

LE METAFORE PROBATORIE*

L'articolo si propone un esame delle metafore probatorie utilizzate in ambito giuridico, ossia delle metafore con cui sono trattati gli elementi di prova nel linguaggio dei giuristi. Vengono distinti quattro gruppi di metafore cercando di far luce sui loro tratti peculiari e specialmente sul loro uso nella valutazione delle prove, avanzando inoltre delle perplessità su un loro impiego non sorvegliato.

Sommario: 1. Linguaggi e metafore. - 2. Le metafore probatorie. - 3. La valutazione della prova: canone atomistico od olistico? - 4. Una conclusione scettica?

Così, lo sai, non c'è osso o pietra
che possa resistere al tempo:
ma l'impronta durissima di una prova, sì.
(Cesare Viviani)

1. *Linguaggi e metafore*

In campo filosofico si confrontano due opposte idee a proposito delle metafore e del loro uso: l'idea che le metafore aiutino il pensiero (o che siano addirittura indispensabili per il suo sviluppo) e l'idea che lo ostacolino (anche in modo grave). La disputa fra queste posizioni è risalente e non intendo certo risolverla qui. Ciò che mi propongo è un breve esame delle *metafore probatorie* in ambito giuridico, cioè delle metafore con cui sono trattati gli elementi di prova nel linguaggio dei giuristi (sia legislatori che giudici, avvocati e studiosi). Un esame del genere mi sembra opportuno dato che il linguaggio metaforico in tema di prove è diffuso ed eppure sono scarsi gli studi a riguardo. Se questo esame aiuterà a far luce sulle diverse metafore in gioco avrà raggiunto un suo minimo ma non indegno scopo.

Prima di entrare nel merito voglio notare che il problema non affetta solo il linguaggio giuridico. Anche un linguaggio che si suppone assai rigoroso come quello della scienza empirica è affollato di metafore: nell'astronomia, nella cosmologia e nella fisica troviamo venti solari, il rumore cosmico di fondo, radiazioni frenate, buchi neri, nubi cosmiche, giganti rosse, nane bianche, stringhe e superstringhe, il rumore bianco, famiglie di particelle, particelle confinate, schiuma quantica e altro ancora¹. Se alcuni pensano che il linguaggio scientifico non possa liberarsi completamente dalle costruzioni metaforiche, altri pensano invece che sia possibile e doveroso. Simili considerazioni possono svilupparsi a proposito del linguaggio giuridico sulle prove². Con quali risultati? Non ho una tesi conclusiva a riguardo, ma non posso tacere un certo disagio nel constatare quante e quali metafore si accavallano e assiepano nei discorsi sulle prove giuridiche. La loro chiarezza concettuale è spesso dubbia e di dubbia perseguibilità. Cercherò allora di trarne alcune conclusioni interlocutorie.

* Pubblicato in "Cassazione penale", vol. LI, 2011, pp. 3622-3636.

¹ Prendo questi esempi da ENZENSBERGER, *Gli elisir della scienza* (2002), trad. it., Einaudi, 2004, p. 240. Sull'intreccio fra linguaggio scientifico e poetico mi permetto di rinviare a TUZET, *Scienza e poesia. Dove l'una si riflette nell'altra*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Ferrara*, 2007, p. 91 ss.

² Cfr. il saggio *Che cosa significano le metafore* in DAVIDSON, *Verità e interpretazione* (1984), trad. it., il Mulino, 1994, p. 339 in particolare, nonché LAKOFF-JOHNSON, *Metaphors We Live By*, The University of Chicago Press, 1980 e PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, 1961, pp. 85-87.

2. Le metafore probatorie

Per chi ha una sensibilità ermeneutica ed è avvezzo alle sfumature linguistiche è un piacere e allo stesso tempo un motivo di preoccupazione notare quante metafore sono usate nel linguaggio probatorio dei giuristi: “peso” delle prove, “forza” delle prove, “supporto” che le prove offrono a una conclusione, “garanzia” offerta dalle prove, “valore” probatorio, “completezza” delle prove, “solidità” e altro ancora.

Ogni metafora ha qualche aspetto peculiare, un tratto o una suggestione che la differenzia dalle altre e può farla preferire in un determinato contesto. Facendo un esercizio di classificazione³ si possono comunque distinguere, a mio avviso, quattro gruppi di metafore probatorie: 1) di *peso*, 2) di *sostegno*, 3) di *credito*, 4) di *combinazione*. Procediamo con ordine al loro esame. Prima, però, mi sia consentito aggiungere che non tratterò le metafore di *luce*⁴ dal momento che nel nostro linguaggio – non solo giudico – queste sono estremamente diffuse e mi sembrano pertanto poco peculiari (sono più delle altre, come si dice, delle metafore “morte”⁵).

2.1. Metafore di peso

In questo gruppo rientrano le metafore che fanno riferimento al *peso* delle prove o al loro *bilanciamento*, come se ci fossero delle quantità misurabili e confrontabili lungo una scala o un sistema metrico, determinando se abbiano più peso le prove a favore di una parte o dell'altra. Nella nostra giurisprudenza si parla ad esempio del “peso probatorio” di certi documenti (Sez. II civ., sent. n. 12038/2011), della prova dichiarativa (Sez. II pen., sent. n. 17330/2011), delle intercettazioni telefoniche e ambientali (Sez. I pen., sent. n. 16800/2011) e degli indizi di colpevolezza (Sez. IV pen., sent. n. 37878/2007). Le stesse nozioni codicistiche di “gravi” presunzioni semplici⁶ e di “gravi” indizi⁷ sembrano suggerire questa idea. Vince la parte che conta a proprio favore le prove più “pesanti”, oppure, considerando i diversi ruoli processuali, perde la parte le cui prove non riescono a soddisfare l'*onere* probatorio.

Non è troppo sorprendente, pensandoci, riscontrare richiami o analogie fra il peso delle prove e l'*onere* probatorio: in entrambi i casi è operante la metafora del peso, con la differenza che il peso delle prove va a vantaggio della parte che se ne avvale mentre l'*onere* grava sulla parte che ne è titolare⁸.

³ Questa maniera di trattarne mi è suggerita da VAILATI, *I tropi della Logica* (1905), in *Scritti*, a cura di Quaranta, vol. I, Arnaldo Forni, 1987, p. 21 ss., che tratta le metafore usate nella rappresentazione dell'inferenza deduttiva. Cfr. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in Aa.Vv., *Analisi e diritto 1999*, a cura di Comanducci e Guastini, Giappichelli, 1999, p. 117 ss.

⁴ Prova “chiara” da noi, *clear and convincing evidence* per gli anglosassoni, ecc. (compresa la stessa nozione di “evidenza probatoria”). Un'idea di chiarezza è anche nelle “fonti di prova” (artt. 55, 346, 348, 353 c.p.p.), assumendo che dalla fonte sgorgi un'acqua limpida.

