

DANIELE RUGGIU

PROVA PROCESSO E INTERPRETAZIONE

Un'ipotesi di ricostruzione del giudizio

1. L'ACCERTAMENTO DEL FATTO E IL SEGNO DELL'INTRIGUE

L'ermeneutica, spostando l'asse del fenomeno giuridico dal piano di chi fa le leggi a quello di chi le applica, cioè di chi le interpreta, in una linea che va dal legislatore al giudice dunque, ha compiuto una vera e propria rivoluzione copernicana. Per quanto strano possa apparire, questa linea raramente è stata seguita all'interno di quella zona in cui la decisione giudiziale si forma. Se si vuole allora che tale rivoluzione sia portata sino al fondo delle proprie conseguenze, non ci si può fermare alle soglie del processo, dicendo che l'applicazione non è un percorso discendente di deduzione logica ma interpretazione. Bisogna mostrare che la natura di esso è essenzialmente ermeneutica, che l'interpretazione attraversa tutto il processo. Da questo punto di vista la trilogia ricoueriana su tempo e racconto può fornirci un'utile chiave di lettura¹.

La struttura dialogica dell'interpretazione giudiziale muove dalla domanda che un evento pone dal passato a cui appartiene². Prima c'è una storia di vita, che necessita di essere giuridicamente letta³, cioè trasformata dallo stato grezzo in cui si trova, quale *Tatsache*, in un insieme di circostanze giuridicamente rilevanti, *Sachverhalt* cioè.

Prima non c'è un «caso» dunque, ma l'interrogazione che il carattere problematico di questa storia di vita pone⁴. Il testo di legge, *Tatbestand*, non è in grado di dire alcunché se prima l'interprete non formula, a partire dal caso concreto, la questione a cui il testo deve fornire risposta. In una prospettiva giuspositivistica, così come per le moderne teorie dell'argomentazione, c'è soltanto una

¹ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, Paris, 1983, Milano, (1983) 1991; ID, *Temps et récit II. La configuration dans le récit de fiction*, Paris, 1984, trad. it. di G. Grampa, 1987; ID, *Temps et récit III. Le temps raconté*, Paris, 1985, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1994. Si tratta però di una riflessione la cui origine va riportata ad ARISTOTELE, *Poetica*, trad. it. e cura di D. Pesce, Milano, 1995, e che è stata recuperata in narratologia dapprima, e in storiografia, poi, con P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Parigi, 1971, trad. it. di G. Ferrara, Roma-Bari, 1973; per la bibliografia relativa al dibattito storiografico cfr. P. ROSSI (a cura di), *La teoria della storiografia oggi*, Milano, 1983.

² Sul primato della domanda cfr. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983 (2 ed.), p. 418 ss.

³ F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 3 ed., 2001, p. 189.

⁴ G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, p. 53 ss.

giustapposizione di due termini misteriosi, che non si sa da dove vengano, né perché siano posti in relazione tra loro. La decisione giudiziale è invece il frutto di una loro strettissima interrelazione dove questione di fatto e questione di diritto più che due percorsi separati sono lo stesso percorso di risposta, sono nello stesso circolo ermeneutico. Giudizio di fatto e giudizio di diritto non sono distinguibili in concreto perché la dimensione narrativa appartiene *già* all'interpretazione. L'interpretazione giudiziale è cioè una configurazione dell'azione nel tempo secondo un ordine che è prima di tutto giuridico, oltre che logico. Il che significa che all'inizio non solo c'è una domanda cui l'interprete deve rispondere con l'interpretazione e che questa domanda si leva da un piano storicamente determinato. Per cui è la problematicità della vita a porre l'interprete sulla via del diritto. Ma, come è stato osservato, che la storicità è *già* insita nel diritto⁵. Il tempo è nel diritto. Il diritto è nel tempo. L'accertamento del fatto quale fenomeno essenzialmente ermeneutico muove dunque dall'interrogazione del passato.

Dapprima il rapporto dell'interprete con esso è segnato dalla radicale negazione. Il passato è ciò che non è più, ciò che è andato, ciò che è passato appunto⁶. La nostra relazione col passato si instaura dunque a partire dall'estraneità, ma nel momento in cui si tenta di capire e di strappare all'estraneità il passato, l'esperienza temporale si articola attraverso la mediazione del linguaggio, dove inizia il nostro percorso di appropriazione del tempo. È nel linguaggio, attraverso il racconto e la narrazione, che il tempo diviene tempo umano⁷. È nella misura in cui l'esperienza temporale viene espressa secondo un modulo narrativo che questa entra nella dimensione dell'uomo. Ma in questo modo anche il mondo dell'azione viene a prendere voce nella trama della narrazione, e questa diviene imitazione di quello⁸.

«Come un testo, così l'azione umana è un'opera aperta, il cui significato è “in sospeso”»⁹, cioè perennemente in attesa di nuove interpretazioni in grado di definirne il significato. Ogni evento,

⁵ Su questo argomento cfr. A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. e cura di G. Marino, Milano, 2003, pp. 35-74.

⁶ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 23.

⁷ Ivi, p. 91: «il tempo diviene tempo umano nella misura in cui viene espresso secondo un modulo narrativo, e ...il racconto raggiunge la sua piena significazione quando diventa una condizione dell'esistenza temporale».

⁸ Parallelamente alla triplice figura della *mimesis* di *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 91 ss., prefigurazione, configurazione, rfigurazione, è stata sviluppata sul piano architettonico una eguale articolazione che, a partire dal bisogno di riparo, anticipa lo spazio abitativo, quindi lo dispiega spazialmente in una configurazione narrativa mediante una costruzione di intreccio, edificio, infine lo rfigura nell'abitare risultante dal costruire. Lo stesso dicasi, a partire da quel particolare spazio che è il proprio corpo, a livello urbanistico e a livello geografico. Aggiungerei solo che quel particolare spazio che è il nostro corpo è uno spazio irradiato di nervi e attraversato da vene, cioè uno spazio di cui abbiamo direttamente coscienza, è lo spazio che noi stessi siamo, e in quanto tale ci apre in generale all'esperienza spaziale. Ma, a parte questo, è importante notare come sia la dispiegazione urbanistica dello spazio, sia la divisione, ad esempio, in regioni della terra, sono tutte attività tutt'altro che innocenti, come a dire che sono tutte ermeneutiche. Cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, 2000, trad. it. e cura di D. Iannotta, Milano, 2003, p. 210 ss.

⁹ P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, Paris, 1986, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1989, p. 190, che prosegue: «È perché essa “apre” delle nuove referenze e ne riceve una pertinenza nuova che anche gli atti umani sono in attesa di nuove interpretazioni che decidono il loro significato. ...L'azione umana è anch'essa aperta a chiunque *sappia leggere*. Ne

ogni accadimento individuale, è costituito da una eterogenia di fattori (i loro fini, i loro agenti, le circostanze in cui si presentano e si sviluppano, i motivi) che possono essere ricomposti *come* un tutto solo nella trama che li interpreta e li configura come storia, e poi come «caso». L'*intrigue* appunto trasforma una mera sequenza seriale, portandone alla luce quel *fil rouge* che lo rende generalmente intelleggibile, in una configurazione. Il che riporta di attualità il primato della lettura nell'interpretazione, cioè la priorità logica del *post* sul testo¹⁰.

Mentre nel romanzo la trama si svela alla fine alla luce della conclusione, nell'accertamento del fatto essa resta segreta, occulta ed emerge solo *ex post*¹¹ esplicitando il filo conduttore che addita il passaggio dall'aggregato insignificante di eventi al sistema (rificazione)¹².

Caratteristica della trama dell'azione è di lasciarsi seguire attraverso le contingenze sotto la guida di un'attesa fino ad una conclusione. Essa gravita quindi su un punto finale che fornisce anche quel punto di vista dal quale è possibile comprendere il «perché» e il «come» determinati eventi si sono sviluppati in quel determinato modo e non in un altro, sino alla conclusione che più che essere prevedibile deve essere «congrua» con gli episodi raccontati. È da questo punto di vista che una storia di vita può essere colta come un tutto¹³. Infine, nella lettura il testo perde la propria rigidità significativa, e si colloca nel nostro orizzonte di senso attraverso l'applicazione. Applicazione sia della legge attraverso il caso concreto, sia del caso concreto attraverso la legge.

Da una parte sono i paradigmi in cui si strutturano le nostre attese che forniscono le linee direttrici dell'incontro tra il testo dell'azione e l'interprete, dall'altra è lo stesso atto di lettura che accompagna e guida la configurazione dell'interpretazione come trama significativa. La trama si origina così da uno sguardo retrospettivo, come un colpo d'occhio lanciato *ex post* sulla storia. Di qui il primato del punto di vista retrospettivo di quel particolare *spettatore* che è il giudice sul punto di vista degli *attori* di quel singolo evento che deve essere giudicato. L'atto di lettura, in questo senso, è il punto di incontro tra il mondo delle azioni e il segno dell'*intrigue*¹⁴.

«Capire un testo significa seguire il suo movimento dal senso verso la referenza, da ciò che esso dice a ciò di cui parla»¹⁵. Un testo di legge trova il suo senso nell'applicazione, nel caso concreto che è da esso disciplinato. Ma se è nello sguardo retrospettivo che si dischiude la referenza, allora

risulta che, se il significato di un evento è il senso che gli è dato dalle interpretazioni ulteriori, l'interpretazione dei contemporanei non ha alcun particolare privilegio in questo processo».

¹⁰ Su una rivalutazione della lettura, quale punto di vista retrospettivo, cfr. anche R. BARTHES, *Texte (Théorie du)*, in *Encyclopaedia Universalis*, 1973, ora in ID., *Scritti. Società, testo, comunicazione*, trad. it. di M. Di Leo e S. Volpe, Torino, 1998, p. 239.

¹¹ Cfr. anche per quanto riguarda la prevalenza del punto di vista retrospettivo nel mestiere di storico J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, in "Philosophische Rundschau", Beih. 5, Tübingen, 1967, in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. di G. Bonazzi, Bologna, 1980, p. 238.

¹² P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, 1995, trad. it. di D. Iannotta, 1998, p. 130.

¹³ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 112.

¹⁴ Ivi., p. 125.

¹⁵ P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, cit., trad. cit., p. 200.

questa non è più solo referenza del testo. Secondo questa prospettiva la referenza che si apre nel testo è co-referenza, referenza dialogata, in quanto l'interprete attraverso il senso del testo giunge ad incontrare la referenza, il mondo, che si dispiega in esso. La referenza ha cioè una dimensione intersoggettiva dalla quale noi non siamo esclusi¹⁶. La natura ostensiva del linguaggio sta alla base di quella fusione di orizzonti che si ha nell'applicazione. Il punto di partenza è dunque che quella particolare azione che è l'interpretazione ri-significa il mondo. E questo accade in ogni interpretazione.

Nell'interpretazione l'eterogeneità dei termini di agente, motivo, e circostanza entrano in un nuovo circolo di significazione, divengono senso per noi. Comprendere una storia, ci dice Ricoeur, vuol dire comprendere il linguaggio del «fare»¹⁷, ma vuol dire anche inserirsi nel seno della tradizione in cui i nostri pregiudizi e le nostre trame significative si formano (prefigurazione). In effetti se l'azione può essere raccontata è anche perché essa è già articolata in segni, regole e norme, è già mediata simbolicamente in modo tale che essa ci si pone con l'interrogazione delle proprie risorse simboliche. L'intenzionalità dell'azione fa sì che prima di offrirsi all'interpretazione i simboli sono a loro volta degli interpretanti interni all'azione, di modo che il rapporto tra comprensione pratica e comprensione narrativa non è solo di trasformazione, o forse dovremmo dire di trasfigurazione, ma anche di presupposizione, di fondazione della leggibilità del campo pratico¹⁸. L'atto di alzare il braccio può essere interpretato come un modo di chiamare un taxi, salutare, esprimere un voto, un assenso, aggredire qualcuno. Ciò che decide sulla sua interpretazione è anche l'orditura testuale che è propria dell'azione e ne fonda la leggibilità. In altre parole, è come se l'azione fosse già in sé una storia non detta. Secondo un primo aspetto la comprensione di un'azione attraverso il racconto, e la sua trama, vuole innanzi tutto una pre-comprensione dell'agire umano tale che ci si possa collocare all'interno del contesto che costituisce la sua semantica, la sua simbolica e la sua temporalità¹⁹. L'estraneità si pone allora in tensione con la familiarità del linguaggio che è già da sempre nostra²⁰. L'intenzionalità dell'azione si lega allora alla *Vorverstandnis*, alla precomprensione che è propria di ogni appartenente ad una comunità dell'interpretazione. Il fatto che noi agiamo in un determinato modo ha per noi un certo significato proprio perché ci collochiamo in un contesto pregiudiziale ben determinato. Ma è poi l'orditura della trama interpretativa a ricomporre *ex post* una congerie eterogenea di fattori in un tutto significativo, in una configurazione. È a partire dalla *Vorverstandnis*, e dalla fusione di orizzonti che essa comporta, che si riconfigura l'azione nell'interpretazione come trama, e nel diritto come «caso». Il fatto che vi sia un orizzonte di senso

¹⁶ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 127.

