esse devono riguardarne l'impiego, nei medesimi termini e con le stesse criticità, nell'ambito della valutazione della prova indiziaria e della prova diretta. Vale a dire che l'unico nesso ipotizzabile è quello che, come accade per la prova diretta, riconosce alla *massima d'esperienza* il compito di criterio veritativo della prova indiziaria.

L'indagine, poi, deve tener conto che anche per tale categoria probatoria resta ferma l'esigenza che il ragionamento giudiziale conduca alla conclusione con un alto grado di credibilità razionale³⁸ che, escludendo l'interferenza di decorsi alternativi, attribuisca la condotta all'agente come fatto proprio in termini di certezza³⁹.

Non potrebbe essere altrimenti, posto che il legislatore nell'art. 192 c.p.p. non ha inteso introdurre alcun agerarchia di valore nell'ambito delle diverse acquisizioni probatorie, indicando unicamente il tipo di argomentazione da applicarsi nell'operazione ricostruttiva⁴⁰. Sicché, anche l'*indizio probatorio* non può essere affidato soltanto a una valutazione basata su fatti *verosimilmente* accaduti, supposti o intuiti esclusivamente sulla scorta di generalizzazioni, dovendo ricevere riscontro innanzitutto dalle evidenze probatorie disponibili. Anzi, qui, il bisogno di informare al criterio della *relatività* i canoni d'uso dell'*esperienza* appare maggiormente avvertito, tenuto conto, in generale, della obbligata convergenza con la certezza processuale (s'è detto: valgono pure qui i criteri

³⁷ In senso contrario, A. DE CARO, *La valutazione della prova*, in *Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di V. Maffeo, Napoli, 2006, 74.

³⁸ Nel significato offerto da Cass., SS. UU., 10 luglio 2002, n. 30328, in *rv.* 222138 e 222139 e ribadito da Id., SS. UU., 22 febbraio 2018, n. 8770.

³⁹ Cass., II, 26 settembre 2019, n. 47277. Conforme, Cass., I, 3 marzo 2010, n. 17921, in *rv.* 247449.

⁴⁰ A partire da Cass., I, 30 gennaio 1992, n. 6992, in *rv.* 190643, fino a, *ex multis*, Cass., II, 12 luglio 2019, n. 35827; Id., V, 19 giugno 2019, n. 38108; id., II, 5 aprile 2019, n. 43885.

di giudizio dettati dagli artt. 27, 2° co., Cost. e 533, co. 1, c.p.p.) e, in particolare, della fisiologica polisemia ed equivocità degli indizi.

Si riconferma, anche per questa via, la inadeguatezza dell'uso massimalista dell'*id quod plerumque accidit*, che, vale la pena ricordarlo, pone il nesso tra fatti in modo più o meno attendibile — dunque, non certo — in base a ciò che si ritiene accada di solito secondo l'esperienza comune compendiata nelle massime utilizzate.

Siamo convinti, infatti, che in entrambe le *tipologie* (prova diretta-prova indiziaria), il rapporto tra dinamiche probatorie, tendenze accertative, indirizzi valutativi e verità si svela in una marcata prospettiva di valore, superando l'idea che il *sapere privato* del giudice possa circolare liberamente all'interno del processo e del giudizio.

3. *Orientamenti critici sulla funzione cognitiva delle massime d'esperienza e tentativi (non sempre riusciti) della dottrina di trovare soluzioni rimediale efficaci.* — Chi ritiene che « le massime d'esperienza inducono a precorrere il completamento della prova, sia guidando la formulazione delle ipotesi, sia consolidandone il supporto, quando non assicurandone anzitempo la conferma »⁴¹, ammette pure che « l'esperienza empirica non è in grado, di per sé, di pervenire ad asseriti definitivi, limitandosi, giocoforza, a verificare la similitudine tra eventi »⁴² e che, perciò, richiede itinerari rimediale.