⁵ V. DAVIDSON, *Verità e interpretazione*, cit., pp. 346-347, 356-357.

⁶ «Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti» (art. 2729 comma 1 c.c.).

⁷ «L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti» (art. 192 comma 2 c.p.p.). Su questa disposizione cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Utet, 2007, pp. 97-98. Colgo l'occasione per specificare che in questo scritto uso il termine “prova” in senso ampio, includendovi prove in senso stretto e indizi, dal momento che la loro differenza non è saliente per il mio scopo.

⁸ Diceva fra gli altri CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale (il concetto giuridico della prova)*, Athenaeum, 1915, p. 24 che uno dei soggetti processuali è «gravato all'onere della prova» (corsivo mio). Ma si osservi che una parte può contare a proprio favore anche una prova prodotta dalla controparte, se vige il *principio di acquisizione processuale* in virtù del quale, una volta acquisita, una prova può essere usata anche contro la parte da cui è stata prodotta. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995, p. 28 lo definisce come il principio per cui il giudice può utilizzare le risultanze probatorie anche per scopi differenti da quelli cui miravano le parti. Ancora UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 119-120 ne indica le accezioni ulteriori rispetto all'utilizzo dei risultati di prova, cioè la capacità di garantire la funzione euristica di tali risultati, l'incidenza sui temi di prova e l'influenza sull'inserimento processuale della fonte o del mezzo di prova.

Nei paesi di *common law* si parla spesso di *weight* degli elementi di prova⁹. La questione discussa a tale proposito è quella della valutazione delle prove, allorché ci si chiede se certi elementi (o certi tipi di elementi) abbiano un valore particolare nel contesto della decisione, un “peso” maggiore o minore di altri, pur in assenza di criteri legali di valutazione.

Nel diritto angloamericano delle prove si può trovare altresì la metafora dell’evidenza “preponderante” o del *balance of probabilities* come standard utilizzato nel processo civile¹⁰: è una metafora di peso, con la quale si intende dire che a vincere è la parte che ha le prove più pesanti, o le prove che messe assieme costituiscono una massa di più grande peso. (Può darsi che una parte abbia la prova più pesante fra tutte quelle in gioco, ma che l’altra abbia una serie di prove il cui peso complessivo supera quello della prova più pesante nelle mani avversarie). Con ciò tale giurisprudenza sembra assumere che sia possibile una traduzione probabilistica degli elementi di prova.

Ma si può guardare con motivato sospetto all’idea che esistano in tema di prove delle quantità misurabili e confrontabili lungo una scala o un sistema metrico. Bilanciare le prove è un esercizio metaforico, appunto. Anche i tentativi (molto contestati) di trattarne in termini quantitativi scontano il fatto che la diversità degli elementi di prova suggerisce piuttosto una differenza qualitativa e che anche a prescindere da questo è molto difficile assegnare delle quantità a singoli elementi di prova. Con che criterio effettuare l’assegnazione? In base a cosa se non una scelta opinabile o persino arbitraria? Come calcolare il peso delle prove? Lo possono fare gli approcci probabilistici? In effetti è quello che cercano di fare, ma una seria obiezione ai loro calcoli è che l’assegnazione iniziale di probabilità è del tutto opaca¹¹. Una volta assegnati dei valori numerici agli elementi probatori disponibili si possono fare i calcoli più complessi e raffinati. Ma cosa governa l’assegnazione iniziale?

Una metafora non identica alle precedenti ma che in qualche modo si può far entrare in questo gruppo è quella della *forza*: le prove più “forti” sono quelle che “pesano” di più e viceversa, mentre pesano poco o niente quelle deboli. La metafora è molto diffusa nel linguaggio giuridico angloamericano, dove si parla di *probative force*, o di *strength* e di *weakness* dell’evidenza disponibile, spesso associando questa metafora a quella del *weight* delle prove¹².

Se non si è persuasi dalla collocazione della metafora della forza fra quelle di peso, la si può includere fra quelle di sostegno che andiamo a esaminare ora.

2.2. Metafore di sostegno

⁹ V. ad es. LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in 9 *Legal Theory*, 2003, p. 319; SCHUM, *Alternative Views of Argument Construction from a Mass of Evidence*, in 22 *Cardozo L. Rev.*, 2001, pp. 1476-1477; TWINING, *Rethinking Evidence*, sec. ed., Cambridge University Press, 2006, pp. 69-71, 210-211.

¹⁰ Cfr. ad es. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006, pp. 64-65, 110-112; PARDO-ALLEN, *Juridical Proof and the Best Explanation*, in 27 *Law and Philosophy*, 2008, p. 234 ss.; TWINING, *Rethinking Evidence*, cit., p. 258; WRIGHT, *Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof*, in 41 *Loyola of Los Angeles L. Rev.*, p. 1298 ss.

¹¹ V. ad es. le obiezioni di TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992, p. 166 ss. e TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in 84 *Harv. L. Rev.*, 1971, p. 1329 ss. Ma cfr. GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in questa rivista, 2007, p. 326 ss. e MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in questa rivista, 2004, p. 1808 ss.

¹² Cfr. ANDERSON-SCHUM-TWINING, *Analysis of Evidence*, sec. ed., Cambridge University Press, 2005, pp. 71, 224 ss.; PARDO, *The Field of Evidence and the Field of Knowledge*, in 24 *Law and Philosophy*, 2005, pp. 324, 374 ss.; PARDO-ALLEN, *Juridical Proof and the Best Explanation*, cit., p. 242 ss.; TWINING, *Rethinking Evidence*, cit., p. 210. Ma la metafora è usata anche in contesti di *civil law*; v. ad es. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., 2010, pp. 179-180 sulla *force probante* delle copie documentali, oppure BOULOC, *La preuve en matière pénale*, in Aa.Vv., *La preuve*, a cura di Puigelier, Economica, 2004, pp. 55-56 sulla *force probante* di certi *procès-verbaux*; cfr. PUIGELIER, *Vrai, véridique et vraisemblable*, in Aa.Vv., *La preuve*, cit., pp. 203-204 che distingue *valeur* e *force probante*, rispettivamente relativi all’ammissibilità e all’efficacia persuasiva della prova.

In questo gruppo rientrano le metafore che fanno riferimento al *supporto*, all'*appoggio*, al *sostegno* offerto dalle prove a certe conclusioni. L'idea è quella di una solida base, di un piano fermo su cui stare od operare; insomma è un'idea di origine meccanica non lontana da quella del peso. Ma si noti che il primo e il secondo gruppo di metafore rappresentano la relazione probatoria in due sensi complementari e in qualche modo opposti: se nel primo gruppo conta il peso, nel secondo conta il sostegno (ciò che regge un certo peso). Da una parte, la prova è ciò che sta sopra e si può pesare; dall'altra, è ciò che sta sotto e può reggere un peso.