¹⁷ Ivi, p. 97.

¹⁸ Ivi, p. 99.

¹⁹ Ivi, p. 107.

²⁰ H. G. GADAMER, *Vom Zirkel des Verstehens*, trad. it di F. Vercellone, in *aut aut*, 1987, n. 217-218, p. 19.

che è presupposto dall'azione, è anche il fondamento delle possibilità ricostruttive della trama. L'intenzionalità dell'azione nel contesto della precomprensione è una sorta di noumeno, è ricostruibile solo interpretativamente, facendo ricorso proprio alle risorse della *Vorverstandnis*. È come se l'intenzionalità rappresentasse un'ombra nel seno della precomprensione, cui l'interpretazione restituisce luce. Tant'è che l'interpretazione di un testo qualsiasi è tutt'altro che l'inseguimento di un'inattuabile intenzione dell'autore, anche quando si pretende letterale. Ciò a cui si può arrivare è l'orizzonte di senso nel cui contesto l'azione è sorta. Ma questo orizzonte è in costante dialogo col nostro. Il linguaggio è il ponte tra familiarità ed estraneità, tra precomprensione e intenzionalità.

Al centro dell'accertamento giudiziale dei fatti, sta l'evento storico nella sua singolarità irripetibile²¹. L'evento²², da questo punto di vista, nella nostra percezione tende a sottrarsi alla legge e a porsi rigidamente nella propria contingenza e alterità. È una differenza irriducibile²³. Nel processo l'evento deve essere sottratto all'oscurità da cui ci viene, e ricostruito nella sua dinamica spaziale e temporale, e nella sua rilevanza per noi, che lo rende attuale e significativo. Esso si colloca nell'unità dell'esperienza giuridica come ciò che è da essere normativamente qualificato, come «caso» appunto. Così per il diritto il passato non esiste che per illuminare il presente, e, in questo senso, l'interprete, nella propria attività di selezione, distingue tra fatti rilevanti e irrilevanti affinché possa essere risolto il caso presente. Da questo punto di vista, il processo rientra in quel fenomeno di appropriazione del tempo, che è proprio dell'esperienza umana in quanto storicamente finita, cioè storicamente situata²⁴. Ma la circolarità ermeneutica dell'accertamento del passato nel processo è dato anche dal fatto che il presente dà quel senso in grado di illuminare e interpretare il passato. Senza la legge, i precedenti, l'elaborazione dogmatica, cioè in definitiva senza il diritto vigente, il passato è per l'interprete lettera morta. Come a dire che la *Vorverstandnis*, la precomprensione, è la condizione stessa dell'attualità del passato. Inoltre, il passato ha una sua efficacia che si protrae nel tempo sino al nostro presente, al fine di formare quella norma individuale che sarà in grado di avanzare la sua pretesa regolativa anche per il futuro. Il passato

²¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, p. 128.

²² È bene non confondere, a questo punto, il *fatto*, il "che cosa" del discorso, di natura proposizionale, dall'*avvenimento* in quanto "cosa di cui si parla", l'"in merito a cosa" è quel discorso, secondo un rapporto vero/falso di tipo popperiano (falsificabile/non falsificabile). In tali termini il fatto in quanto "cosa detta" segna tutta la distanza tra il detto e la prospettiva referenziale rispetto alla quale è possibile il dispiegarsi del mondo di fronte al racconto, che nell'ottica dell'interpretazione giudiziale sarà la storia di vita accaduta tale e quale essa fu nel passato. Di qui l'assunzione di una concezione triadica del significante, significato, referente, distinta quindi da quella di impostazione linguistica saussuriana significante/significato, nel senso, cioè, che qualcuno dice qualche cosa a qualcuno secondo regole. Cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 255 ss.

²³ Cfr. anche per la «differenza ontologica» tra *essere* e *dover essere* A. KAUFMANN, *Das Rechts im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationem über ein unauslotbares Thema*, in *Recht als Instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. J. Van der Ven*, Kluwer, 1972, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. cit., p. 77-93.

²⁴ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 128.

viene allora sottratto alla propria contingenza, alla singolarità in cui era chiuso, esce dalla differenza. L'intelligibilità del passato che si intesse lentamente attraverso il giudizio, è in grado di attrarre l'interpretazione di casi simili, nel senso che un confronto non può comunque essere evitato. Inoltre, avendo al centro dell'imputazione etica l'evento nella sua dimensione individuale, irripetibile, la sua trama è chiaramente entro lo statuto narrativo del racconto. Ha un suo prima e un poi, e al suo centro un agente e una azione che può essere raccontata nell'interpretazione giudiziale²⁵. Lo sviluppo diacronico dell'azione ha il suo corrispettivo interpretativo nello sviluppo diacronico della narratività. Ciò che l'interpretazione ha in comune col racconto è appunto l'orditura di una trama narrativa.

Nel diritto la comprensione narrativa è quel filo conduttore in grado di legare una serie di fattori diversificati in un tutto dotato di senso. Questo filo conduttore è la sintesi dell'eterogeneo, l'*intrigue*, la trama del racconto. In altri termini la comprensione narrativa che fornendoci una spiegazione adeguata alla concatenazione eterogenea, deve per forza precedere la spiegazione che si ha nell'argomentazione giudiziale²⁶. Nell'accertamento del fatto spiegare e descrivere sono concetti che si incontrano sotto la comprensione narrativa. Questa è anche una conseguenza dell'impossibilità di tracciare una netta linea divisoria tra questione di fatto e questione di diritto. Un'esposizione del fatto non si limita a riferire gli eventi nel loro ordine di accadimento puro e semplice. Un'esposizione del fatto è tale in funzione della propria orditura, della propria trama, sulla base di un'idea guida di diritto: è già interpretazione. Un elenco di fatti senza legame tra di loro non è in grado di prospettare alcun «caso». In realtà non ci descrive nulla. A sua volta un'interpretazione non si riduce alle prove materiali che la giustificano, ne è la combinazione. La distinzione dal suo supporto concettuale o documentario non significa distinguere spiegazione e descrizione. Spiegare perché una cosa è accaduta è anche descrivere quel che è accaduto. Allora, parafrasando Ricoeur, un'interpretazione che non riesce a spiegare non è un'interpretazione, un'interpretazione che non è in grado di descrivere non ci spiega nulla²⁷.

Con l'interpretazione descrizione e spiegazione si trovano riconciliate sotto l'arco della comprensione narrativa, con l'interpretazione siamo già sulla via dell'argomentazione. Nell'accertamento del fatto la costruzione del «caso» costituisce interpretazione in quanto attraverso l'orditura di una trama pone l'evento all'interno di un calcolo di probabilità che scaturisce dal confronto di ipotesi alternative. Attraverso l'argomentazione l'interpretazione

²⁵ P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 464: «Il cerchio delle azioni, di cui si ritiene che gli autori individuali debbano dare conto, non può inserirsi che nel campo della storia evenemenziale, che, lo abbiamo visto si lascia trattare come un livello tra gli altri nella stratificazione delle durate e delle causalità». Cioè, mentre in storia sarebbe possibile una lettura che non proceda per attori ed agenti, una storia non-evenemenziale, nel diritto ciò non sarebbe possibile.

²⁶ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., pp. 212-215.

dispiega tutto il proprio carattere ostensivo in quanto viene a mostrare che sulla base delle prove raccolte, e delle inferenze da trarsi, la trama che si è venuta a intessere è migliore delle altre possibili, cioè più probabile. La descrizione rappresenta dunque il punto d'innesto della spiegazione. Nel processo l'accertamento del fatto si pone nel contesto della descrizione, rappresenta il supporto documentario e concettuale della spiegazione. L'interpretazione dei fatti, degli eventi nella loro dimensione individuale, è comprensione, e attraverso la spiegazione accede allo statuto narrativo del racconto argomentativo²⁸. Anche il giudice deve argomentare le proprie ipotesi interpretative appoggiandosi alle prove, documenti, testimonianze, confronti. Qui non c'è un metodo privilegiato²⁹. Come ci ha mostrato Esser³⁰, l'ambito della libertà del giudice è segnato radicalmente dalla scelta del metodo ben al di là della canonica quadripartizione operata da Savigny. E questo non solo perché non è possibile stilare a priori una gerarchia tra una pluralità di metodi, ma anche perché il più delle volte essi ci si pongono in maniera contraddittoria. Questo significa che la decisione giudiziale passa necessariamente attraverso un determinante momento valutativo e che il piano logico della applicazione del diritto è contrassegnato dall'intersezione di piani a-logici ed extra-logici. Questo è anche un riflesso di quella interscambiabilità tra giudizio di fatto e giudizio di diritto cui prima si è accennato.

La ricostruzione fattuale che si attua nel giudizio di fatto impone, infatti, che gli elementi rilevanti siano ricondotti ai concetti giuridici definiti sulla base delle fattispecie legali. Si richiede cioè una trasformazione. Il giudice nella costruzione del caso deve sottoporre le circostanze di fatto al setaccio e al filtro valutativo della precomprensione e della comprensione giudiziale. In tale senso viene a formarsi quel rapporto tra fatti e fattispecie legale che ritiene corretto al fine della risoluzione del caso³¹. Attraverso la progressiva formulazione di ipotesi, l'interpretazione giudiziale viene a intessere la propria orditura testuale connettendo con essa eventi e significanza normativa in un insieme più ampio che ha, come abbiamo visto, lo statuto narratologico della trama, e si pone in rapporto soltanto indiretto con la narrazione, col *racconto*³². Non ci troviamo cioè di fronte a un'identità di genere. La narrazione di una storia di vita assurge a trama nel momento stesso che la si costituisce come un insieme significativo, cioè come «caso». Qui non siamo né tra le norme, né entro il sistema dei fatti, ma in una zona mediana che, più che unirli, li intreccia. L'*intrigue* allora

²⁷ Ivi, p. 223.

²⁸ Ivi, p. 263: «A questo proposito, lo storico è nella stessa posizione di un giudice: è posto in una situazione reale o potenziale di contestazione e deve tentare di provare che una certa spiegazione è migliore di un'altra».

²⁹ A. KAUFAMANN, Prefazione, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 11: «Gli argomenti con cui vengono fondati i giudizi giuridici sono molto di più dei soli quattro citati, ad esempio: salvaguardia della certezza del diritto o della giustizia, valutazione delle conseguenze, senso del diritto, praticabilità, unitarietà del diritto ecc.; *il numero degli argomenti possibili è in via di principio illimitato*».

³⁰ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2 ed., Frankfurt a. M. 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983.

³¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 136-137.

non va inteso però come il risultato di proprietà combinatorie del sistema, piuttosto come il principio selettivo in forza del quale il sistema diviene in sé significativo, e si fa interpretazione³³. Da questo punto di vista, la relazione tra eventi e regolamentazione normativa può giustificarsi solo se se ne mostra la fondatezza sulla base delle risultanze del procedimento probatorio.