Nella ricerca del metodo, questa dottrina ha cominciato col dire che il giudice deve sottoporre a controllo critico le massime d'esperienza, verificandone accettabilità e attendibilità sulla base delle conoscenze specialistiche disponibili, escludendo quelle contraddette o falsificate dalla scienza e attingendo alla riprova della condivisione intersoggettiva delle massime che intende utilizzare, soprattutto quando altri controlli di veridicità non siano possibili. Quindi, per elaborare regole e modalità del discorso argomentativo, quegli autori rinviavano, in primo luogo, all'im-

⁴¹ R. PALAVERA, *Scienza e senso comune*, cit., 139.

⁴² O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio*, cit, 362. Allo stesso modo, tra gli altri e con diverse prospettive, G. BOMBELLI, *Diritto, decisioni e paradigmi di "razionalità"*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli, R. Montanari, Torino, 2015, 323 ss. e 334; F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016, 56 ss.; F. R. DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 44; S. MORISCO, L. SAPONARO, voce *Regole di giudizio e massime d'esperienza*, in *Dig. disc. pen., Agg., III*, Torino, 2005, 1334; G. R. PALAVERA, *Scienza e senso comune*, cit., 118; A. SCALFATI, D. SERVI *Premesse sulla prova penale*, cit., 65; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia*, cit., 88-89.

Cfr., F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 201 ss.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

piego della *scienza*, ossia alle conoscenze formate fuori dal contesto giuridico, la cui affidabilità dipendeva dalla *scientificità* della fonte, dal rigore delle indagini e delle ricerche da cui promanano. In via sussidiaria, prevedono l'uso dei giudizi di valore; i quali, posta la natura variabile della loro funzione giustificativa, abbisognano, da parte del giudice, di un procedimento dinamico di ricerca e di controllo rivolto a scegliere quelle nozioni che appaiano dotate di un sufficiente livello di attendibilità e di un grado adeguato di accettazione e di consenso diffuso ⁴³. Ciò consentirebbe, si conclude, di « evitare una eccessiva dilatazione concettuale di esse, se si osserva che massima d'esperienza potrebbe considerarsi “tutto ciò per cui la mente del giudice, che siede al suo banco ed apre l'udienza, si distingue da quella di un neonato, che fosse messo a sedere su quella stessa sedia” » ⁴⁴.

Le impostazioni, condivise nel merito, non si partecipano nel metodo scelto per risolvere il congenito dubbio che infarcisce le inferenze fondate sul *senso comune*; né quando avvertono la necessità — senza peraltro indicare i *modi* per soddisfarla — che « l'attendibilità di questi elementi sia attestata da ulteriori prove » ⁴⁵; né quando ricorrono al « vaglio del contraddittorio per rendere possibile la decisione sulla base dell'oltre il ragionamento dubbio » ⁴⁶.

A voler essere precisi, rispetto al primo punto di vista, anche noi avvertiamo il bisogno della *corroborazione*, tanto da ricorrere all'art. 192, co. 3, c.p.p. come norma di metodo — ovvero, quando pone l'accento sulla necessità di un legame tra alterità di situazioni e condizioni di validità dell'ipotesi considerata (non quando funziona come prescrizione dispositiva di relazioni tipizzate tra fonti di prova e prova) — non solo per dimostrare la genetica inadeguatezza del ricorso alla prova indiziaria ma, soprattutto, per dosimetrare l'uso delle massime d'esperienza nei rapporti tra giudice e fatto, tra saperi e giudizio. Il concetto si approfondirà. Qui basterà dire che, la nostra ricostruzione individua una

⁴³ M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 141-143. In termini, A. FALLONE, *Il processo aperto*, cit., 110-111; G. GENTILE, *Inferenze probatorie e accertamento del dolo*, cit., 399-401; T. RAFARACI, *La ricostruzione del fatto come evento singolo*, in *Giust. insieme*, 3, 2011, 141.

⁴⁴ L. MARAFIOTI, *Appunti in tema di dolo e regime della prova*, in *Giur. it.*, 2002, 656. Precedentemente, L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 166.