Michele Taruffo, discutendo in sede civile del maggiore o minore "grado di conferma" che le prove attribuiscono a un'ipotesi, dice che le asserzioni sui fatti sono «più o meno attendibili a seconda del *supporto* probatorio riferibile ad ognuna di esse»¹³ e che nel quadro di una valutazione analitica «ogni ipotesi su ogni fatto deve essere fondata su una *base* probatoria sufficiente»¹⁴. Giulio Ubertis, in sede penale, definisce "elemento di prova" ciò che, una volta introdotto nel procedimento, «può essere utilizzato dal giudice come *fondamento* della sua successiva attività inferenziale»¹⁵. E nei paesi di *common law* si parla di *support* offerto dalle prove alle conclusioni¹⁶. Se le prove sono solide è giustificato inferirne certe conclusioni. Le conclusioni reggono se reggono le prove.

Si può richiamare anche qui la metafora e la disciplina dell'onere. L'onere probatorio è soddisfatto se si possono produrre delle prove che sostengono le tesi avanzate (anzi, si direbbe, tanto più è soddisfatto quanto più le prove pesano, o quanto più le prove possono supportare le tesi di chi le ha prodotte).

Forse in questo secondo gruppo di metafore si può includere altresì quella del ragionamento probatorio come "ricostruzione di un edificio"¹⁷, in cui opera un'idea di solidità e stabilità da riguadagnare *ex post factum*.

Le metafore di sostegno non sono smaccatamente quantitative come quelle di peso. Ma soffrono di problemi non molto diversi: quanto o quale supporto, appoggio o sostegno viene offerto da una prova? C'è modo di determinarlo senza ricorrere a valutazioni del tutto opinabili? È intuitivo che una ripresa audiovisiva offra un maggior supporto di una prova per sentito dire (potremmo anche dire che ha un maggior "peso"). Ma nei casi facili le intuizioni sono facili, appunto. Cosa dire nei casi difficili? Nel caso dell'omicidio Calabresi, per prendere un esempio noto¹⁸, si può dire che le dichiarazioni del pentito Marino fossero di adeguato "supporto" o "sostegno" alle ipotesi accusatorie? Qui le nostre intuizioni divergono. La prova come sostegno deve reggere una tesi o almeno un'ipotesi plausibile, insomma una conclusione che possa esserne inferita con un sufficiente grado di sicurezza o attendibilità. Ma come determinare queste grandezze? Resta una metafora che non dice molto sul suo *modus operandi* e tantomeno sulle caratteristiche della relazione di supporto (a meno di non ricorrere ancora a controverse traduzioni probabilistiche). Però questo gruppo di metafore ha il pregio di evocare la "solidità" degli elementi di prova in quanto dati materiali: non tutte le volte in cui è sensato criticare un'inferenza che si vorrebbe trarre dalla rappresentazione di un elemento di prova è altrettanto sensato criticare l'elemento nella sua materialità. Una cosa sono i dati, un'altra le conclusioni di cui essi sarebbero il supporto.

¹³ TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, 2002, p. 228 (corsivo mio). Altrove è detto che la «connessione logica» tra prova e ipotesi «determina il grado di *supporto* inferenziale che all'ipotesi spetta in base alla prova» (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 202; corsivo mio).

¹⁴ TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 321 (corsivo mio). Cfr. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, pp. 41, 209.

¹⁵ UBERTIS, *La prova penale*, cit., p. 27 (corsivo mio).

¹⁶ V. ad es. LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, cit., pp. 320-321; PARDO, *The Gettier Problem and Legal Proof*, in *16 Legal Theory*, 2010, p. 40 ss.; PARDO-ALLEN, *Juridical Proof and the Best Explanation*, cit., pp. 226, 235.

¹⁷ Così IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, 1997, pp. 25, 78 (che critica la metafora del "puzzle" i cui pezzi hanno "profili netti e indeformabili"). Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 50, 119. Ma questa metafora si potrebbe ricondurre anche al quarto gruppo, in cui opera l'idea di un insieme costituito da parti (qui i mattoni o le pietre dell'edificio crollato e da ricostruire).

¹⁸ Sez. un. pen., sent. n. 1653/1993.

2.3. Metafore di credito

In questo gruppo rientrano le metafore del *valore*, della *garanzia* o del *credito* che le prove offrono a una certa conclusione. La stessa idea di “valutazione” delle prove implica che le prove abbiano (o ricevano) un valore¹⁹. L’idea è anche qui di tipo quantitativo ma di taglio economico (si pensi ai valori monetari) se non anche giuridico (si pensi alle garanzie dei crediti), o forse di tipo morale se si sottolinea l’idea di fiducia qui implicata (si fa credito ai soggetti di cui ci si fida). Una certa prova o un certo numero di prove “garantisce” una certa conclusione; oppure, una certa conclusione è “accreditata” da certe prove; o ancora, una certa prova è “attendibile” o è stata conseguita con un metodo “affidabile”. C’è un’idea di credito, di fiducia, di qualcosa in cui fare affidamento e che non dovrebbe deluderci.

Nella nostra giurisprudenza si parla ad esempio di “valore probatorio” degli elementi indiziari (Sez. trib., sent. n. 12763/2011), delle scritture contabili (Sez. trib., sent. n. 12424/2011), delle note di credito e bolle di reso (Sez. II civ., sent. n. 12531/2011) o ancora di “credito probatorio” di un documento esibito dall’appellante (Sez. lavoro, sent. n. 3975/1986).

In una delle sue versioni la metafora concepisce le prove come “garanzie”: garanzie delle conclusioni che se ne vogliono trarre. Nei paesi di *common law* si parla di *warrant*²⁰ e la metafora è utilizzata soprattutto in ambito epistemologico.

Probabilmente, se si facesse una statistica delle metafore impiegate nei discorsi sulle prove giuridiche, le metafore di questo gruppo risulterebbero ricorrere in misura minore di quelle precedenti. Nel linguaggio corrente dei giuristi, mi pare, è più solito l’uso delle metafore di peso o di sostegno, ma non deve essere trascurato che la metafora del valore è praticamente universale e che un’altra metafora di credito (quella della “garanzia”) è molto utilizzata nel discorso dell’epistemologia giudiziaria, cioè nelle considerazioni degli autori che provengono da studi di logica ed epistemologia generale e che in tale prospettiva cercano di analizzare il tema della prova giuridica e del ragionamento probatorio (tornerò su questo nel § 3).