2. LA PROVA NELLA DINAMICA DEL PROCESSO

Al termine giuridico «prova» può essere corrisposta una pluralità semantica. In una prima accezione designerebbe i mezzi di cui ci si può servire per dimostrare il *thema probandum*. Indicherebbe cioè i documenti, le testimonianze, gli indizi. È questo il significato di *evidence*. In una seconda accezione designerebbe il procedimento probatorio, cioè quelle attività disciplinate dalla legge, con cui le parti o il giudice vengono ad acquisire mezzi di prova nel processo. Infine in un terzo significato prova sta ad indicare il risultato del procedimento probatorio, ossia il convincimento a cui il giudice perviene a seguito dell'acquisizione di mezzi probatori (ed è questo il significato più prossimo a *proof*)³⁴. In quest'ultimo senso rappresenterebbe ogni strategia di corroborazione di un enunciato, che risulterà alla fine fondato, cioè provato. E in tal senso quell'enunciato può dirsi vero. Inoltre si renderebbe evidente il sostrato dialogico della prova. Eventi e accadimenti vengono così identificati mediante una procedura di accertamento, che si esplica nello spazio pubblico e intersoggettivo del confronto tra le parti, e del controllo della comunità dell'interpretazione giuridica. Ciò rivela da una parte che il procedimento probatorio volto a stabilire una convinzione su un punto incerto, cioè a risalire da un fatto noto del presente a un fatto ignoto appartenente al passato, si collega alla finitezza storica della nostra conoscenza, dall'altra rivela il legame inscindibile che unisce giudizio e prova, per cui è attorno alle prove che verrebbe ad articolarsi tutto il processo³⁵. È per mezzo delle prove, infatti, che il giudice identifica quel particolare, in relazione al quale avviene l'individuazione della regola del caso concreto. È attraverso le prove che si avanzano e trovano legittimità le pretese interpretative sulla cui base vengono poi prese le decisioni. L'acquisizione e la valutazione delle prove costituisce, quindi, una esigenza imprescindibile del giudizio,

³² P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 86.

³³ P. RICOEUR, *Temps et récit II. La configuration dans le récit de fiction*, cit., trad. it. cit., p. 78; ID, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 489: «A proposito del narrativo, nessuno ignora che possiamo sempre raccontare altrimenti, visto il carattere selettivo di qualsiasi costruzione di intreccio».

³⁴ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, XXVII (II serie), 1972, p. 414.

³⁵ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 142.

rappresentando anche per l'interpretazione giudiziale le condizioni della sua consistenza interna (*consistency*) e della sua stessa controllabilità³⁶.

La prova è ciò che segna la distanza giudicatrice del processo. Essa rinvia all'evento che si deve provare, e quindi ad un'assenza, a ciò che non c'è e si vuole presente, perché passato. Ma così facendo fonda anche una distanza tra i soggetti che interagiscono nel processo. Proprio quei soggetti che col loro conflitto, che testimonia appunto «l'incoercibile presenza del male nella storia»³⁷, hanno dato vita al giudizio e al dibattimento. Hanno originato cioè un conversione del conflitto nella parola. Il processo è il luogo dove la parola istituisce la *giusta distanza* tra gli antagonisti. Separa le parti. Così, infatti, nel giudizio (*Urteil*, in tedesco, rimanda non a caso a parte, *Teil*), si crea la distanza tra la parte dell'uno e la parte dell'altro, privandoli del potere di fare giustizia a se stessi³⁸. Si istituisce una giusta distanza che viene a scomporre di fronte ai nostri occhi i termini di giustizia e imparzialità e li rende visibili, cioè possibili. La distanza è appunto condizione di possibilità del distacco che si richiede al giudicare. Proprio nella distanza del giudice rispetto al caso si può intravedere il germe della sua terzietà, la base stessa della imparzialità del giudice³⁹. La prova mostra però anche una dimensione pubblica, la sua struttura intersoggettiva. Si prova dinanzi ad altri. Il giudicare presuppone quindi la presenza di altri perché solo dinanzi a qualcuno si può rendere conto di qualcosa⁴⁰. Il processo, anche attraverso la procedura probatoria, mette a confronto le parti come «altre». Esse si trovano costituite non più solo dinanzi a se stesse, ma anche di fronte a un «terzo», il giudice. Nel processo la costituzione *dialogica* del Sé, della ipseità, lascia progressivamente lo stadio iniziale, ed immediato, del conflitto in cui aveva costituito la propria identità come struttura relazionale con un *tu* ben definito, e scopre l'*altro* che è in sé e l'altro proprio del *tu*⁴¹. Il processo stabilisce la giusta distanza dall'altro come altrettanto originaria del rapporto di prossimità col tu. Si rivela allora il ciascuno che è in sé. Di qui il brocardo latino *suum cuique tribuere*, a ciascuno il suo, che definisce appunto la giustizia. Ciò va connesso anche alla funzione specifica della motivazione, che spoglia l'interpretazione giudiziale della propria soggettività.

Ad una prima analisi, la disciplina legale del fenomeno probatorio presenta una natura «incompleta», in quanto viene a coprire «soltanto un'area limitata – e variabile nei diversi ordinamenti – di tale fenomeno»⁴². La causa di tale incompletezza è da ricercare nel fatto che i

³⁶ Ivi, p. 265.

³⁷ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 5.

³⁸ Ivi, p. 162 ss.

³⁹ Ivi, p. 7; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 152-153.

⁴⁰ Ivi, p. 154; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 265 ss.

⁴¹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, trad. it. di D. Iannotta, Milano, 1993, p. 204 ss.; ID., *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 8 ss.

⁴² M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1992, p. 331.

criteri relativi all'ammissione, formazione, valutazione e controllo delle prove vanno ricercati nell'ambito della razionalità e del senso comune di ciascuna cultura giuridica e che definiscono appunto il «luogo» in cui gli elementi informativi si inseriscono nel giudizio e fondano la decisione del giudice⁴³.

Relativamente alla disciplina giuridica della prova è possibile individuare due concezioni fondamentali. Una, propria dei sistemi di *civil law*, «chiusa» che tende a racchiudere il fenomeno probatorio entro il complesso delle norme che lo disciplinano. In questa prospettiva, che è propria del positivismo, sono prove solo quelle espressamente regolate dal diritto. Da ciò si può derivare l'affermazione dell'autosufficienza e dell'autonomia del concetto giuridico di prova e della sua disciplina. La seconda, propria dei sistemi di *common law*, «aperta», dove domina il principio del *freedom of proof* e l'idea che prova sia qualunque cosa utile all'accertamento dei fatti. In questi sistemi le norme relative alle prove regolano solo alcuni aspetti del fenomeno probatorio, e principalmente nel senso di escludere l'ammissibilità di taluni mezzi di prova quando ricorrono particolari ragioni di esclusione. In tali contesti il concetto di prova non presenta un carattere esclusivamente giuridico, andrebbe perciò inserito nell'ambito della logica e ascritto al campo della conoscenza, per essere capito a fondo, rimandando quindi a criteri di senso comune, razionalità e ragionevolezza⁴⁴. Senza operare una *reductio ad unum* metodologica, non sono tanto importanti cose e fatti cui attribuire a priori lo statuto di «prova», dunque, quanto l'intero contesto di inferenza di quella specifica cultura giuridica nell'ambito della quale può intendersi ciò che può essere o non essere «prova». Da questo punto di vista sarebbe più opportuno parlare, piuttosto che di prove, di un «concetto generale di prova» di carattere ampiamente interdisciplinare, che rimanda a concetti e metodi delle diverse discipline⁴⁵.

Nel processo civile il principio dispositivo, secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione soltanto le prove proposte dalle parti o dal p.m. (art. 115 c.p.c.),⁴⁶ porta a ritenere vere le affermazioni concordi delle parti⁴⁷. Non potendo infatti il giudice andare *ultra petita partium*, deve recepirle come tali. Se, dunque, da una parte l'obbligo di limitarsi ai «fatti» costituisce un corollario del principio della domanda (art. 112 c.p.c.), per cui il dovere decisorio dipende, per correlazione e limiti, dall'iniziativa di chi propone la domanda⁴⁸, l'obbligo di giudicare sulla base di ciò che è provato, riguarda il meccanismo con cui il giudice forma il proprio convincimento e pronuncia la

⁴³ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 170-171.

⁴⁴ Ivi, pp. 167-169.

⁴⁵ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 302; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 169.

⁴⁶ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, ed. min., Torino 2001, p. 72 ss.

⁴⁷ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 166.

⁴⁸ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, ed. min., cit., p. 63 ss.

decisione⁴⁹. Cioè, per quanto inserito entro limiti ben precisi, non può ritenersi interrotto il percorso del giudice verso la verità. E in tal senso andrebbero viste le varie eccezioni disposte dalla legge al principio dispositivo, e la portata stessa del principio del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.) all'interno del giudizio di fatto⁵⁰.

Nel processo penale, invece, dove la garanzia di una decisione veridica, raggiunta attraverso il procedimento probatorio, si lega alla garanzia di libertà dei cittadini, la verità dei fatti va accertata anche al di là di come questi sono stati presentati dalle parti al giudice. Di qui anche il divario tra sistema civile e sistema penale. Infatti esaurita la loro iniziativa, in casi di vuoti probatori aperti per l'inerzia delle parti, il giudice ha dei poteri di iniziativa diretti ad assumere d'ufficio prove, sebbene sempre in contraddittorio, in modo da non sostituirsi alle parti, seguendo autonome ipotesi ricostruttive intorno ai fatti⁵¹. Ma al di là della deriva inquisitoria di tali istituti, si vede come il principio di imparzialità e di terzietà continui ad operare anche in questi casi eccezionali, nel senso di equa distanza tra le parti, a testimonianza della vocazione intersoggettiva del giudizio. E solo in quest'ottica che può essere risolta la tensione tra libero convincimento e contraddittorio. Il principio della libertà della prova che trova espressione sul piano processuale come diritto alla prova (art. 190 c.p.p.), opera quindi in concorrenza con altri principi, come dire, «in via tendenziale»⁵², e questo perché la delicata dialettica interpretativa che si svolge nel giudizio, richiede che si persegua una via mediana nello scontro delle opposte pretese, non deve cioè appiattirsi sulla soggettività.

Attraverso lo scontro delle opposte argomentazioni, ogni ipotesi di interpretazione dei fatti deve quindi essere rigorosamente falsificata mediante il ricorso a quel sostrato fattuale su cui non può che poggiare ogni giudizio. E da questo punto di vista la natura dialogica del processo di giustificazione della propria scelta da parte del giudice, sulla stregua del modello *adversarial*, non può che avere al suo centro il concetto di prova.

La prova, nella sua valenza soprattutto documentale propria dei sistemi di *civil law*, costituisce l'appoggio, la garanzia della pretesa di ogni storia, anche quella giuridica, a fondarsi su dei fatti. La prova rappresenta l'unica via per ricostruire l'evento passato oggetto del nostro giudizio. La prova in tal senso è *trace*, traccia⁵³, di ciò che è passato. Essa indica *qui* nello spazio, e lo fa *ora*, cioè nel presente, il passaggio passato dell'uomo. Custodisce in sé il proprio paradosso che sta nel suo indicare il passato del passaggio, l'anteriorità del tracciato, del solco, *senza mostrare*, cioè, senza far apparire ciò che è passato di là. In essa l'*essere passato*, nel senso di essere passato in un certo

⁴⁹ Ivi, p. 75 ss.

⁵⁰ Ivi, p. 75.

⁵¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 166-167.

⁵² Ivi, p. 170.

luogo, coincide con l' *esser passato* nel senso di trascorso⁵⁴. Da questo punto di vista essa richiede che si ricostruisca l'orditura della sua significanza⁵⁵. La traccia, come nota Lèvinas, «significa al di fuori d'ogni intenzione di far segno, d'ogni progetto di cui sia lo scopo», essa non solo si iscrive nell'ordine del mondo, per cui è un segno, ma lo sconvolge⁵⁶.