⁴⁵ M. NOBILI, *Storia d'una illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent'anni*, in questa *Rivista*, 2003, 77. Così anche F. R. DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 38; S. MORISCO, L. SAPONARO, voce *Regole di giudizio e massime di esperienza*, cit., 1328.

⁴⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 179.

soluzione che ne condiziona la gestione, alla produzione di statuti valutativi fondati sul dato probatorio cogente. Per noi, il *riscontro*, non solo, deve riguardare la massima d'esperienza ma deve essere capace di confermare l'attendibilità del giudizio esperienziale che il giudice vuole utilizzarerespetto all'imputazione e alla posizione specifica dell'imputato.

Riguardo al secondo, invece, la nostra idea è nettamente diversa. La criticità è evidente: ritenere realizzabile la dialettica per l'*esperienza*, significa ammettere il contraddittorio per una categoria che attiene ai *giudizi* mentre è assolutamente estranea ai *fatti*.

Partiamo dalle affermazioni: sulla base della esegesi dell'art. 192, co. 1, c.p.p., « il termine “indicazione” dei risultati e dei criteri adottati conferma che l'organo giudicante in motivazione deve registrare fedelmente gli esiti gnoseologici della dialettica probatoria per cui i procedimenti conoscitivi che portano ai risultati di prova, completi di premesse, regole inferenziali e conclusioni — attraverso cui si valutano i dati acquisiti — si realizzano mentre si svolge il contraddittorio e non sono appannaggio di un giudice che possa in ipotesi non tener conto delle proposte valutative dei contendenti e forgiare indipendentemente da queste le massime d'esperienza o *recte* le regole inferenziali che presiedano agli argomenti valutativi ». Ciò significa che le stesse massime « sono forgiate con il contributo essenziale delle parti, durante la dialettica probatoria per cui non è consentito all'organo giudicante disattendere le regole inferenziali proposte dai contendenti se non quando durante l'attività istruttoria — e non nell'ambito di un'attività mentalistica del giudicante staccata dal momento istruttorio — emerga con evidenza che le stesse sono sbagliate », nel qual caso, bisogna « esclusivamente attraverso il contraddittorio e mediante il rinnovato impulso dell'attività acquisitiva trovare quelle spiegazioni evidenti capaci anche di ribaltare le proposte valutative delle parti (...) ». Se neppure in tal modo fossero reperibili « prove idonee a far superare le accennate incertezze, dovrebbe applicarsi il canone legale dell'”in dubio pro reo” ma non sarebbe mai l'organo giudicante a sostituire mentalisticamente, senza il fondamento dell'attività istruttoria realizzata dialetticamente, le massime d'esperienza ipotizzate dalle parti »⁴⁷. Insomma, risolve questa dottrina, « la comune accettazione da parte della comunità di riferimento

⁴⁷ Letteralmente, M. MENNA, M. MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scafati, Torino, 2017, 174-175.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

delle regole inferenziali di tipo scientifico o meno deve essere verificata — quanto al controllo di verosimiglianza — dal giudice, non mentalisticamente, ovvero in base alla sua scienza privata, bensì sfruttando gli strumenti probatori ed il contraddittorio »⁴⁸; di modo che « può farsi carico al giudice di saggiarle [le massime d'esperienza] nel contraddittorio, se del caso mediante uno specifico impulso all'attività acquisitiva, anche d'ufficio, per trovare quelle spiegazioni capaci di ribaltare le proposte valutative delle parti »⁴⁹.