2.4. Metafore di combinazione

In questo ultimo gruppo rientrano le metafore giocate sull’idea che le prove abbiano delle *connessioni* e *combinazioni* tali da costituire un tutto più o meno completo. Così le prove si possono rappresentare come le tessere di un mosaico, le voci di un cruciverba, le fibre di una fune o ancora più spesso gli anelli di una catena. (Più neutra è invece l’espressione “efficacia probatoria”, di uso codicistico, così come “prova decisiva”²¹). Per queste metafore ogni prova è parte di un insieme, di un disegno complesso, di un quadro da decifrare o ricostruire nelle sue linee o componenti. In questo senso le prove devono “combinarsi”, o “intrecciarsi”, o “incastrarsi” l’una con l’altra.

Nel nostro lessico probatorio si parla di “valutazione probatoria complessiva”²², “prova completa”²³, “piena prova”²⁴; in passato si usavano anche formule come “prova semipiena” o

¹⁹ Sul “valore probatorio” v. specialmente GÄRDENFORS-HANSSON-SÄHLIN, *La teoria del valore probatorio* (1983), trad. it., Giuffrè, 1997. V. anche FERRER, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007.

²⁰ V. ad es. LAUDAN, *The Presumption of Innocence: Material of Probatory?*, in 11 *Legal Theory*, 2005, p. 351. Cfr. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958, da cui credo si diffonda la metafora.

²¹ V. rispettivamente gli artt. 2697 ss. c.c. e l’art. 606 comma 1 lett. d c.p.p.

²² UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 79-81. Cfr. ad es. CARSETTI, *Verità, decisione razionale e teoria della complessità*, in Aa.Vv., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, 2005, p. 25 ss.; FERRER, *Prova e verità nel diritto*, il Mulino, 2004, p. 31; GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, terza ed., Marcial Pons, 2010, pp. 201-202.

²³ Ad es. Sez. III civ., sent. n. 7844/2011 sulla possibilità che le presunzioni assurgano a unica fonte di convincimento del giudice costituendo una “prova completa”.

²⁴ Ad es. l’atto pubblico «fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti» (art. 2700 c.c.). Cfr. GASCÓN, *Los hechos en el derecho*, cit., pp. 87-88.

“semiprova”²⁵; in un distinto contesto (quello dei criteri di utilizzazione delle dichiarazioni testimoniali) si usano anche le formule “prova complessa” e “valutazione congiunta”²⁶.

Nel lessico giurisprudenziale si trova non di rado la metafora della prova come *catena* (v. ad es. Sez. V. pen., sent. n. 9008/2003, punto 5; Sez. IV pen., sent. n. 856/2007; Sez. II pen., sent. n. 39294/2009; Sez. II pen., n. 21/2010): i singoli elementi probatori o indiziari costituiscono appunto gli anelli di una catena (la “catena probatoria”) che conduce alla conclusione che si intende provare (il *thema probandum*)²⁷. Ma anche la metafora del *mosaico* riscuote un significativo successo (v. ad es. Sez. II pen., sent. n. 12838/2002; Sez. II pen., sent. n. 12607/2004; Sez. II pen., sent. n. 47566/2008).

Pure in sede teorica queste metafore sono ampiamente utilizzate. Anche un autore incline a una prospettiva analitica come Taruffo ha recentemente impiegato in sede civile la metafora del mosaico scrivendo che «si può richiamare il principio ermeneutico fondamentale per cui ogni singola parte di un discorso acquista il suo significato proprio in funzione della sua collocazione nel tutto a cui appartiene, con la conseguenza che il tutto è qualcosa di più e di diverso rispetto alla semplice sommatoria delle parti che lo compongono», pur aggiungendo che «le prove si ammettono e si valutano seguendo una prospettiva rigorosamente analitica: per rimanere nella metafora, se non esistono le tessere il mosaico non può essere composto»²⁸. In sede penale Ubertis ha rilevato che il giudice esercita una «capacità combinatoria» coordinando le singole affermazioni fattuali rilevanti e le risultanze della ricerca²⁹, mentre altri parla di «reticolo complessivo di tutte le prove acquisite»³⁰. In ambito anglosassone si trova l’idea di “connettere i punti” (*connecting the dots*) rappresentati dagli elementi probatori in modo da ricavarne una spiegazione complessiva³¹. Anche il noto *chart method* (elaborato *in primis* da Wigmore) presuppone una pluralità di elementi da articolare in un quadro coerente³².

Sostanzialmente la stessa idea si trova nella rappresentazione del discorso probatorio come *narrazione*, su cui non posso entrare in dettaglio qui ma di cui è sufficiente appuntare la natura combinatoria: ogni enunciato probatorio è parte di una complessa struttura (la “narrazione”) volta a esporre una certa versione dei fatti e a persuadere della sua correttezza³³.

Questo gruppo di metafore ci pone di fronte a un problema cruciale già incontrato con i precedenti: la *valutazione* delle prove. Si valutano le prove ai fini della loro ammissibilità o ai fini del verdetto conclusivo e in entrambi i casi ci si può e deve chiedere con quale canone effettuare la valutazione. Posto che i nostri sistemi giuridici hanno abbandonato l’idea di criteri stabiliti dal legislatore (i criteri della “prova legale” o “valutazione legale della prova”) e posto pertanto che la valutazione deve essere “libera” (da criteri legali), è sufficiente dire che deve essere “razionale”? Su questo

²⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, pp. 112-115 e PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, 2003, pp. 280-287, 460-484.

²⁶ V. come ne discute criticamente FERRUA, *Il “giusto processo”*, sec. ed., Zanichelli, 2007, pp. 103-106.

²⁷ Per venire ad altre esperienze giuridiche, di *chaîne de la preuve* parla ad es. DARCY, *La preuve et le juge administratif*, in Aa.Vv., *La preuve*, cit., p. 116.

²⁸ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 225 e 226 rispettivamente. Cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 281-299 e TARUFFO, *Sui confini*, cit., pp. 321-323. V. anche, fra gli altri, DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), trad. it., il Mulino, 2003, pp. 55-58.

²⁹ UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *questa rivista*, 2006, p. 1206 ss., p. 1214. Cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 77-81.

³⁰ IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 166.

³¹ ANDERSON-SCHUM-TWINING, *Analysis of Evidence*, cit., p. 46 ss. ne indicano anche le difficoltà, fra cui la selezione dei “punti” rilevanti e l’esplosione combinatoria degli ipotetici scenari.

³² Cfr. ANDERSON-SCHUM-TWINING, *Analysis of Evidence*, cit., cap. 5.