Ciò che emerge con il concetto di traccia, è il suggerimento di un rapporto più resistente, più duraturo rispetto all'attività transitoria degli uomini. Gli eventi di cui gli uomini si fanno agenti, infatti, restano proprio in virtù del fatto che, con le loro tracce, essi rimangono «cose tra le cose»⁵⁷. Al centro di ogni ricerca vi è insomma una fisicità, senza la quale ogni ricerca non è pensabile. Anche le prove narrative, la cui prova principe è la testimonianza, non si sottraggono a questa dimensione cosale, specie qualora si consideri il caso delle prove precostituite. Non solo per la loro “vocazione” a essere incorporate comunque nel documento⁵⁸, che certo gli stretti limiti di ammissibilità (artt. 2721 ss. c.c.) rispetto all'atto scritto non smentiscono⁵⁹, ma anche per il fatto di rappresentare un ponte verso la traccia. Bisogna seguire la traccia, attraverso le altre tracce, risalirla, per poter decifrare nell'ambito dello spazio il *distendersi* del tempo⁶⁰. Una testimonianza senza riscontri, non è in grado di testimoniare alcunché. È una trama senza fili, una traccia incompleta, che non porta altrove. Questo carattere *cosale* del meccanismo probatorio inteso come traccia, introduce un rapporto di causa ed effetto tra la cosa che lascia il segno e la cosa che è segnata. In questo collegamento la traccia combina un rapporto di *significanza*, rappresentato dal suo essere resto di un passaggio, e un rapporto di *causalità*, rappresentato dalla cosalità del segno. La traccia è cioè un *effetto-segno*. Effetto di un passaggio passato, segno di questo passato. Questa duplice appartenenza della traccia a due differenti registri, apre anche due prospettive sul tempo. Nella misura in cui segna nello spazio il passaggio dell'oggetto del nostro accertamento, la traccia segna nel tempo il tempo del calendario. E in questa prospettiva di datazione, la traccia si inserisce nel tempo pubblico che rende commensurabili tutte le durate private: diviene documento datato. Nella

⁵³ Cfr. P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit. p. 179 ss.; il termine però ha la sua origine in E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, 1972, trad. it. di A. Moscato, Genova, 1985, pp. 83-92.

⁵⁴ P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit., p. 183.

⁵⁵ Ivi, p. 183: «la traccia invita a seguirla, a risalirla, se possibile fino all'uomo, fino all'animale, che sono passati di là».

⁵⁶ E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, cit., trad. it. cit., p. 87. Dove si aggiunge: «La sua significanza originaria si profila nell'impronta di chi ha deliberatamente cancellato le sue tracce nell'intento, per esempio, di commettere un delitto perfetto».

⁵⁷ P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit. p. 184.

⁵⁸ Sulla “vocazione documentale” della testimonianza nel modello continentale, è bene tenere presente M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, p. 106: «l'esame dei testimoni è tuttora abitualmente condotto in modo tale che le informazioni contenute nei verbali scritti devono quasi costantemente emergere». Di qui deriva anche la centralità del fascicolo in questo tipo di processo; cfr. ivi, p. 112: «Il fascicolo della causa è il centro nevralgico dell'intero processo, che integra i vari livelli di decisione».

⁵⁹ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, ed. min., Torino, 2001, p. 171 ss.

⁶⁰ P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit., p. 189.

traccia si danno nello stesso tempo tempo e intersoggettività. Ciò che distingue la traccia, che indica un passaggio, e non una presenza possibile, dagli altri segni, è appunto il fatto che essa sconvolge un certo ordine⁶¹. E proprio per questo essa immette nell'ordine di una storia che ricostruisca questo passaggio⁶². All'interno di una tale storia chi ha agito viene collegato all'evento della propria azione⁶³. Al centro sta dunque la possibilità stessa di imputazione etica⁶⁴. In latino troviamo sia *putare* che *imputatio*, che fanno riferimento al calcolo e alla messa in conto, e suggeriscono così una strana contabilità morale, un libro dei conti con le due voci delle entrate e delle uscite⁶⁵. Il che rimanda ad una valutazione, al calcolo della colpa (e dei meriti). Ma presuppone anche, in un processo di demoralizzazione del concetto, un soggetto capace di vedersi ascritta tale imputazione. Imputabilità etica e capacità di agire, dunque⁶⁶. Il concetto sarebbe così in bilico tra l'idea di retribuzione della colpa e quella di attribuzione dell'azione al suo agente, che lo vede legato ad essa da un rapporto di quasi filiazione nell'ambito della prassi. In gioco vi sarebbe l'idea stessa di responsabilità personale dell'agente. L'evoluzione giuridica al fine di fornire una tutela sempre più efficace contro i danni prodotti da persone soggette alla cura, vigilanza, danni prodotti da cose, o per *culpa in eligendo*, ha portato ad attenuare i vincoli che legano il soggetto all'azione. Così sul piano giuridico il soggetto viene riconosciuto responsabile di tutti gli effetti delle sue azioni, anche quelli da lui non direttamente cagionati, il che apre, nel diritto civile, alle forme dell'inversione dell'onere della prova, della responsabilità oggettiva e responsabilità senza colpa, dove il nesso psicologico si scioglie sempre più, mentre, sul piano morale, si è ritenuti responsabili dell'altro uomo, di altri⁶⁷. È come se la responsabilità allungando il proprio raggio diluisse i suoi effetti sino a rendersi inafferrabile, virtualmente senza fine. Da una parte, però, il rischio che starebbe dietro questa presa in carico di tutti gli effetti delle proprie azioni, anche quelli collaterali (che va fatto risalire alle situazioni giustificative della vigilanza, proprietà, presupposizione ecc.), è di capovolgere la responsabilità nel fatalismo, e quindi nell'incapacità stessa di riconoscere il soggetto

⁶¹ Ivi, p. 190. Lèvinas scrive che essa «Viene “in sovrimpressione”», cioè si fa leggere suo malgrado. Cfr. E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, cit., trad. it. cit., p. 87.

⁶² P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 130 : «l'Idea, che serve da filo conduttore al punto di vista cosmopolitico sulla storia, non ha altra garanzia che i segni, i sintomi, gli indizi che fanno».

⁶³ «Per quanto possa essere liberale l'operazione di raccolta e di preservazione delle tracce che un'istituzione intende serbare della propria attività, essa è ineluttabilmente selettiva; non tutte le tracce diventano archivi; un archivio esaustivo è impensabile e non tutte le testimonianze fanno archivio». P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., pp. 486-487.

⁶⁴ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 33; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1990, p. 188 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 300 ss.; A. KAUFMANN, *Recht und Sprache*, Heft 30, 1983, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 194 ss..

⁶⁵ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 34.

⁶⁶ Sullo speciale rapporto che lega uomo, azione, capacità e responsabilità v. A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 44: «Solo perché l'uomo è persona può agire, e quindi anche il concetto di azione (umana) si può descrivere solo “personalmente”».

⁶⁷ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 49.

come autore dei propri atti⁶⁸. È come se l'imputazione etica imboccasse la strada dell'imputazione causale singola propria della storia. Dall'altra, la via che conduce dalla responsabilità alla prevenzione, ci porta ad incontrare la *prudentia*, la φρονησις, la saggezza pratica nella situazione⁶⁹, affinché si possa riconoscere tra le innumerevoli conseguenze dell'azione, quelle di cui si può essere sensatamente ritenuti responsabili in nome di una *morale su misura*⁷⁰. Nel gioco incrociato tra argomentazione e interpretazione emerge una forma di razionalità pratica che porta a scegliere il migliore che appare nella circostanza. Non si tratta di scegliere tra bene e male, né tra bianco e nero, ma tra grigio e grigio, e, a volte, purtroppo, tra male e peggio⁷¹. La saggezza del giudizio non consiste in un rigido formalismo, ma nell'elaborare e intessere fragili compromessi. Allora, secondo quest'ottica, la giustizia va intesa come giustizia particolare⁷², perché legata alla situazione specifica, come giustizia distributiva⁷³ e correttiva⁷⁴. Non si opera un rovesciamento di priorità del bene a spese del giusto, del quadro deontologico a favore di quello teleologico. Il *giusto* è un concetto aperto su due versanti: quello «legale» da una parte, e quello del «buono», dall'altra, quale estensione della sollecitudine verso il «ciascuno» anonimo della società⁷⁵. La prevalenza dell'uno sull'altro, lo chiude e, alla fine, lo soffoca. L'uguaglianza propria della giustizia non è una uguaglianza aritmetica, ma proporzionale, cioè una uguaglianza di rapporti: rapporti di persone, relazioni di cose.

In tale contesto, la prova rappresenta il momento in cui la responsabilità del soggetto esce dalla propria soggettività per rimettersi al giudizio degli altri. Sia nel senso che a lui si richiede una tale saggezza pratica, sia nel senso che chi intende provare un fatto, non può non adoperare una tale forma di razionalità nel percorrere sino alla fine il procedimento probatorio verso il *giusto*⁷⁶. È nel

⁶⁸ Ivi, p. 53.

⁶⁹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. di C. Mazzarelli, Milano, 1993, VI, 6-7, 1141 b 33; su cui v. R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuausgabe mit ein Anhang*, Frankfurt, 1976, trad. it. di B. Argenton, 1985, p. 216 ss.; critico, invece, K. O. APEL, *Diskursethik vor Problematik von Recht und Politik*, 1992, (*Etica della comunicazione*), trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1992, p. 64.

⁷⁰ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 55 ss.

⁷¹ Ivi, p. 190.

⁷² R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuausgabe mit ein Anhang*, cit., trad. it. cit., p. 227: «La prassi invece ha a che fare con la singola vita. Il caso concreto ha la stessa importanza della regola generale».

⁷³ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., trad. it. cit., V, 3, 1131 b 15: «se si tratta di un male, giacché il male minore paragonato al male maggiore è tenuto in conto di bene: infatti, il male minore è preferibile al maggiore, ma ciò che è preferibile è un bene, e ciò che è più preferibile è un bene più grande. Questa, dunque, è una delle due specie di giusto».

⁷⁴ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 67; v. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., trad. it. cit., V, 4, 1132 b 18: «il giusto è una via di mezzo tra una specie di guadagno e una specie di perdita nei rapporti non volontari, e consiste nell'avere, dopo, un bene uguale a quello che si aveva prima». E poi, dopo aver segnalato l'identità tra equo e giusto, o meglio un certo tipo di giusto, Ibidem, V, 10, 1137 b 26: «Ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità».

⁷⁵ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., trad. it. cit., p. 329.

⁷⁶ Sul diritto come giustizia pratica v. A. KAUFMANN, *Die «ipsa res iusta» Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., pp. 98-112.

contesto della situazione che la prova va inserita, valutata, e controllata da più parti. E poiché si prova sempre di fronte a qualcuno, che può contraddire, e partecipare al rafforzamento o alla caduta delle prove, il termine ultimo di tale concetto appare più che mai espresso nell'intersoggettività. Se la responsabilità individua il rapporto di derivazione dell'azione dal soggetto, la prova rappresenta allora il tentativo di inserire «un elemento di convalidazione nella dialettica esistenziale che lega l'io agli altri»⁷⁷, porta dunque alle soglie dell'argomentazione.

3. PROVE E RAGIONAMENTO IN FATTO DI PROVE

Si dicono prove narrative quelle che consistono nella affermazione di fatti di cui si pretende la verità (ad es. confessione e giuramento)⁷⁸. In questi termini rientrerebbero tra le prove narrative anche il documento scritto, quando viene usato, non per provare la dichiarazione in esso riprodotta (l'atto pubblico), ma per provare il fatto che costituisce oggetto della dichiarazione (la scrittura privata). Qui si inserisce quella particolare tensione che si instaura tra verità, autenticità e la relazione che si istituisce con altri mezzi di prova atti a corroborarla. La testimonianza quale tipica prova narrativa può infatti essere coerente ma menzognera, così come può essere sincera ma non veridica. I caratteri logici e psicologici del racconto non sono in grado, da soli, di determinare il suo valore di verità. In sede di ricostruzione dei fatti, la coerenza narrativa costituisce un parametro valutativo di cui il giudice può disporre laddove i fatti siano suscettibili di combinarsi tra loro in più modi. Per quanto ci riguarda, la valutazione delle prove narrative fa giocare un ruolo rilevante tanto alla coerenza *interna* della trama informativa, quanto all'accordo tra le informazioni ricavabili dai vari mezzi di prova, cioè alla coerenza *esterna*. Ma ai fini della decisione sul fatto, al di là della coerenza della narrazione vi sono anche altre relazioni che possono essere determinanti. Così abbiamo la non contraddittorietà degli enunciati del discorso (qualora un medesimo fatto sia considerato a un tempo vero e falso), coerenza *logica*; la concatenazione delle inferenze con cui il giudice collega fatti diversi per trarre delle conseguenze dagli elementi di prova, coerenza *inferenziale*; il rapporto della narrazione con i fatti accertati in base alle prove che devono essere organizzati in modo da riunire le loro risultanze probatorie in un insieme significativo (i fatti narrati devono cioè corrispondere ai fatti allegati e confermati probatoriamente, in modo da non costituire una ricostruzione incompleta o sovrabbondante), *congruenza*⁷⁹. Ma un ulteriore criterio è anche quello *giuridico* della corrispondenza tra i fatti narrati e lo schema normativo di cui ci si serve per

⁷⁷ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 131.