La incontestabile aderenza del discorso alla ideologia (non alla struttura) accusatoria del modello processuale non risolve la altrettanta innegabile crisi dei paradigmi di sistema dell'assetto così congegnato. Una ragione per tutte: l'*esperienza*, in quanto *giudizio*, non si presta ad essere *percepita* (acquisita), mentre la sua natura di *strumento* del convincimento le nega la possibilità di essere oggetto di qualsiasi attività dialettica delle parti (e/o probatoria del giudice), potendo rientrare soltanto nelle *iniziative argomentative* che le parti utilizzano per *spiegare* al giudice i risultati probatori. Si vuole dire che il difetto del rapporto tra l'attività acquisitiva e l'attività valutativa, genetico quando il tema è rappresentato dal *senso comune*, rende il giudice libero di scegliere le massime da utilizzare ai fini del proprio convincimento; così come lo sono le parti nel prospettare le inferenze di *senso comune* che ritengano applicabili al caso di specie, rispetto alle quali, tuttavia, non si crea alcun vincolo in capo al giudice, non essendo egli tenuto a rispettare gli oneri di condotta prescritti dal combinato disposto degli artt. 190; 493; 495; 606, lett. d), c.p.p. Comportamenti, che non si riconoscono (non potrebbero) nella fisionomia del contraddittorio delineata dal costituente e tradotta nelle regole del procedimento probatorio dal legislatore ordinario.

Allo stesso modo riguardo alla ricostruzione dogmatica di quella dottrina che ammette l'acquisizione d'ufficio delle *massime d'esperienza*

Allo stesso modo, V. MAFFEO, *La motivazione della sentenza. Art. 1, co. 52, L. n. 103 del 2017*, in *Arch. Pen., Speciale Riforme*, Pisa, 2018, 599 ss., secondo la quale « i procedimenti che portano ai risultati di prova, completi di premesse, regole inferenziali e conclusioni — attraverso cui si valutano i dati acquisiti — si realizzano mentre si svolge il contraddittorio e non sono nel dominio esclusivo del giudice, sì che questi possa in ipotesi non tener conto delle proposte valutative delle parti e forgiare indipendentemente da queste le massime d'esperienza o le regole inferenziali delle sue valutazioni » e M. MINAFRA, *Osservazioni sulla chiamata in correità*, Napoli, 2020, 45.

⁴⁸ M. MENNA, *Logica e fenomenologia*, cit., 210. Conformativa, M. MINAFRA, *Osservazioni sulla chiamata*, cit., 45.

⁴⁹ V. MAFFEO, *La motivazione della sentenza*, cit., 607.

per ribaltare le proposte valutative delle parti. Alla preclusione generata dalla natura dell'*esperienza*, si aggiunge quella scaturita dall'intima compenetrazione tra azione e giudizio, prova e libero convincimento, rappresentata dal segmento normativo degli artt. 112, 24, 1° e 2° co., 27, 2° co.; 101; 111 Cost. che non ammette poteri patologici supplenti alla naturale inerzia delle parti o di una sola di essa. Il giudice interviene sul terreno della prova quando, dovendo rispondere ai bisogni di razionalità della decisione che dipendono dalla coerenza tra la conclusione del ragionamento e le sue premesse (fattuali e giuridiche), avverte un difetto nella determinazione delle seconde.

Nella ricerca di *misure riparative* alla circostanza che le massime d'esperienza « nella migliore delle ipotesi conferiscono un modesto grado di conferma alle conclusioni che ne vengono derivate »⁵⁰ e, dunque, si manifestano palesemente inadeguate rispetto ad un modello in cui il segmento normativo degli artt. 533, co. 1; 192, co. 1, 546, co. 1, lett. e), 606, co. 1, lett. e), c.p.p. esclude che il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria si presti a qualificazioni in termini di verosimiglianza, spingendolo, viceversa, principalmente quando la tensione è in direzione della condanna, verso sponde di *certezza processuale*⁵¹, altra dottrina, già fautrice della indispensabilità del confronto dell'*esperienza* nel contraddittorio, individua nella « giuria elettiva di esperti »⁵² lo strumento per risolvere i casi di « quasi evidenza » e di dubbio sui contenuti delle « componenti elastiche delle norme scientifiche e di esperienza ». Specificamente, desunta « dalla passata esperienza (...) le procedure di interpretazione della realtà, e cioè le garanzie di un corretto adattamento del processo conoscitivo alle particolarità del caso concreto così come sperimentato in situazioni analoghe a quella avvicinata » e precisato i parametri impiegabili per valutarne l'esatta identificazione e la corretta applicazione, afferma la necessità « di innestare nel processo il ricorso alla supposta “giuria elettiva di esperti” in riferimento a tutti i casi in cui

⁵⁰ M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Milano, 2012, 226.