³³ Qui gli approcci possono differire molto e vanno dalla narratologia all’intelligenza artificiale, da chi cerca di negare la pretesa di oggettività del discorso probatorio a chi cerca di renderlo computabile. Cfr. ad es. ANDERSON-SCHUM-TWINING, *Analysis of Evidence*, cit., cap. 6; BEX-VAN KOPPEN-PRAKKEN-VERHEIJ, *A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, in 18 *Art. Intell. and L.*, 2010, p. 123 ss.; JACKSON, *Narrative Models in Legal Proof*, in 1 *Int. J. for the Semiotics of L.*, 1988, p. 225 ss.; WALTON, *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence, and Law*, Cambridge University Press, 2008, cap. 3.

requisito insiste una tradizione illustre che conta autori come Taruffo e Twining³⁴. Eppure, si può specificare maggiormente l'idea di una valutazione libera ma non arbitraria? Nel dibattito più recente, specie in quello americano, si sono confrontati un canone atomistico e uno olistico, dove la domanda centrale è questa: dobbiamo valutare prova per prova o piuttosto l'insieme degli elementi? I primi tre gruppi di metafore sembrano implicare un canone *atomistico* di valutazione probatoria, sebbene quello che conta sia pur sempre la valutazione finale, risultato delle singole valutazioni. Di ogni prova considerata di per sé si può e deve, in linea di principio, stabilire il "peso", o il "sostegno", o il "credito" che offre alle conclusioni probatorie. Invece le metafore combinatorie utilizzano più che altro un canone *olistico*: la valutazione è sempre una valutazione d'insieme, dove ogni prova non può ricevere un valore se non nel contesto determinato in cui si trova, in relazione ad altre prove o indizi.

Nell'ambito dell'epistemologia giudiziaria, nel contesto americano, Susan Haack si è occupata dell'analogo problema della valutazione probatoria in sede di ammissibilità, in particolare delle prove sussidiarie per l'ammissione della prova principale. Si deve notare che questa forma di valutazione è diversa da quella operata in sede di giudizio conclusivo, sia perché riguarda solo l'idoneità di un elemento a provare il risultato che se ne vuole trarre, sia perché nel contesto americano dei processi con giuria essa viene operata da un soggetto diverso da quello che compie la valutazione conclusiva: il giudice valuta l'ammissibilità, la giuria valuta il merito³⁵. Nonostante queste differenze si tratta pur sempre di una forma di valutazione, su cui per la dottrina americana è giocoforza concentrarsi dato che la giuria decide senza motivare e rispetto alla quale Haack ha sostenuto l'opportunità di utilizzare un canone olistico, cercando di precisarlo attraverso una metafora di combinazione³⁶. Il canone olistico da lei utilizzato è precisamente quello del *cruciverba*, che si lega peraltro a una metafora di credito essendo volto a determinare la "garanzia" (*warrant*) probatoria. La garanzia probatoria è una questione di grado e il modo più illuminante di concepirla è intenderla come un *cruciverba*, dice Haack, dove ogni voce contribuisce alla determinazione di altre voci e dove ogni ipotesi ha un credito proporzionale alle combinazioni che consente³⁷.

A livello epistemologico e non ancora giuridico, questo permette di specificare, in primo luogo, quali fattori determinano se (e a che grado) le prove garantiscono una conclusione conoscitiva, nonché, in secondo luogo, a quali condizioni questi fattori operano in modo tale da aumentare il grado di garanzia quando prove diverse sono combinate.

Analiticamente, per Haack, la "garanzia" che le prove conferiscono a un'ipotesi dipende da tre fattori: 1) il supporto (*supportiveness*) offerto dalle prove all'ipotesi, ovvero come l'ipotesi si combina con gli indizi offerti in un *cruciverba* e con le altre voci già inserite; 2) la sicurezza indipendente (*independent security*) delle prove, ovvero quanto ragionevoli sono le voci già inserite a prescindere dal supporto che danno all'ipotesi; 3) la completezza (*comprehensiveness*) delle prove disponibili, ovvero quanta parte del *cruciverba* è già stata completata³⁸.

³⁴ V. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit. e TWING, *Rethinking Evidence*, cit., cap. 3.

³⁵ Questa distinzione di ruoli permette di preservare quella che viene chiamata "neutralità metodologica" del giudice (UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 102-103): il giudice che valuta l'ammissibilità non entra poi in camera di consiglio.

³⁶ Qui mi baso soprattutto su HAACK, *On Truth, in Science and in Law*, in 73 *Brooklyn L. Rev.*, 2008, p. 985 ss.; HAACK, *What's Wrong with Litigation-Driven Science? An Essay in Legal Epistemology*, in 38 *Seton Hall L. Rev.*, 2008, p. 1053 ss.; HAACK, *Proving Causation: The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert*, in 4 *J. of Health and Biomedical L.*, 2008, p. 253 ss. Si ricordi che nell'esperienza angloamericana la valutazione di ammissibilità compete al giudice, mentre alla giuria compete la valutazione finale nel merito (pur senza renderne motivazione).

³⁷ HAACK, *Proving Causation*, cit., p. 263 ss. Cfr. HAACK, *Evidence and Inquiry. Towards Reconstruction in Epistemology*, sec. ed., Prometheus Books, 2009, p. 126 ss.

³⁸ HAACK, *Proving Causation*, cit., p. 264; si noti che anche qui emergono delle metafore: il supporto deve essere *forte* e la sicurezza indipendente deve essere *solida*; si noti altresì che in termini di probabilità si tratta per Haack di probabilità epistemiche (*epistemic likelihoods*), non di probabilità statistiche.

Su questa base Haack sostiene che un insieme di prove consente di trarre una conclusione in maniera più giustificata di quanto consentito da ciascuna di esse, se la loro combinazione aumenta il supporto, la sicurezza indipendente e la completezza del quadro probatorio, così come in un cruciverba la garanzia che una certa ipotesi sia corretta aumenta all'aumentare dei tre fattori. Questa metafora ci è utile? Tiene l'analogia³⁹ fra cruciverba e prova giuridica? Si può cercare di capirlo con riferimento a qualche caso giuridico concreto.

3. La valutazione della prova: canone atomistico od olistico?

Abbiamo visto che le diverse metafore e specialmente quelle del quarto gruppo incontrano il problema della valutazione probatoria. Come condurla? Quale canone è maggiormente giustificato dalla logica e dalla razionalità ed è maggiormente conforme alla scienza? Un canone atomistico od olistico?

Prima di rispondere a queste domande dobbiamo capire meglio a cosa corrispondono i due canoni. Secondo il *canone atomistico*, ogni elemento di prova deve essere considerato di per sé, determinando quale sia il suo valore probatorio e quale sia il contributo da esso portato all'apprezzamento complessivo delle prove. L'idea di peso, di supporto e di attendibilità di una prova sembrano andare in questa direzione, dal momento che richiedono di considerare ogni prova di per sé. Secondo il *canone olistico*, al contrario, ogni elemento di prova deve essere considerato congiuntamente agli altri elementi, determinando una valutazione complessiva sui fatti da provare. L'idea di valutazione complessiva delle prove – a mosaico, a fune, a catena – sembra andare in questa direzione, dal momento che implica un apprezzamento che non può essere utilmente scomposto.