⁷⁸ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 439.

⁷⁹ Ivi, p. 293 ss.

definire i termini della controversia. In altre parole, l'ipotesi legale funge non solo da filtro nella selezione operata dall'interprete, ma anche da catalizzatore di senso al fine dell'individuazione dei fatti che possano essere ritenuti giuridicamente rilevanti, ovvero ai fini della ricostruzione del «caso»⁸⁰. In astratto si possono avere sia più narrazioni possibili di fatti provati, sia più schemi giuridici in ipotesi tutti applicabili. In questi casi, il criterio della massima corrispondenza della narrazione dei fatti con la descrizione del fatto contenuta nella fattispecie legale può risultare determinante ai fini della decisione⁸¹. Ciò ci rimanda al fatto che l'applicazione costituisce fattore integrante dell'interpretazione. La scelta del criterio interpretativo per la ricostruzione del caso è allora tutt'altro che innocuo. Prima di costituire prova una testimonianza deve essere ricondotta al contesto proprio del giudizio, cioè interpretata giuridicamente. Dal che risulta che rappresentazione delle situazioni fattuali che entrano nel giudizio, loro valutazione e qualificazione giuridica, si inseriscono in un processo circolare che, se, da una parte, vede l'interpretazione della fattispecie astratta fare da guida nella costruzione del caso, la ricostruzione del caso viene, a sua volta, ad orientare interpretazione e utilizzo delle fattispecie legali. Da questo punto di vista la coerenza narrativa rappresenta, nel contesto del giudizio di fatto, solo uno dei criteri di giustificazione della decisione (insieme a quello della coerenza logica, inferenziale, congruenza, corrispondenza con lo schema fattuale della fattispecie) e nemmeno quello più decisivo, entrando in gioco solo quando il giudice abbia selezionato gli elementi che considera rilevanti per il caso in questione⁸².

La prova narrativa non va letta però in termini di narratività. Il salto dalla traccia alla trama della prova narrativa è anticipato da una caduta verticale verso la cosa. La prova narrativa a prima vista si impone per lo sviluppo diacronico del proprio statuto narrativo⁸³. In tali termini se ne indagano gli elementi della coerenza e della congruenza: è un racconto veridico. Ma dopo uno sguardo più attento ci si accorge che, proprio per questa sua pretesa di verità, per costituire un valido supporto nell'accertamento dei fatti è necessario che essa venga corroborata da ulteriori riscontri, venga progressivamente fondata. In assenza di tali riscontri, resta mobile, un racconto infondato, senza sostegno. Rimanda altrove, dunque, richiede di essere seguita verso le tracce ulteriori, che possano renderla solida, un appiglio sicuro, “cosa tra le cose” appunto⁸⁴. Nel contesto del processo la prova narrativa non è in grado di significare alcunché, necessita comunque dell'interpretazione che la

⁸⁰ Ivi, p. 297 ss.

⁸¹ Ivi, p. 298.

⁸² B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 218-219.

⁸³ Sulla testimonianza come racconto, ad esempio, e per un'iniziale analisi dei suoi caratteri strutturali cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 228: «L'attività del testimoniare, colta al di qua della biforcazione fra il suo uso giudiziario e il suo uso storiografico, rivela allora la stessa ampiezza e la stessa portata di quella del raccontare». È ovvio che in questa sede si intende andare “al di là” di questa biforcazione, nel luogo in cui la testimonianza viene a costituirsi come prova nel giudizio, e non più solo come racconto.

riporti all'ambito di significazione in cui viene assunta. Di qui il suo valore anche in termini di corrispondenza con lo schema legale. In questo processo di progressivo irrigidimento, in questa caduta verticale verso la cosa, la prova narrativa diviene la traccia su cui può articolarsi la trama dell'interpretazione giudiziale. Se da una parte la prova narrativa deve essere corroborata per costituire traccia⁸⁵, dall'altra deve essere interpretata perché venga a costituirsi la trama che la lega alle altre prove. Ciò che rileva da questa analisi è che l'orditura dell'interpretazione che si ha nella prova narrativa rivela tutto il proprio carattere di intreccio, dove elementi eterogenei attinenti la narrazione come la coerenza logica, quella inferenziale, la congruenza si intessono con quello determinante della corrispondenza con lo schema della fattispecie legale, e mostrano tutta la loro natura di trama. La complessità viene risolta ad unità nella trama. Il salto dalla traccia alla trama è il salto verso l'interpretazione. Con questo, però, emerge anche in tutta la sua evidenza il carattere giuridico dell'orditura narrativa proprio dell'interpretazione giudiziale. È come se con l'interpretazione la prova narrativa nel suo farsi traccia traslasciasse dal piano del racconto a quello del diritto. O meglio il piano del diritto organizzasse il dispiegarsi della traccia come racconto, come *intrigue*. Ma nell'accertamento del fatto i caratteri della trama portano anche al di là del racconto. L'interpretazione giuridica del fatto è trama proprio in quanto lo statuto narrativo dell'*intrigue* si costituisce a partire da un'idea guida di diritto. La trama è la struttura portante dell'interpretazione non solo perché organizza i fatti diacronicamente, tra un inizio e una fine, in una struttura chiusa, ma anche perché ne assorbe la complessità sotto una luce ben precisa.

Vi sono casi però in cui lo statuto narrativo può essere messo in crisi laddove l'accertamento fattuale appare riconducibile ad un modello nomologico. Il ricorso al metodo proprio della scienza in taluni casi sembra irrigidire l'interpretazione entro lo schema applicativo della deduzione logica: la soluzione scientificamente corretta viene ricavata da una legge con la conseguente soppressione del segno dell'*intrigue*. La traccia assorbe completamente la trama. Laddove la trama si eclissa, l'interpretazione si irrigidisce in una deduzione logica, sino a scomparire: non c'è più interpretazione. Stiamo parlando dei casi in cui fa capolino nel processo la cd. «prova scientifica», che verrebbe a caratterizzare come nodo problematico la connessione tra ragionamento del giudice inerente i «fatti» e le prove, e il metodo proprio della scienza in relazione al momento formativo del

⁸⁴ A partire dal carattere della reiterabilità, ad esempio, la testimonianza può essere raccolta per iscritto, depositata nell'archivio, se storica, nel fascicolo, specie in campo continentale, se giuridica, ma soprattutto si costituisce come "traccia documentaria". Cfr. *ivi*, pp. 234 ss., 248.

⁸⁵ Ad una critica della prova narrativa si deve infatti affiancare, nella sua linea di irrigidimento verso la traccia, il paradigma indiziario, cfr. *ivi*, p. 247: «La semiologia indiziaria esercita il suo ruolo di complemento, di controllo, di corroborazione nei riguardi della testimonianza orale o scritta, nella misura stessa in cui i segni che essa decifra non sono di ordine verbale: impronte digitali, archivi fotografici e oggi prelievi del DNA –questa segnatura biologica del vivente- "testimoniano" col loro mutismo».

libero convincimento del giudice⁸⁶. L'utilizzo nel processo di «prove scientifiche», rispetto alle quali il giudice non può che porsi come uomo con la propria cultura media, con una competenza tecnica di carattere prettamente giuridico, pone un problema di comprensibilità, non solo del giudizio rispetto all'opinione pubblica, ma del giudizio rispetto a se stesso. Le prove, in altri termini, se devono esplicitare un ruolo all'interno della comunità in cui il giudizio opera, non possono che essere ricondotte al linguaggio comune⁸⁷. In forza di una inevitabile divisione del lavoro linguistico, il giudice deve impiegare termini e utilizzare risultati elaborati attraverso procedure e metodologie proprie del sapere scientifico, e che normalmente non gli appartengono. Per questo egli deve operare rispetto ad esse una trasformazione, traducendo le informazioni acquisite, e riportandole all'ambito della «ragione comune». In latino si parla di *sensus communis* quale senso che le persone comuni condividono senza l'aiuto dei filosofi⁸⁸. Attraverso esso il giudizio non verrebbe a sopprimere la particolarità degli eventi storici, ma a riconoscerla, non come una particolarità qualunque, ma come una particolarità esemplare. Ora la conoscenza scientifica nel processo quale forma di sapere non soggetta al controllo epistemologico, tanto delle parti quanto dei giudici, rischierebbe di imporsi nella sua univocità irriducibile. Richiamare il senso comune significa qui ricondurre un tale sapere alla specificità del caso, aprirlo alla discussione dialettica del processo. Ripristinare l'ambito della scelta. Se un argomento può perdere consistenza, o divenire addirittura controproducente, mutando contesto, è nel contesto del giudizio che l'argomento scientifico va controllato⁸⁹. Da questo punto di vista, si rende necessario un controllo dei risultati dell'attività dei periti, possibile solo attraverso la partecipazione delle parti alla dialettica probatoria⁹⁰ anche mediante la nomina di propri esperti, venendo così a coinvolgere il tema del libero convincimento del giudice in ordine alle questioni tecnico-specialistiche⁹¹. In altri termini la decontestualizzazione del sapere scientifico e il suo riposizionamento nel contesto intersoggettivo del giudizio, rappresenta una garanzia contro i possibili arbitrii del giudizio. Inoltre anche la conoscenza scientifica, cui si accede attraverso la perizia, deve essere giuridicamente ricontestualizzata⁹². È necessaria una sua riduzione all'interpretazione giudiziale. Non solo perché è a partire da una determinata conseguenza giuridica che essa viene chiesta, ed entra nel processo, ma anche perché in quanto interpretazione essa non opera da sola, come un corpo estraneo, irriducibile.

⁸⁶ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 414 ss.

⁸⁷ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 157-158.

⁸⁸ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 132.

⁸⁹ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, Padova, 1990, p. 32.

⁹⁰ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 436: «Caratteristica generale della prova peritale è la sua formazione in contraddittorio».

⁹¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 160.

⁹² Si veda quanto detto per il procedimento probatorio in generale, e l'esperimento giudiziale, in particolare, da V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 416: «si tratta sempre di attività processuali

Il libero convincimento giudiziale non può non esplicitarsi anche sull'interpretazione scientifica⁹³. Come dire, che la sua interpretazione, alla fine, risulta comunque giuridica. Questo significa che proprio l'esistenza di un principio come quello del libero convincimento garantisce il costituirsi della trama interpretativa, anzi, rende ulteriormente evidente il carattere composito e di intreccio proprio dell'interpretazione, capace di ricondurre un materiale eterogeneo, fatto di componenti normative, componenti teleologiche, componenti narrative, e componenti giuridiche, ad unità. Non solo conferma il segno dell'*intrigue* nell'interpretazione, ma sottolinea pure il carattere elastico della trama, in grado alla fine di accogliere e ridurre elementi apparentemente rigidi come le cd. «prove scientifiche» nella configurazione della trama interpretativa.

Questo carattere elastico della trama ricorre anche nel caso delle presunzioni *ex lege* (art. 2728 c.c.). Se le presunzioni semplici costituiscono un tentativo di ricavare un fatto ignoto da un fatto noto intessendone un'ipotesi di collegamento, cioè una trama (art. 2729 c.c.), le presunzioni legali sono conseguenze stabilite imperativamente dalla legge quando risulta provata l'esistenza di un determinato fatto. Esse possono essere relative e allora sono soggette a falsificazione (n.d.a. prova contraria), oppure assolute e allora l'inferenza acquista una rigidità tale da occultare *in toto* l'interpretazione. È la legge a stabilire un'equivalenza ai fini della produzione di effetti col fatto che avrebbe dovuto produrli (es. art. 232 c.c. per il quale la nascita nel periodo previsto dalla legge equivale a concepimento nel matrimonio). Per certi versi ci troviamo di fronte ad una massima di esperienza istituzionalizzata, e non propriamente ad un mezzo di prova come nel caso delle presunzioni semplici. Poiché normalmente le cose vanno in un determinato modo, allora si finge che sempre esse seguano questo stesso corso. Ma così la probabilità viene ribaltata in certezza. Lo sviluppo diacronico è una finzione. Si arriva al punto, allora, in cui non c'è racconto, non c'è più interpretazione. L'inferenza assume lo stesso carattere casuale della traccia. Con la scomparsa del momento ermeneutico è come se si determinasse una caduta verticale verso la cosa. Ma non perché seguendone il dispiegarsi, si pervenga a un punto oltre il quale non si possa più andare. Il salto verso il fondo del supporto è già compiuto, in partenza, e non è più possibile un regresso ulteriore. La trama è già scomparsa, ma in quanto traccia dovrà costituire il necessario supporto di un'altra trama. La struttura elastica della trama è allora in grado di assorbire anche queste, di riportarle nel circolo dell'interpretazione.