⁵¹ Cass., I, 21 maggio 2008, n. 31456, in *rv.* 349751. Precedentemente, Cass., SS. UU, 10 luglio 2002, n. 30328, cit.; di recente, Cass., IV, 28 gennaio 2020, n. 49; Id., II, 12 marzo 2019, n. 19411.

⁵² Ovvero, « un organo politico che, in una società autenticamente democratica, sulla base della legittimazione derivategli dal consenso dei consociati — attraverso i rappresentanti politici che lo compongono — di fissare attraverso un procedimento argomentativo i modelli d'azione ai quali conformare i comportamenti concreti »: M. MENNA, *La giuria elettiva*, cit., 67.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

ci si attesti in zone grigie della conoscenza che potremmo definire di “quasi evidenza” perché collegate con l’attuazione di componenti non evidenti né tipizzate e, perciò, elastiche degli accennati precetti di scienza ed esperienza e, quindi, legate ad un problema di prevalenza rispetto al caso concreto di una tra due o più regole, ovvero di uno tra due o più modelli di azione conoscitiva che su un piano generale ed astratto appaiono in conflitto tra loro nei loro limiti tipici; e ciò similmente a quanto accade per l’applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie concrete, ossia per la corretta interpretazione nei casi di incertezza »⁵³.

La teoria è suggestiva. Tuttavia, la tipizzazione delle posizioni e delle relative situazioni giuridiche soggettive sembrerebbe escluderne la concreta applicabilità. Invero, ipotizzare di lasciare « al giudice, nell’ambito del tradizionale meccanismo di *ius dicere*, l’interpretazione delle norme basate sull’attività deduttiva dai limiti tipici e di introdurre accanto al giudicante (...) l’organismo di auspicato nuovo conio [che] deve inserirsi solamente negli spazi di indeterminatezza delle norme giuridiche, originari o venutisi a creare successivamente rispetto a nuovi casi concreti; e ciò per evitare che a fronte di queste zone grigie della conoscenza si insinui la tentazione — che oggi è, per la verità, necessità — di supplenza del potere giurisdizionale », così come « nei casi di dubbio sull’applicazione dei canoni scientifici o desunti dalla comune esperienza »⁵⁴, è ragionamento geneticamente viziato, che rende giuridicamente impraticabile l’ufficio della giuria di definire i contorni di ragionevolezza del dubbio in relazione alle massime d’esperienza. Milita *contra*, l’alfabeto dei principi e delle regole che regolano il tema del giudice e dei suoi *saperi*. Specificamente, sul primo fronte, gli artt. 101, 2° co. e 111, 3° co., Cost., che costruiscono la giurisdizione come funzione e diritto presidiata dalle garanzie di autonomia, legalità, imparzialità e terzietà, mentre, sul secondo, la natura cognitiva del processo che pone la relazione tra giudice, criteri di verità e motivazione — quindi: tra principi, situazioni e critica del discorso probatorio — in termini necessitati e tipici. Infine, l’art. 533, co. 1, c.p.p., che onera il giudice, non altri, di sciogliere il dubbio sulla colpevolezza dell’imputato in termini di innocenza. Non da ultimo, la circostanza che il giudizio degli esperti sarebbe espresso in una

⁵³ M. MENNA, *La giuria elettiva*, cit., 73, 210, 67, 87, 86.

⁵⁴ M. MENNA, *La giuria elettiva*, cit., 67-68, 71.

delibera non motivata, dunque, non passibile di controllo del giudice superiore.