La questione può essere discussa considerando il tema della *prova scientifica* e della sua valutazione nell'uno o nell'altro modo. Questo è stato fatto con grande accuratezza da Haack in una serie di lavori che ricostruiscono, sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo epistemologico, il dibattito statunitense degli ultimi decenni intorno al valore giuridico della prova scientifica⁴⁰.

Ricordiamo che la regola del caso *Frye* (1923), stabilita rispetto a una presunta “macchina della verità” in grado di misurare la pressione sanguigna, poneva la “generale accettazione” nel campo scientifico di riferimento come condizione di ammissibilità di una “nuova” prova scientifica. Ma dopo che nel 1975 le Federal Rules of Evidence pongono come condizione di ammissibilità di una “testimonianza esperta” (*expert testimony*) la sua *rilevanza* (regola 702), ci si chiede se le regole federali abbiano sostituito il criterio di *Frye* (se così fosse si tratterebbe di un caso di abrogazione tacita). Nel celebre caso *Daubert* (1993) la Corte suprema americana dice che sì, le regole federali hanno sostituito il criterio di *Frye*; ma poiché la Corte si avvede che la rilevanza è un criterio troppo permissivo vi viene aggiunto il criterio dell'*attendibilità* (*reliability*) scientifica.

Di cosa si trattava in *Daubert*? Era un caso civile di risarcimento danni. I coniugi Daubert sostenevano che i gravi difetti agli arti del proprio figlio Jason erano dovuti all'assunzione del farmaco Bendectin (contro la nausea) da parte della madre nel periodo di gravidanza. Per provarlo, gli esperti dei Daubert avevano prodotto dei dati statistici sulla relazione fra l'assunzione di Bendectin e i difetti agli arti, e delle prove di laboratorio sulla formazione di tali difetti in altri animali a seguito di trattamento con Bendectin. Per contestarlo, gli esperti della Merrell Dow (casa farmaceutica produttrice del Bendectin) avevano mostrato che non c'era nessuna pubblicazione scientifica sulle caratteristiche teratogene del Bendectin, che inoltre la Food and Drug

³⁹ Ricordiamo che le metafore sono analogie condensate e che un'analogia, per essere corretta, deve essere fra proprietà rilevanti. Mi permetto di rinviare a TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza, ragionamento*, Carocci, 2010, cap. 5.

⁴⁰ Sebbene, come abbiamo già rilevato, con riguardo alla valutazione in sede di ammissione e non in sede decisoria. In italiano cfr. HAACK, *Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte suprema americana*, in *Ars Interpretandi*, 2006, p. 303 ss. V. anche DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, 2005.

Administration – nonostante le cause civili intentate per il suo uso – aveva continuato a ritenere sicuro il farmaco, e che questa era anche l'opinione della scienza medica in generale.

In primo grado la corte ritiene inammissibili le prove prodotte dagli attori, in virtù del criterio stabilito da *Frye*. La decisione viene confermata in appello, quindi il caso giunge presso la Corte suprema, che lo decide stabilendo i requisiti della *rilevanza* e dell'*attendibilità* come condizioni necessarie per l'ammissibilità di una prova scientifica e precisando che l'attendibilità va (o può essere?) determinata in base a quattro fattori:

- 1) la "testabilità", cioè se la prova possa essere e sia stata testata;
- 2) il criterio del *peer-review*, se cioè gli studi prodotti dagli esperti in questione siano stati pubblicati in sedi che adottano tale criterio;
- 3) il margine d'errore (*error rate*) conosciuto o potenziale della tecnica con cui la prova è stata ottenuta;
- 4) l'accettazione nella comunità rilevante (in omaggio a *Frye*).

La decisione finale è sfavorevole ai Daubert, sia con i vecchi criteri di *Frye* che con i nuovi, dal momento che gli studi prodotti dai loro esperti non sono stati pubblicati in adeguate sedi scientifiche (riviste con il sistema del *peer-review*) e non paiono godere dell'accettazione generale della comunità scientifica.

Ma Haack scorge una tensione fra l'argomento giuridico con cui il caso viene deciso e l'argomento epistemologico con cui dovrebbe essere trattato. In base a quello *epistemologico*, un insieme di prove può "garantire" una conclusione a un livello più alto di qualsiasi suo componente considerato di per sé. Ma in base all'argomento *giuridico* stabilito da *Daubert* il valore degli elementi di prova deve essere stabilito di uno in uno, con la conseguenza che le conclusioni cui condurrebbe l'argomento epistemologico non possono essere tratte se alcuni degli elementi, singolarmente presi, non sono ammissibili⁴¹.

Questo argomento epistemologico comporta un *canone olistico* nella valutazione della garanzia offerta delle prove; l'argomento giuridico comporta invece un *canone atomistico* nella valutazione della loro ammissibilità (si noti che queste valutazioni hanno dei profili diversi). Per il primo argomento il valore delle prove deve essere valutato complessivamente, mentre per il secondo deve svolgersi su ciascuna prova considerata di per sé. Per il secondo, la valutazione finale non è altro che il risultato aggregato della valutazione singolare, prova per prova, mentre per il primo non è possibile procedere a una valutazione atomistica in quanto il valore delle prove può determinarsi solo nella loro connessione.

Haack esamina in questa luce anche un caso successivo: in *Joiner* (1997) gli avvocati dell'attore chiedono un risarcimento danni alla General Electric in quanto viene sostenuto che il loro assistito, Robert Joiner, elettricista, ha sviluppato un tumore ai polmoni a causa dell'esposizione ai policlorobifenili (PCB) contenuti nei trasformatori elettrici con cui abitualmente lavorava e che venivano prodotti appunto dalla General Electric⁴².

Gli esperti di Joiner producono come prove un insieme di studi condotti sia *in vitro* che *in vivo*, di carattere tossicologico ed epidemiologico, sostenendo che *presi assieme* questi studi sono sufficienti a stabilire la connessione causale fra l'esposizione ai PCB dei trasformatori e il cancro di Joiner. Ma il convenuto, come controargomento, fa notare che la tesi di Joiner presenta una fallacia: la fallacia della "fascina" (*faggot fallacy*) per cui un insieme di prove deboli, se sufficientemente ampio, si trasforma (magicamente?) in una prova forte. Senza contare il fatto che Joiner è un fumatore e proviene da una famiglia con casi di tumore.

⁴¹ Questo è il modo in cui inquadra il problema HAACK, *Proving Causation*, cit. Nella letteratura italiana cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Giuffrè, 1975, p. 22 ss. sul caso del Talidomide; v. anche CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in Aa.Vv., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, cit., p. 55 ss.

⁴² Cfr. HAACK, *Proving Causation*, cit., p. 259 ss.