Altro momento di crisi, come anticipato, è rappresentato dal ricorso nel giudizio alle cd. «massime di esperienza». Esse rientrano storicamente in quel tentativo di stampo positivista proprio del più

preordinate ad acquisire strumenti di conoscenza dei fatti, e come tali suscettibili di qualificazione soltanto in funzione della loro disciplina normativa».

⁹³ Ivi, p. 429: «il giudice ha libertà di valutazione di fronte ai risultati della perizia, e quindi può, con adeguata motivazione, discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il perito».

generale legalismo logico⁹⁴ di ricondurre il ragionamento giudiziale entro uno schema rigido facilmente calcolabile. Tra le ipotesi più frequenti che si sono fatte sullo schema concettuale adottato dal giudice nell'accertamento di fatto è da considerare il modello logico-deduttivo di tipo sillogistico⁹⁵. Non solo la decisione sarebbe il risultato della concatenazione logica delle premesse, ma lo stesso giudizio di fatto risulterebbe a sua volta frutto di un sillogismo. Anche se l'inferenza probatoria sembrerebbe presentarsi in forma di ragionamento induttivo, la rilevanza probatoria di un fatto si deduce da una regola che l'affermi in linea generale. In quest'ottica il modello sillogistico assurgerebbe a schema rappresentativo dell'intero ragionamento giudiziario. Il problema sta però nell'individuazione della premessa maggiore anche ai fini del successivo controllo di legittimità per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto. In tale contesto l'asserito carattere generale delle massime di esperienza assume una rilevanza decisiva.

La massima d'esperienza può essere vista come proposizione fattuale di contenuto generale, acquisita mediante l'esperienza delle cose e indipendente dal caso oggetto della decisione⁹⁶. Essa verrebbe a costituire quindi una tipica premessa maggiore del sillogismo giudiziario⁹⁷. Infatti predicare la generalità della massima, affermandone la validità per una classe di fatti, è il presupposto per la possibile deduzione del fatto della controversia da questa. Nell'ambito del giudizio di fatto la massima di esperienza è utilizzata per trarre inferenze e valutazioni che rendano possibile la conoscenza indiretta di determinati eventi e accadimenti allo stato attuale ignoti. Anche qui la deduzione logica della soluzione corretta dalla massima occulterebbe l'intreccio. Nessuna trama sarebbe possibile ma soltanto una derivazione *more geometrico* di un dato. L'interpretazione si spegnerebbe nel carattere obiettivo di questa operazione.

Caratteristica della massima di esperienza è di essere però un concetto dal contenuto alquanto eterogeneo. Vi rientrano leggi scientifiche e logiche, nozioni tratte dalle scienze naturali e scientifiche umane, generalizzazioni empiriche, regole di senso comune, prevalenze di comportamento, risultati esperienziali relativi alle azioni umane, frequenze statistiche. Si tratta, più che altro, di generalizzazioni, derivate dall'*id quod plerumque accidit* o estrapolate dall'osservazione di un numero finito di eventi particolari, cosa che rende però problematico predicarne una validità generale. Esse cioè ci informano su ciò che normalmente accade o ci si aspetta che accada, ma non ci dicono che accadrà. Non possono. Vi sarebbe invece una validità di

⁹⁴ Cfr. M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, cit., trad. it. cit., p. 81: «...implica l'esaltazione delle norme astratte, nonché la fiducia nella possibilità di separare nettamente le attività di creazione e di applicazione della norma».

⁹⁵ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 192 ss.

⁹⁶ Ivi, p. 202.

⁹⁷ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 172 ss.

tipo probabilistico, data una premessa vera si ha solo la probabilità che la conclusione sia vera⁹⁸. Il carattere probabilistico ci restituisce proprio quella trama che si pensava di nascondere. In altri termini, le massime d'esperienza rievocano una idea di ragione comune e di normalità che ripropone il confronto tra esperienza passata e quella presente, realizzando una inferenza da particolare a particolare fondato sul mero nesso di somiglianza. Dietro vi starebbe, in altre parole, l'analogia⁹⁹. Allora si tratterebbe di interpretazione. Al di là della generale configurabilità del sillogismo giudiziario, emerge, già da qui, il carattere eminentemente valutativo dell'uso delle massime d'esperienza, a conferma del fatto che la determinazione della circostanze di fatto da raffrontare con la fattispecie astratta della norma, non costituisce un confronto tra due dati giustapposti, il fatto e la legge, mentre si individua un punto di coincidenza esterno tra fattispecie descritta nel testo di legge e realtà dimostrata e corroborata nel procedimento probatorio (n.d.a. *induzione generalizzatrice*). Dietro l'apparente carattere obiettivo, il legalismo logico nasconderebbe l'interpretazione, sottraendola però all'argomentazione e alla normale dialettica interpretativa, prima che processuale. Dietro l'oggettività vi sarebbe cioè l'arbitrio.

In un clamoroso caso di qualche tempo fa, di uno stupro di una donna "in jeans"¹⁰⁰, al di là dell'evidente straripamento nel merito del giudizio di legittimità, si è fatto un largo ricorso appunto alle cd. massime di esperienza. La circostanza del ritardo della denuncia, spiegabile evidentemente col senso di vergogna della ragazza, viene svalutata a partire dalla massima che chi subisce violenza non avrebbe motivo di avvertire senso di colpa. Ma ha fatto scalpore soprattutto il collegamento con un'altra massima, assai discutibile, in forza della quale il fatto che la donna portasse i pantaloni sfilati da una sola gamba proverebbe la sua fattiva collaborazione. Insomma, sarebbe stata consenziente. Il fatto è che l'assunzione di queste supposte regole di esperienza sembra nascondere più che altro, al di là dell'evidente carattere pregiudiziale, una carenza di motivazione. Su di esse, in altre parole, incombe l'arbitrio, cosa che l'accoglienza negativa da parte dell'opinione pubblica, e le difficoltà ad ergersi a precedente, non fanno che confermare¹⁰¹.

Il fatto che all'interno del processo si richiedano invece giudizi di esperienza, cioè attività caratterizzate da aspetti logici, a-logici e extra-logici, che costituiscano un termine di mediazione tra norma e caso particolare, riporta in luce, ancora una volta, come non si possa prescindere da una profonda intersezione del piano normativo e di quello fattuale per configurare la razionalità del processo nella sua sottomissione a condizioni pubbliche di accettabilità definite all'interno della

⁹⁸ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 203; sulla stessa linea V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 421 ss.

⁹⁹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 182 ss.

¹⁰⁰ Cass. 6 novembre 1998, Cristiano, in *Foro it.*, 1999, II, 165 con nota di FIANDACA, *Violenza su donna "in jeans" e pregiudizi nell'accertamento probatorio*.

¹⁰¹ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 58.

comunità giuridica¹⁰². Questo significa che il giudice anche quando ritiene di ricorrere a forme di giudizio più o meno cristallizzate in una pratica, compie comunque il normale procedimento interpretativo, il che non lo esenta dall'intessere una propria trama sulla base di un certo numero di prove che ne rappresentano la traccia, e dall'articolare le proprie argomentazioni a sostegno di essa. Questo ci ricorda che ci possono essere trame più o meno palesi, ordite più o meno bene, sulla base di un ben determinato "tracciato", interpretazioni più o meno corrette, e che il vero banco di prova sta nella loro argomentabilità a partire dal supporto probatorio che si è venuto a costituire, e nel realizzare le concrete condizioni per un pubblico dibattito. Laddove vengono avanzate pretese di stringenza logica, più che l'eclissi dell'interpretazione e dell'*intrigue*, ciò che si determina è la caduta dell'argomentazione, l'impoverimento del contraddittorio e della dialettica processuale. In altri termini ciò che si nasconde dietro il legalismo logico non è solo la soppressione del momento ermeneutico, quanto una vera e propria deriva inquisitoria¹⁰³.

Venendo ora al ragionamento del giudice in fatto di prove, può essere individuata nel ragionamento probatorio una articolazione in almeno tre fasi. Una fase di raccolta, analisi e classificazione delle prove relative al fatto oggetto della controversia. La formulazione di ipotesi di collegamento su questi elementi informativi. Quindi il controllo dell'ipotesi alla luce di altri elementi.

Ora il passaggio dalla fase di raccolta, analisi delle prove alla fase della formulazione dell'ipotesi più che a ragionamenti induttivi o deduttivi, rimanderebbe a un terzo tipo di attività conoscitiva. Si tratta dell'abduzione¹⁰⁴. Si tratta, cioè, di un ragionamento basato sulla verosimiglianza¹⁰⁵. L'abduzione rappresenta quella forma di ragionamento nella quale a partire da una traccia si ricostruisce l'evento che l'ha prodotta, mediante un argomento che conduce la nostra conoscenza da un fatto particolare ad un altro fatto particolare intessendone la trama. Mentre nel ragionamento induttivo, dati un possibile antecedente ed un possibile conseguente, si perviene ad una connessione di implicazione che unisce i due termini, e nel ragionamento deduttivo dati una implicazione e il vigere di un antecedente si deriva il termine conseguente, nell'abduzione data una implicazione e dato il vigere del conseguente si risale all'antecedente mediante una astrazione riassuntiva. Come chiarisce Kaufmann, riprendendo intelligentemente Aristotele, il ragionamento non va da una parte al tutto, né dal tutto a una parte, ma da parte a parte: da particolare a particolare, secondo una relazione di somiglianza¹⁰⁶. In greco simile si dice εἰκωσ (εἰοικα), e starebbe ad indicare non la

¹⁰² B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 183-184.

¹⁰³ Sul legame tra legalismo logico e sistemi inquisitori cfr. M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, cit., trad. it. cit. pp. 71 ss., 81 ss., 109 ss., 129 ss., 249 ss., 307 ss.

¹⁰⁴ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 108.

¹⁰⁵ A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtslehre*, in *Rechtstheorie* 1986, p. 257 ss., ora in F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, trad. it. di F. Romeo, Padova, 1990, p. XVI ss.

¹⁰⁶ Ivi, p. XIX.

relazione che un discorso ha col reale, corrispondenza, ma il rapporto di un discorso con un altro discorso¹⁰⁷. Indicherebbe non il vero, ma la relazione con ciò che è conforme all'immagine della realtà che invale nell'opinione pubblica. In questo senso il giudizio di somiglianza sarebbe una comparazione di interpretazioni. L'abduzione, dunque, con la sua natura analogica si caratterizza profondamente rispetto agli altri ragionamenti logici. L'induzione, infatti, muove dall'osservazione di un fatto per pervenire alla formulazione di una regola, la deduzione applica una regola nota, nell'abduzione si conoscono risultato e regola e si risale all'evento che l'ha prodotto¹⁰⁸. Il ragionamento analogico, a partire da un fatto provato, porterebbe a formulare un'ipotesi di correlazione tra i vari elementi probatori raccolti, verrebbe cioè a tessere una trama¹⁰⁹. L'*intrigue* è il segno sotto cui opera l'abduzione. E qui sta anche il suo carattere euristico. Si tratta nel suo pensare all'indietro di una retroinduzione, che non ha in sé, però, la propria validità logica. Piuttosto ci troviamo di fronte alla tessitura di un intreccio narrativo che richiede evidentemente di essere corroborato da sicure risultanze probatorie. E qui si cela dunque una pretesa veritativa. Esige cioè di essere convalidato dall'esterno, il che implica una certa dose di rischio, un certo margine d'errore. Siamo entro i confini del probabile, all'interno della zona di influenza dell'*intrigue*. Se nell'ambito del processo giudiziario, la prova funziona, quindi, come fattore di *scoperta*, in quanto serve a formulare ipotesi intorno ai fatti su cui si controverte, nell'ambito del ragionamento abduttivo funge anche da elemento di *controllo* delle ipotesi già formulate al fine di valutarne l'attendibilità¹¹⁰. In altri termini, opera come elemento di falsificazione di ipotesi proprio secondo il modello del *Trial and Error Methode*¹¹¹. La trama sarebbe cioè soggetta ad un esame di correttezza e si inscriverebbe a pieno titolo entro un contesto di razionalità, anzi ne sarebbe la sua cifra. Al centro del ragionamento probatorio si verificherebbe allora un'azione combinata di scoperta e controllo che ruota tutta sul concetto di prova¹¹². O, detto diversamente, un rinvio continuo e circolare, dal racconto alla traccia, dalla traccia al racconto. Al termine del procedimento probatorio e del ragionamento che lo attraversa, si colloca la «verità dei fatti» come un qualcosa di carattere

¹⁰⁷ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 109.