4. *Le scelte sistemiche conclusive.* — Il tentativo di razionalizzare l'*esperienza* compiuto da Stein nel 1893 e successivamente ripetuto dalla dottrina italiana; l'idea che sulla base dell'*id quod plerumque accidit* possano formularsi regole generali relative ad ogni sorta di accadimenti capaci, a loro volta, di attribuire forza logica al ragionamento sul *fatto individuale*, è chiaramente improponibile. Invero, la rispondenza di una versione dei fatti a schemi generalizzati, non solo non ne avvalora l'attendibilità né la veridicità rispetto ad altre ma, soprattutto, non può sostituire, declassandoli, i *saperi legali* come strumenti privilegiati della decisione. Lo dimostra il combinato disposto degli artt. 27, 2° co., Cost., 526, co. 1; 533, co. 1, c.p.p., escludendo che le *massime d'esperienza* possano fungere da premesse generali e indipendenti del ragionamento giudiziale. Allo stesso tempo, però, l'art. 192, co. 1, c.p.p. le codifica. L'una e l'altro dimostrano che la funzione dell'*esperienza* nel giudizio di fatto è influenzata dall'impianto processuale e con questo deve trovare sintesi. Perciò si indaga la loro legittimazione in un modello il cui *l'enunciato* è posto dall'art. 417, lett. b), c.p.p. che, in funzione di regola di comportamento, indica al pubblico ministero il *linguaggio* con il quale tradurre il *fatto storico* in *fatto normativo*, laddove il *modulo* è rappresentato dalla linea normativa degli artt. 187, 190, 416 ss., 521, 526, 192, c.p.p., che costruisce il rapporto tra imputazione e prova sugli enunciati sostanziali e processuali del fatto, descrivendo le condizioni strutturali e funzionali del convincimento del giudice e le forme *legali* dell'accertamento.

Partendo da questi dati, è possibile ricostruire il sistema dell'*esperienza* nel suo rapporto con il giudizio di fatto.

Il primo effetto della ricerca nega l'impiego del *senso comune* quando il *fatto processuale individuale* (imputazione) non sia riconducibile alla sequenza ripetuta di fatti su cui si enuclea il *senso comune*, presentando caratteri di univocità e irripetibilità. Quando, invece, lo è, la necessità di organizzare i *saperi legali* in termini dialogici e, dall'altro, la impossibilità ontologica della partecipazione delle parti nell'acquisizione dell'*esperienza*, favoriscono prospettive di *relatività* nell'uso della *scienza privata* del giudice, comportando la verifica, nel caso concreto, dei presupposti della sua validità cognitiva rispetto al fatto da accertare.

LA CRISI DEL SISTEMA TRADIZIONALE DI VERIFICAZIONE DEL FATTO

Ebbene per noi, la misura dell'efficacia la stabilisce la sussistenza di riscontri che corroborano l'affidabilità della massima impiegata dal giudice. Nel senso che, poiché le *generalizzazioni* esprimono una valenza statistica, sono indispensabili elementi di riscontro avvalorativo, oltre all'assenza di elementi di confutazione, da ricercarsi nell'ambito delle informazioni offerte dalle parti, da cui far dipendere il grado di resistenza della massima stessa. In altri termini, se la conclusione da raggiungere nel processo deve costruire i rapporti tra l'ipotesi plausibile, quella contraria e l'altra adottata sulla base di inferenze funzionalmente collegate alle informazioni essenziali a giustificarle, le *massime d'esperienza* possono avere valore accertativo efficace a superare la presunzione di innocenza soltanto vagliandone la coerenza con la solidità dei fatti provati.