Una questione preliminare che andava chiarita per la Corte è se l'attendibilità riguardi i risultati o i metodi seguiti. In *Daubert* la discussione è sull'attendibilità delle *metodologie*, non dei risultati – la cui attendibilità, semmai, è una conseguenza dell'attendibilità dei metodi con cui sono ottenuti – mentre in *Joiner* i giudici della Corte suprema dicono che metodologie e conclusioni non si possono interamente distinguere⁴³. Il che lascia un ampio spazio di manovra a chi deve effettuare la valutazione, potendosi concentrare a seconda dei casi più sui risultati o più sui metodi e le tecniche utilizzate. Quindi, nel merito, la Corte di *Joiner* decide in favore della General Electric, ritenendo che le prove offerte dagli esperti di *Joiner* non superino i criteri di attendibilità posti da *Daubert*. La critica di Haack è che adottando un canone diverso ed epistemologicamente più appropriato le prove a favore di *Joiner* avrebbero potuto essere ammesse per venire valutate dalla giuria.

Il canone olistico cui Haack fa riferimento nasce dall'idea di "garanzia" probatoria, come abbiamo detto. "Garanzia" è un termine che, usato nel vocabolario epistemologico, indica il livello a cui le prove accreditano un'ipotesi⁴⁴. Le prove che "garantiscono" un'ipotesi scientifica si intrecciano e combinano in modo tale da supportare il risultato probatorio a un livello a cui nessuna prova di per sé arriva⁴⁵. Il livello di "garanzia" complessiva è cioè più alto di quello delle prove disponibili prese singolarmente. (Lo stesso può dirsi, probabilmente, anche per le prove non strettamente scientifiche). Ma potrebbe darsi, come è stato ritenuto in *Joiner*, che le prove singolarmente prese non siano in grado di soddisfare i requisiti posti da *Daubert* in ordine alla loro attendibilità e ammissibilità, benché da un punto di vista epistemologico siano in grado, complessivamente prese, di supportare la tesi in questione (non per forza di provarla in modo concludente, ma almeno a un livello di plausibilità che consenta la loro ammissione in giudizio).

Posto allora che *de jure condito* il diritto americano richieda l'utilizzo di un canone atomistico, ci si può chiedere quale canone sia più appropriato adottare *de jure condendo*.

Un canone olistico sembrerebbe più adeguato dove le prove nascono in effetti da un insieme di connessioni fattuali sottostanti; ma, oltre agli eventuali limiti posti dal diritto (come i criteri posti da *Daubert*), ci si deve chiedere quando e come il canone olistico eviti di trasformarsi in un canone fallace che da un insieme di prove più o meno deboli pretende di estrarre una prova forte.

Un'orchestra di musicisti mediocri può essere una buona orchestra? Una squadra di brocchi può essere vincente? Se ne può dubitare. Ma non è detto che una squadra di campioni sia necessariamente vincente, o che un insieme di capi di abbigliamento ciascuno dei quali sia bello di per sé costituisca un insieme esteticamente felice. Inoltre una prova forte ma incompleta può ingannare (pensiamo a una testimonianza molto attendibile ma su una parte sola della vicenda). Ne segue che è più appropriato utilizzare un canone olistico?

In un caso come *Joiner* le prove addotte potrebbero essere varie e dovrebbero includere non solo degli studi sulla patologia in questione e le sue cause ma anche dei meta-studi, per così dire, che garantiscano l'attendibilità dei primi, oltre al fatto che le prove dovrebbero focalizzarsi sul caso concreto, comprendendo la rilevante conoscenza di sfondo, le rilevanti informazioni sulla vita del soggetto, sulle sue caratteristiche fisiche e genetiche, sul suo tipo di impiego e la durata di questo, sul tipo di materiali utilizzati nella sua attività lavorativa e sul tipo di precauzioni prese o da prendere, escludendo infine che tale patologia possa essersi formata per una causa diversa da quella ipotizzata. Stabilire un'eziologia del genere è sicuramente molto, molto complesso⁴⁶. Una delle

⁴³ HAACK, *Proving Causation*, cit., pp. 259-260. Si noti peraltro che la decisione del caso *Kumho* (1999) estenderà il controllo di attendibilità alle prove non strettamente scientifiche (*scientific testimony*) bensì dipendenti da una qualche tecnica o metodo esperto (*expert testimony*). Tutto ciò richiama il problema della "neutralità metodologica" del giudice, comunque salvaguardata se il giudice che decide dell'ammissibilità non entra poi in camera di consiglio.

⁴⁴ Così HAACK, *On Truth, in Science and in Law*, cit., p. 997. Cfr. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, 1996, pp. 141-142.

⁴⁵ HAACK, *On Truth, in Science and in Law*, cit., p. 1003.

⁴⁶ Si confronti la complessità del processo per il Petrolchimico di Marghera, pur in sede penale, la cui decisione conta più di 1000 pagine in primo grado, altrettante in secondo e circa 400 in terzo. Sulla decisione di primo grado, cfr. fra gli altri i rilievi di TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *Not. di Politeia*, 2003, p. 83 ss.

ragioni di complessità è la necessità di meta-prove, cioè di prove sull'attendibilità delle prove, o prove di secondo grado, qualora debba essere garantita l'attendibilità di certi studi o di certe testimonianze esperte contestate dagli avversari processuali o messe in dubbio dai giudicanti. E in linea di principio potrebbero essere richieste delle prove di terzo grado (meta-meta-prove) e così via fino a dove consentito dalle risorse disponibili e dall'economia processuale.

In casi del genere pare impossibile che un singolo elemento di prova sia in grado di mostrare l'asserita connessione causale; ma non pare impossibile che sia in grado di farlo la loro combinazione. Se, riprendendo le distinzioni fatte sopra, la loro combinazione raggiunge un alto livello di supporto, sicurezza indipendente e completezza, l'ipotesi potrebbe dirsi provata benché nessuno degli elementi sia di per sé sufficiente a provarla. In altri termini è l'apparato delle prove a dover essere valutato in modo olistico, dato che non è utilmente scomponibile e che solo uno sguardo d'insieme consente di trarne la debita valutazione di ammissibilità e analogamente, potremmo dire, la valutazione conclusiva.

Haack sottolinea che questo modo di intendere il problema è un'analisi teorica della questione, non una procedura decisionale per risolvere i dubbi e decidere i casi concreti⁴⁷. Ad ogni modo un canone come quello stabilito in *Daubert* è a suo avviso di tipo atomistico, dato che di ogni prova considerata di per sé deve essere stabilita la rilevanza e l'attendibilità scientifica, con la complicazione che, conclude Haack, mentre *l'attendibilità è una questione di grado* (così come il peso, il supporto o la garanzia), *l'ammissibilità è una questione categorica*: o una prova è ammissibile o non lo è⁴⁸. Pertanto un giudice guidato dai criteri indicati in *Daubert* deve prendere una decisione atomistica e di tipo categorico in una materia dove le relazioni sono olistiche e di grado.