¹⁰⁸ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 190 ss.

¹⁰⁹ A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, cit., in F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità*, trad. it. cit., p. XIX.

¹¹⁰ Denuncia l'evidente circolarità del procedimento probatorio A. KAUFMANN, *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag.*, München, 1973, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 115 ss.

¹¹¹ K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, 1934, trad. it. di M. Trinchero, Torino, 1970, pp. XIV, 309, 311; ID., *Conjectures and Refutations*, London, 1969, trad. it. di G. Pancaldi, 1972, pp. 61-115; ID., *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford, 1972, trad. it. di A. Rossi, Roma, 1975, p. 469; su cui cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., trad. it. cit., pp. 20, 149 ss.

¹¹² M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 414.

eminentemente argomentativo¹¹³. La prova segnerebbe l'approdo ad un'ipotesi di correlazione giuridica tra i fatti, l'ipotesi dovrebbe poi essere riportata ai fatti per essere falsificata. L'argomentazione ci conduce così ad un risultato plausibile sulla base delle tracce lasciate¹¹⁴. La prova, secondo questa prospettiva, accompagnerebbe l'interpretazione mediante un continuo passaggio dal piano giuridico a quello fattuale fino al raggiungimento di una trama suscettibile di essere argomentata.

4. ACCERTAMENTO DEL FATTO, VERITÀ E ARGOMENTAZIONE

La ricostruzione dei fatti viene ottenuta attraverso l'accertamento della fondatezza delle contrapposte pretese¹¹⁵. Ogni parte offre nel processo una propria interpretazione dei fatti che afferma come veri, cosicché il processo viene a incentrarsi sul fatto quale affermazione di parte relativa a ciò che è già avvenuto. Se il fatto entra nel processo in quanto affermazione di parte, le parti non enunciano propriamente fatti, ma fanno ipotesi. Collegano le tracce delle loro fonti di prova, e intessono la trama delle loro interpretazioni che saranno più o meno plausibili, più o meno fondate a seconda che le tracce dimostrino il loro carattere di resistenza. La resistenza di queste si inserisce in un quadro profondamente conflittuale. Tra le opposte ragioni delle parti, il fatto si presenta, dunque, come eminentemente controverso. Il suo è un carattere contraddittorio, e in tali termini si presenta al giudice. Così la ricerca della verità è segnata da questa contra-dizione. Il giudizio nasce dal dis-senso che sfocia appunto nella controversia. Ciò che è pre-dato, prima cioè di ogni legge, è il conflitto in cui le parti impongono l'una all'altra la propria volontà¹¹⁶. Ognuna si presenta con la propria giustizia. In questo tentativo di sottomettere ciascuna parte ai propri interessi, le parti cercano ognuna di «darsi la legge». L'arbitrio è l'inizio del giudizio. Le parti hanno già iniziato a darsi un senso del testo normativo e dell'azione che è il loro testo, quando il giudice prende in mano il caso. Il senso del testo è allora contraddittorio, conflittuale, è «campo di Marte», terreno di scontro. Ma nel momento in cui il diritto prende piede nel giudizio il conflitto del senso si spoglia della propria carica distruttiva, il nodo delle interpretazioni si allenta. Il conflitto,

¹¹³ In tema di abduzione, di risultati valutabili in termini di plausibilità, cioè di logica accettabilità, in contrapposizione più che al concetto di «vero» a quello di «falso» parla A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 110.

¹¹⁴ P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 245.

¹¹⁵ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 220.

¹¹⁶ F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Rechtstext und Textarbeit in der Strukturierenden Rechtslehre*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, trad. it. di E. Comelli, Padova, 1997, p. 83.

per forza, diviene dialogo. La parola si avvia a prendere il posto della violenza delle opposte pretese e l'arbitrio tende a sciogliersi in argomentazione¹¹⁷.

Il primo atto della giustizia è quello di sospendere la giustizia che le parti pretendono di darsi. Il processo originerebbe dal seno del conflitto e del paradosso. Da questa pluralità e contraddizione del senso si dovrà pervenire ad una decisione sul senso. In questi termini la ricostruzione degli eventi su cui si controverte e l'acquisizione probatoria non sono solo il frutto di una battaglia, ma anche la risultante di uno sforzo cooperativo comune. Il contraddittorio si presenta così come regola generale del giudizio e come suo valore essenziale. La logica della controversia esige quindi un metodo dialettico che sia in grado di regolare la discussione tra i diversi soggetti che, dai loro particolari punti di vista, intervengono nel processo al fine di condizionarne l'esito. Ma anche la logica della formazione della prova non può prescindere dal contraddittorio, se si vuole preservare lo specifico ruolo del giudice e del giudizio. Il contraddittorio certo non garantisce la genuinità della prova, ma rappresenta il modo migliore per formarla, falsificarla, corroborarla. Un'interpretazione potrà non essere vera, potrà essere falsa e menzognera, ma se c'è un contraddittorio c'è anche una possibilità che venga falsificata, smontata nelle sue fondamenta, che ceda spazio all'argomentazione migliore. Secondo quest'ottica il processo rappresenta davvero un'«impresa discorsiva» comune¹¹⁸. Parla un linguaggio plurale, i cui protagonisti non sono nemmeno soltanto il giudice, le parti e i rispettivi difensori. La posta in gioco è più grande.

Il contraddittorio svolge una funzione di controllo, attraverso la selezione di prove utilizzabili e la verifica dialettica della loro efficacia e rilevanza, del materiale che rappresenterà la base del giudizio. Essendo diretto a ricavare il maggior contributo probatorio da testimoni e parti, costituisce un ottimo mezzo di falsificazione delle ipotesi interpretative, mettendo in piedi un meccanismo che non può non richiamare il metodo «per prova ed errore». L'interpretazione giudiziale viene a costruirsi attraverso plurimi tentativi, in cui le trame più deboli sono destinate ad essere soppiantate da quelle maggiormente corroborate probatoriamente. Le tracce nell'incessante opera di demolizione e fondazione dei mezzi di prova, vengono a ricostruire la trama di un passaggio che non è andato perduto. La costruzione del «caso» non è altro che l'esito del confronto di una pluralità di trame, diretto a premiare non la più resistente, ma a creare quella più fondata, cioè plausibile¹¹⁹. Da questo punto di vista nel nostro ordinamento la verità viene a manifestarsi mediante il ricorso a un modo di procedere discorsivo della conoscenza¹²⁰, in cui il conflitto più che sanato, è utilizzato strumentalmente. Il contraddittorio ci riporta al conflitto, e il conflitto alla forza maieutica del

¹¹⁷ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 162.

¹¹⁸ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 226.

¹¹⁹ «Forse, bisognerebbe parlare di plausibilità altrettanto che di probabilità. Plausibile è l'argomento degno di essere difeso in una contestazione». P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 245.

¹²⁰ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 229.

dubbio che richiama il primato gadameriano della domanda¹²¹. La struttura dialettica dell'interpretazione sembra trovare proprio nel principio del contraddittorio e nella concezione del giudizio come scontro di interpretazioni la sua più forte conferma. Solo a partire dalla certezza di non sapere e dall'interesse a voler conoscere, può aver inizio quella ricerca interrogativa della verità. Da questo punto di vista la verità appare il vertice cui tende tutta la struttura processuale, ma anche il punto critico del sistema. Perché se da una parte il contraddittorio sembra favorire l'interpretazione giudiziale quale fatica discorsiva comune, dall'altra essa come le correnti di Scilla e Cariddi rischia di rappresentare il luogo dove l'anima stessa del contraddittorio va fatalmente ad incappare nelle tendenze *non-adversarial* del sistema. Il fatto è che l'interpretazione non può essere risolta nel binomio soluzione dei conflitti/ricerca della verità perché appartiene quantomeno ad entrambi. Se da una parte ciò che il giudizio realizza non è il soliloquio di uno, il giudice, ma un discorso pratico¹²², in cui vi è anzi la strutturale interazione di più soggetti, il giudizio non appare appiattito sotto un'unica finalità. Mentre le parti agiscono in vista degli interessi personali in gioco, e perseguono una decisione favorevole, il giudice deve formarsi il libero convincimento sugli accadimenti della causa. Ma in questa dimensione marcatamente contraddittoria, nel conflitto tra i fini, vengono avanzate delle pretese di verità, e in questo senso vengono addotte delle giustificazioni a sostegno degli argomenti di parte. Ciò che è asserito come vero, deve essere cioè giustificato, indipendentemente dai fini che ci si è proposti. Ognuno vuole il riconoscimento della *sua* verità, ma la verità a cui perviene il giudizio è una verità di tutti, nel senso che è valevole *inter partes*, ma anche nel senso che appartiene a tutta la comunità giuridica, al cui giudizio non può sottrarsi. Nel suo essere disinteressato, retrospettivo, la verità rivela il proprio carattere intersoggettivo¹²³. Questa indipendenza dagli interessi che si fanno valere, è ciò che, insieme alle regole procedurali che consentono di far prevalere una conclusione pratica che sia razionalmente accettabile, separa il giudizio dall'arbitrio. Una verità al di fuori di una dimensione argomentativa sarebbe arbitraria. L'arbitrio è quanto si cela dietro il legalismo logico. Così ogni giustificazione viene considerata per sé e non per i valori di cui è portatrice. Ma allora è chiaro anche che la ricerca della verità nel processo, in quanto verità disinteressata, si dà sempre in relazione alla realizzazione di altri valori. L'interpretazione giudiziale è una polifonia di valori che più che l'idea di ricerca rievoca quella di bilanciamento. Il contraddittorio tra le parti, i vincoli della disciplina processuale delle prove, e dei termini, che implica accettazione di un contesto comune di razionalità e legittimazione reciproca delle parti, la fine del conflitto, il dialogo come approssimazione comune

¹²¹ H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., trad. it. cit., p. 418 ss.

¹²² J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, cit., in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 185: «Nell'agire comunicativo linguaggio e prassi sono uniti».

¹²³ Cfr. relativamente al giudizio di gusto e a quello politico P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 133: «Così disinteresse, retroattività, comunicabilità costituiscono altrettanti aspetti che vanno di pari passo».

alla soluzione più adeguata al caso, la ricerca della verità, il libero convincimento e l'imparzialità del giudice sono tutti valori che devono essere realizzati nel processo. Da questo punto di vista lo stesso concetto di verità non può non risentirne.