Una esemplificazione chiarirà il ragionamento: la massima d'esperienza secondo cui lo stato detentivo non fa venir meno il collegamento associativo, specie quando il soggetto ricopre all'interno di esso ruoli di vertice, è generalizzazione che, per essere coerente alla regola di giudizio di cui all'art. 533, co. 1, c.p.p., va constatata rispetto all'attualità della capacità di mantenimento dei collegamenti

In sostanza, il giudice deve recuperare i *saperi comuni* nel confronto con quelli *legali* acquisiti nell'istruzione dibattimentale, dal momento che solo questa è il *luogo naturale* delle situazioni del discorso probatorio giudiziale. In tal modo, si riducono i rischi che egli ricorra a indebite generalizzazioni, o applichi al caso concreto massime proprie di altre e distinte categorie⁵⁵ o assuma alla base del proprio ragionamento massime false o non verificate oppure che accrediti petizioni di principio. Specularmente, il metodo suggerito consentirebbe allo stesso giudice di accertare eventuali ipotesi concorrenti, spiegazioni alternative che potrebbero invalidare l'ipotesi all'apparenza più verosimile oppure smentire la relazione *generalizzata* tra massima e fatto provato.

Dunque, della categoria delle *massime d'esperienza* si offre un'alternativa ricostruttiva che, pur non rinunciando a una visione inclusiva nei *saperi necessari* del giudice, pone i *saperi esperienziali* in costante raccordo con l'imputazione, in modo tale da parametrarne l'efficacia cognitiva sulla base degli itinerari fattuali ricostruiti dalle parti.

⁵⁵ Esemplificativa è la tendenziale permanenza nel tempo del vincolo associativo, massima tipica dei sodalizi di stampo mafioso, talora impropriamente applicata a sodalizi di diversa matrice, quali le associazioni semplici o finalizzate al narcotraffico.

Si propone, cioè, un approccio che sistema le componenti *probabili* della decisione giudiziale, giustificate sulla base di giudizi di valore ancorate a scelte costruite su massime d'esperienza, o anche reperite nel contesto *comune* e nella cultura della collettività, accanto alle componenti logiche, dedotte irtamente dalle dimostrazioni probatorie. Di conseguenza, l'*esperienza* è impiegabile non soltanto quando si riveli possibile in *rerum natura*, si collochi nell'ordine naturale delle cose e nella ordinaria razionalità umana ma soprattutto allorché si rinnovi sulla base dei risultati del dibattito processuale, risultando corroborata da elementi di riscontro inerenti alla fattispecie concreta.

La conclusione osserva la dichiarata forza metodologica della regola *delal di là di ogni ragionevole dubbio* entro la quale prova a condurre a razionalità il rapporto tra *sapere privato* e presunzione di innocenza. Anzi, sotto quest'ultimo profilo, l'approdo consente una precisa ricostruzione del complesso standard di validità delle *massime d'esperienza*, che autorizza a prendere posizione a favore di una possibile convivenza tra giudizio cognitivo e giudizio di valore, capace di ricondurre l'*esperienza*, nell'alveo di una logica incentrata sull'idea di oggettività e di certezza tipiche del primo.

Si tratta di prendere coscienza del fatto che tutte le volte in cui non può evitare di far capo alla *comune esperienza*, il giudice si muove su un terreno minato, trovandosi di fronte a un disordinato repertorio di nozioni e di criteri di cui è legittimato a servirsi ma della cui attendibilità non può mai essere davvero sicuro. Perciò, necessita non solo evitare che egli basi il proprio convincimento su congetture ma pure che utilizzi acriticamente inferenze supportate da *esperienze* comuni ma incerte e/o inattendibili. È indispensabile insomma che le conoscenze fornite dal *senso comune* siano coerenti a quelle fornite dalle prove, poiché solo in questo caso il ricorso all'*esperienza* può aspirare a un apprezzabile livello di ragionevolezza, sfuggendo ai « rischi più gravi di arbitrio soggettivo mascherato da ricorso all'*esperienza comune* » ⁵⁶.

⁵⁶ L'avvertimento è di M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., 145; ribadito di recente dall'A. in *Sulla complessità della decisione giudiziaria*, in ID., *Verso la decisione giusta*, cit., 392.