Lo stesso vale per la valutazione conclusiva da cui dipende la decisione? Nel nostro sistema che non conosce la netta separazione fra giudice e giuria l'opinione comune è che la valutazione abbia necessariamente due fasi, una analitica e una sintetica⁴⁹. E vale anche in sede penale, pur con tutte le differenze di rito e di standard probatori? Richiamando un noto caso italiano si potrebbero fare delle analoghe considerazioni, in ambito penale, sul ragionamento probatorio che è stato svolto in relazione al delitto di Cogne⁵⁰. Devo semplificare per ragioni di spazio, ma credo di non essere infedele al caso dicendo che gli elementi di prova erano essenzialmente questi (di cui solo il primo è una prova "scientifica", desunta dal pur contestato metodo della Bloodstain Pattern Analysis):

*E*₁, l'omicida indossava il pigiama e gli zoccoli dell'imputata;

*E*₂, la porta d'ingresso era chiusa a chiave e non mostrava segni di effrazione;

*E*₃, non risultavano tracce ematiche della fuga di un estraneo (il cui ingresso nell'abitazione pareva oltretutto poco plausibile alla luce delle circostanze).

Su questa base è stata pronunciata e confermata in ultima istanza una sentenza di colpevolezza a carico dell'imputata, com'è noto. Utilizzando una metafora di combinazione si potrebbe dire che l'insieme di queste prove è stato decisivo per la condanna e che nessun elemento di per sé considerato avrebbe potuto portare alla medesima conclusione. Traducendo il discorso in altre metafore, allora, potremmo dire che l'insieme di questi elementi ha un "peso" o una "forza" maggiore della loro semplice sommatoria, o che la "garanzia" che essi danno alla conclusione è

⁴⁷ HAACK, *Proving Causation*, cit., p. 273.

⁴⁸ HAACK, *Proving Causation*, cit., pp. 286-287. Non si deve peraltro dimenticare che ogni decisione è categorica e che anche il verdetto conseguente alla valutazione conclusiva non può essere una questione di grado.

⁴⁹ Così ad es. UBERTIS, *La prova penale*, cit., pp. 80-84, UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 77-81 e nella giurisprudenza Sez. I pen., sent. n. 19933/2010, punto 2.2 dei motivi della decisione.

⁵⁰ Sez. I pen., sent. n. 31456/2008. Cfr. gli accurati rilievi di CAPRIOLI, *Scientific Evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*, in *questa rivista*, 2009, p. 1867 ss.

maggiore se presi congiuntamente, data la combinazione del loro “supporto”, della loro “sicurezza indipendente” e della loro “completezza”⁵¹.

Peraltro non si può tacere almeno una disanalogia fra il cruciverba e la prova scientifica o giuridica: nel cruciverba c'è un senso definito di “completezza” che manca invece nella prova scientifica (quando potrà dirsi completa?) ed è molto dubbio in quella giuridica (come sapere quante sono le prove che si dovrebbero assumere per dirla “completa?”); l'unica maniera di preservare la metafora è sostenere che un qualche criterio di *rilevanza* permette di circoscrivere le possibili prove, in modo che si possa sapere cosa abbiamo e cosa ci manca (per completare la prova analogamente al cruciverba). Ma come questo funzioni in pratica è tutto da vedere.

4. *Una conclusione scettica?*

La precedente discussione può lasciare disorientati. Come condursi in questa selva di metafore, criteri, canoni, analogie e intrecci fra diritto, scienza ed esperienza di senso comune? Non ho l'ambizione di indicare la via, ma avrei la modesta pretesa di segnalare alcuni punti di riferimento con cui cercarla.

In primo luogo, come il lettore attento avrà notato, il primo e il quarto gruppo di metafore probatorie dicono – pur metaforicamente – che cosa una prova è (un'entità ponderabile per le metafore di peso, la parte di un tutto per le metafore di combinazione), mentre le metafore del secondo e terzo gruppo dicono che cosa *fa* (supporta una conclusione per le metafore di sostegno, garantisce una conclusione per le metafore di credito).

In secondo luogo, non dico che *tutto* il linguaggio probatorio sia metaforico. Ma lo è in gran parte e in questa parte è opportuno cercare di capire quali metafore sono impiegate, con quali caratteristiche ed eventuali relazioni reciproche. (Abbiamo visto che non di rado le metafore si intrecciano le une alle altre, come le metafore di combinazione quando sono funzionali a una metafora di credito).

In terzo luogo, ammetto che alcune delle mie considerazioni e classificazioni sono opinabili (si può discutere ad esempio se la metafora della “ricostruzione” sia di supporto o di combinazione). Ma non è questo il punto più importante. Il punto, una volta ammesso che il linguaggio della prova è ampiamente metaforico, è capire se si possa eliminare o ridurre l'uso di metafore in questo tipo di discorso.

Allora, in quarto luogo, se non fosse possibile prescindere da un certo uso delle metafore probatorie, sarebbe opportuno e doveroso chiedersi quali sono le più adeguate. In questo senso, gli esempi discussi al § 3 fanno pensare che le metafore di combinazione in cui le prove sono valutate con un canone olistico sono più adeguate per rendere conto della complessità della prova (almeno in casi del genere).

In quinto e ultimo luogo, se fosse invece possibile prescindere da un certo uso delle metafore, sarebbe opportuno e doveroso chiedersi come strutturare altrimenti il discorso sulle prove. In termini di relazioni inferenziali? Questa sarebbe la risposta più immediata, ma messe a parte le inferenze deduttive (il cui uso nel ragionamento probatorio è molto limitato), restano le inferenze non deduttive come l'abduzione, l'induzione e in genere le inferenze probabili⁵². Ora il problema può essere che, da un lato, queste inferenze (almeno nell'ambito della prova giuridica) resistono a una traduzione in termini quantitativi e che, dall'altro, una loro traduzione in termini di “inferenza alla migliore spiegazione” (“migliore” in che senso?), ovvero a “storie” più o meno credibili o plausibili, può comportare un incremento di discrezionalità in capo a chi valuta. Allora, se queste

⁵¹ Si può pensare che i tre criteri distinti da Haack richiamino così, in qualche modo, i tre criteri della valutazione indiziaria. V. ancora UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 97-98.

⁵² A tacere del fatto che anche le relazioni inferenziali si prestano a rappresentazioni metaforiche. Rimando ancora a VAILATI, *I tropi della Logica*, cit.

strade fossero scartate, cosa rimarrebbe a guidare la valutazione probatoria? Il vecchio bagaglio di formule come “prudente apprezzamento” o “libero convincimento” del giudice? Ho l’impressione che, pur con la loro indeterminatezza e lo scetticismo che ciò comporta, queste formule siano più oneste di certe metafore che fanno credere a una procedura meccanica o quasi con cui condurre il ragionamento probatorio.