La verità processuale non è una verità assoluta, *in primis* perché il dialogo risente di quella stessa finitezza umana, e si presenta come necessariamente chiuso. La verità si colloca entro l'orizzonte storicamente finito dell'Esserci. Si lega all'essere che è proprio dell'Esserci. Ha una sua fondazione ontologica, oltre che storica. Attraverso il passaggio dei diversi gradi di giudizio, il giudicato pone termine alla discussione che rischierebbe altrimenti di protrarsi indefinitamente e tramutarsi in lite infinita¹²⁴. La verità si inserisce su uno sfondo finito, necessariamente chiuso. Il giudicato esprime così il carattere limitato della conoscenza umana e il carattere fallibile di ogni decisione pratica. Si dice appunto *res iudicata pro veritate habetur*. Il che sconta da una parte la possibilità di errore, per il quale, a determinate condizioni, c'è sempre rimedio all'errore giudiziario, dall'altra richiama una istanza di verità che è implicita nella ricerca che si realizza nel giudizio. Vi è, in altri termini, una presunzione di verità fino prova contraria. Il cammino di avvicinamento verso la verità, è un cammino di approssimazione cui il termine del giudizio non può mettere comunque fine¹²⁵. Può non essere inutile richiamare la nozione heideggeriana di verità come dis-velamento ($\alpha\lambda\eta\theta\epsilon\iota\alpha$)¹²⁶. Essendo l'Esserci per lo più perso nel suo mondo, egli è nella «non-verità». La situazione di partenza è quella dell'oscurità del velo, l'oblio. Ma l'essere dell'Esserci è anche cooriginariamente aperto, nella sua comprensione quale progetto, alla verità. La verità si pone allora come continuo e inarrestabile scoprimento dell'essere. Da questo punto di vista la verità non è qualcosa che si dà, ma a cui ci si approssima. Senza arrivarci mai. L'inarrestabile progresso scientifico, nella sua alternanza di teorie può essere allora spiegato in tali termini¹²⁷. Ciò che è importante quindi non è la formulazione di ipotesi corrispondenticamente vere, quanto la loro argomentazione¹²⁸, che

¹²⁴ Ivi, p. 160.

¹²⁵ In senso contrario P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 464, il quale non tiene conto né della possibilità di discussione dogmatica che un'interpretazione giudiziale dispiega, né della forza del precedente che essa comporta e che mantiene aperto il circolo dell'interpretazione. Non è qui, credo, che vada misurata la distanza tra storia e diritto, ma nel diverso tipo di imputazione (imputazione etica nel giudizio, imputazione causale singola in storia), nel diverso interlocutore (la comunità scientifica in storia, la comunità dell'interpretazione giuridica nel diritto) il che comporta, tra l'altro, l'applicazione di ben precise regole procedurali, e, infine, nel diverso oggetto (azioni specifiche di autori ben determinati in una prospettiva evenemenziale nel diritto, entità spesso anonime, come civiltà, forze, nazioni, al centro della ricerca storica).

¹²⁶ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1927, trad. it. di Pietro Chiodi, Milano, (1976) 1997, p. 270 ss.

¹²⁷ Cfr. K. O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1997, p. 96: «È ora possibile impiegare il concetto di *validità intersoggettiva tout court*, a differenza del concetto formale-ontosemantico di *corrispondenza ai fatti*, come *idea regolativa di una approssimazione metodica*, se si intende il primo concetto quale meta ideale di una possibile formazione argomentativa di consenso in una ideale comunità di ricerca».

¹²⁸ J. HABERMAS, *Auszug aus "Wahrheitstheorien"*, in H. Fahenbach (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, Pfullingen 1973, in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 320: «Se noi definissimo come "consenso" ogni accordo incidentalmente intervenuto, esso non potrebbe evidentemente servire come criterio di verità. Perciò la "attuazione discorsiva" è un concetto normativo: l'accordo che possiamo raggiungere nel discorso è soltanto un *consenso fondato*. Questo vale come criterio di verità, ma il senso di verità non

realmente ci fa progredire. Da questo punto di vista, nel giudizio, possono darsi solo giustificazioni meglio o peggio argomentate sulla base delle risultanze probatorie, la verità non solo non può pretendere la propria oggettività assoluta, ma si dà come il prodotto di istanze interpretative disparate che nella decisione finale trovano il loro punto di incontro e di soluzione. Inoltre il fatto che la verità dei fatti sia anche verità giudiziale non è privo di conseguenze. Il contesto giuridico in cui si colloca l'affermazione della verità dei fatti costituisce appunto il contesto di discussione tale che la comunità cui si rivolge la propria pretesa veritativa non possa che essere intesa come comunità dell'interpretazione giuridica¹²⁹. Tale contesto di razionalità pratica è quindi condizione di quell'articolazione della razionalità procedurale di cui accettabilità e intersoggettività rappresentano valori irrinunciabili. Se ogni esperienza di verità non può darsi che attraverso un atto interpretativo, essa non può che essere il frutto di una razionalità pratica che attraverso il dialogo e lo scontro, perviene a costruire e rafforzare il proprio apparato giustificativo. In tale senso più che assoluta, essa rappresenta una esperienza di continua e progressiva approssimazione¹³⁰. Se da una parte il concetto di verità come corrispondenza è un'idea pratica a cui non possiamo rinunciare¹³¹ perché rappresenta un ineliminabile concetto guida nella nostra ricerca pratica della verità, è proprio la dimensione pratica di tale ricerca ad indirizzarci sulla via dell'argomentazione¹³². Se per un verso l'idea di consenso non ci libera dalla possibilità di errore, e dalle possibilità stesse della menzogna, l'idea di un «consenso fondato» raggiunto nel rispetto di una pluralità di valori propri di una comunità giuridica, in cui non secondari sono i principi del contraddittorio e del libero convincimento, ci avvicina all'obiettivo di una verità possibile. Ciò che conta non è la verità, ma il modo che ci garantiamo per raggiungerla. Laddove il contesto della pratica interpretativa offre le condizioni per il confronto dialettico, nell'affermazione di quella pluralità di valori che sono il frutto della nostra cultura giuridica, e concepisce la verità come l'esito del loro bilanciamento, sarà possibile liberarsi definitivamente da quanto di opaco c'è in questo concetto. È in tale contesto di razionalità pratica che si danno le condizioni di accettabilità delle nostre argomentazioni, e quindi anche le condizioni di possibilità della nostra ricerca. Da questo punto di vista la verità rispecchia lo

consiste nel fatto che in generale viene raggiunto un consenso, bensì che sempre e dovunque, non appena ci impegniamo in un discorso, può essere raggiunto un consenso in condizioni che dimostrano che esso è fondato»; su cui K. O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, trad. it. cit., p. 100 ss.

¹²⁹ Cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 273: «parlare di verità richiede la presenza degli altri e il rendere conto ad essi».

¹³⁰ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 161: «il punto di arresto della giustizia non si limita a mettere fine a un processo, bensì apre la strada a tutto un corso di giurisprudenza nella misura in cui crea un precedente».

¹³¹ V. anche A. KAUFMANN, *Nachwort*, 1992, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 321; sulla stessa linea P. COMANDUCCI, *Ragionamento giuridico*, in M. BESSONE-E. SILVESTRI-M. TARUFFO (a cura di) *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000, p. 125.

¹³² Segnala l'incidenza di ragioni di natura pratica sul processo di giustificazione teorica che porta alla verità V. VILLA, *Giustificazione pratica e giustificazione teorica*, in GIANFORMAGGIO e LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, p. 290.

stesso carattere composito che c'è nella trama. Il che significa che la verità processuale indica tutto il proprio carattere argomentativo¹³³. Se c'è una verità questa non può che mostrarsi nell'argomentazione. Al di là di un'argomentazione fondata non c'è verità.

SOMMARIO- Questo testo intende varcare la soglia del processo per approfondire un aspetto lasciato in buona parte inesplorato dall'odierna teoria ermeneutica. Muovendo dalle riflessioni avviate da Ricoeur negli anni Ottanta su *intrigue e trace*, e offrendone una applicazione originale al giudizio di fatto, intende mostrare come l'interpretazione giudiziale venga a strutturarsi nel processo e a saldare progressivamente in se stessa descrizione e spiegazione. Ciò significa tra l'altro che una teoria dell'interpretazione non può non porsi come obiettivo anche quello di una teoria ermeneutica dell'argomentazione.

ABSTRACT- This text intends to cross the threshold of trial in order to deepen an aspect which has hardly been explored by the present hermeneutics. Starting from the reflections about *intrigue* and *trace* developed by Ricoeur in the Eighties, and applying them to the verdict on fact in a few manner, it intends to show how the judicial interpretation consolidates in the trial and joins in itself progressively both description and explanation. This also means that each theory of interpretation has always to aim at an hermeneutic theory of argumentation.

BIBLIOGRAFIA

- K. O. APEL, *Diskursethik vor Problematik von Recht und Politik*, 1992, (*Etica della comunicazione*), trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1992.
- K. O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1997.
- ARISTOTELE, *Poetica*, trad. it e cura di D. Pesce, Milano, 1995.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. di C. Mazzarelli, Milano, 1993.
- R. BARTHES, *Texte (Théorie du)*, in *Encyclopaedia Universalis*, 1973, ora in ID., *Scritti. Società, testo, comunicazione*, pp. 228-243.
- R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuauflage mit ein Anhang*, Frankfurt, 1976, trad. it. di B. Argenton, 1985.
- A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, Padova, 1990.

¹³³ J. HABERMAS, *Auszug aus "Wahrheitstheorien"*, cit., in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 321: «La teoria consensuale della verità intende spiegare la peculiare coazione non coatta dell'argomento migliore tramite proprietà formali del discorso, e non tramite ciò che, come consistenza logica di proposizioni, è alla base della connessione argomentativa, o che penetra l'argomentazione per così dire dall'esterno, come l'evidenza di esperienze. L'esito di un discorso non può essere deciso né da una costrizione logica né da una empirica, ma mediante la "forza dell'argomento migliore"»; su cui v. R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuauflage mit ein Anhang*, cit., trad. it. cit., p. 206 ss. Sul consenso come indice, e non criterio, di verità e giustizia, cfr. A. KAUFAMANN, *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, 1990, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 214: «Il consenso ottenuto formalmente e correttamente, come tale, non è un criterio, certo però un indizio importante di verità e giustizia»; cfr. anche ID., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it., cit. p. 285, e W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1981, p. 122.

- P. COMANDUCCI, *Ragionamento giuridico*, in M. BESSONE-E. SILVESTRI-M. TARUFFO (a cura di) *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000, pp. 79-136.
- M. R. DAMAŠKA, *The faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991.
- V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, XXVII (II serie), 1972, p. 414-437.
- J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2 ed., Frankfurt a. M. 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983.
- G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002.
- H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983 (2 ed.).
- H. G. GADAMER, *Vom Zirkel des Verstehens*, trad. it di F. Vercellone, in *aut aut*, 1987, n. 217-218, pp. 13-20.
- J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, in “*Philosophische Rundschau*”, Beih. 5, Tübingen, 1967, in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. di G. Bonazzi, Bologna, 1980.
- W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1981.
- M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1927, trad. it. di Pietro Chiodi, Milano, (1976) 1997.
- A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie* 1986, ora in F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, trad. it. di F. Romeo, Padova, 1990, p. XIII-XXXVI.
- A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto*, trad. it. e cura di G. Marino, Milano, 2003.
- E. LÉVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, 1972, trad. it. di A. Moscato, Genova, 1985, pp. 83-92.
- C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, *ed. min.*, Torino 2001.
- C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *ed. min.*, Torino, 2001.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992.
- F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Rechtstext und Textarbeit in der Strukturierenden Rechtslehre*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, trad. it. di E. Comelli, Padova, 1997, pp. 75-102.
- B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996.
- K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, 1934, trad. it. di M. Trincherò, Torino, 1970.
- K. POPPER, *Conjectures and Refutations*, London, 1969, trad. it. di G. Pancaldi, 1972.

- K. POPPER, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford, 1972, trad. it. di A. Rossi, Roma, 1975.
- P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, Paris, 1983, Milano, (1983) 1991.
- P. RICOEUR, *Temps et récit II. La configuration dans le récit de fiction*, Paris, 1984, trad. it. di G. Grampa, 1987.
- P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, Paris, 1986, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1989.
- P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, Paris, 1985, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1994.
- P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, trad. it. di D. Iannotta, Milano, 1993.
- P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, 1995, trad. it. di D. Iannotta, 1998.
- P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, 2000, trad. it. e cura di Daniella Iannotta, Milano, 2003.
- P. ROSSI (a cura di), *La teoria della storiografia oggi*, Milano, 1983.
- M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1992.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1990.
- P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Parigi, 1971, trad. it. di G. Ferrara, Roma-Bari, 1973.
- V. VILLA, *Giustificazione pratica e giustificazione teorica*, in GIANFORMAGGIO e LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, pp. 285-290.
- F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 3 ed., 2001.
- G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990.