

TRATTATO  
DI  
DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

GIÀ DIRETTO DA

ANTONIO CICU    FRANCESCO MESSINEO

CONTINUATO DA  
LUIGI MENGONI

VOLUME III, t. 2, sez. 1



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE  
1992

MICHELE TARUFFO

ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

UNIDADE III

Leitura ~~obbligatoria~~ *FACOLTATIVA*  
TARUFFO, La prova p. 323-331

LA PROVA  
DEI FATTI GIURIDICI

NOZIONI GENERALI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE  
1992

to e definito dalle norme giuridiche che si occupano delle prove. Queste norme sono assai diverse per estensione e contenuto specifico nei vari ordinamenti positivi, ma ciò non significa affatto che vi siano corrispondenti differenze ontologiche o funzionali. Ciò che varia da sistema a sistema è l'ampiezza e il contenuto dei «limiti legali» del fenomeno probatorio, ma tutto ciò non toglie che esso si collochi *prima e al di fuori* della regolamentazione specifica prodotta da norme giuridiche. In fondo, ed è l'ipotesi estrema ma significativa formulata ed auspicata da Bentham, esisterebbero le prove e si potrebbero accertare i fatti in giudizio se anche non esistessero norme sulle prove: in tal caso infatti funzionerebbero in pieno e senza limiti i canoni del senso comune e della razionalità, ed essi assicurerebbero con ogni probabilità un accertamento attendibile dei fatti.

Il secondo e conseguente punto che risulta confermato è che la prova giuridica non è *a priori* alcunché di ontologicamente o strutturalmente diverso da ciò che si considera o si impiega come strumento di conoscenza dei fatti nell'esperienza comune o in altri campi particolari. Non è in differenze di questo genere, quindi, che va ricercata la specificità della prova giuridica, pur essendo ovvio che non per questo viene meno ogni differenza tra essa e altre «prove». La specificità della prova giuridica va piuttosto ricercata nel fatto che esistono norme in funzione delle quali elementi di conoscenza che sarebbero prove in altri contesti non lo sono nel contesto del processo. In altri termini: la prova giuridica è specifica in quanto alcune prove sono oggetto di regolamentazione normativa in vario modo restrittiva; non vi è invece alcuna specificità rispetto ad elementi di prova non regolati, o per gli aspetti di singoli mezzi di prova che non siano specificamente regolati. Così ad es. se un elemento di prova non è disciplinato dalla legge (ad es. perché frutto recente della tecnologia), ciò non significa che esso non sia ammissibile, ma solo che si tratterà di una prova «non specifica»<sup>(65)</sup>. Analogamente, se la legge non disciplina integralmente qualche aspetto di una prova tipica (ad es. non regolandone l'efficacia), ciò non significa ovviamente che questo aspetto non esista o non sia importante, ma solo che per esso valgono i criteri del senso comune o della razionalità generale (come accade in sede di libera valutazione delle prove) invece che criteri «giuridici».

(65) Sui documenti informatici come prove atipiche v. ad es., e per ulteriori riferimenti, DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli 1988, p. 103 ss.

La prova giuridica può dunque ritenersi specifica solo in un senso ridotto, relativo e variabile, del termine. Ridotto perché la disciplina giuridica della prova copre sempre soltanto una parte del fenomeno probatorio; relativo perché esso non ha nulla a che vedere con cose come la «natura» o la «struttura» della prova in sé considerata, ma dipende solo dalla presenza (teoricamente non necessaria) di norme sulle prove; variabile, infine, poiché nei diversi ordinamenti il grado di specificità della prova giuridica varia in funzione dell'estensione, del contenuto e dell'importanza delle norme che regolano giuridicamente il fenomeno della prova, differenziandolo e «riducendolo» nel contesto del processo. Si può così avere un alto grado di specificità nei sistemi che comprendono un'estesa disciplina giuridica dei mezzi di prova, e che per conseguenza riducono l'area del fenomeno probatorio lasciata esclusivamente ai criteri della razionalità scientifica o di senso comune, mentre si ha un basso grado di specificità nei sistemi che affidano prevalentemente a criteri di razionalità la dinamica anche processuale della prova, e per conseguenza impiegano una disciplina normativa ridotta e tendenzialmente marginale del fenomeno probatorio.

1.4. *Funzione persuasiva e funzione conoscitiva della prova.* — Il problema della specificità della prova giuridica è stato posto anche sotto un altro profilo, ossia affermando che la sua funzione tipica è di persuadere invece che di dimostrare<sup>(66)</sup>. È d'altronde diffusa l'opinione che la prova non abbia una funzione in senso lato «conoscitiva», ma «argomentativa»: essa non si collocherebbe cioè nella dimensione «logica» del fondamento razionale delle ipotesi sul fatto, ma nella ben diversa dimensione «retorica» dell'argomentazione diretta a convincere qualcuno (nella fattispecie il giudice) a ritenere il fatto come esistente. In sostanza, la prova non sarebbe uno strumento per conoscere razionalmente alcunché, ma un argomento persuasivo diretto a far credere alcunché intorno ai fatti rilevanti per la decisione. Nella dottrina italiana questa tesi ha avuto una certa rilevanza soprattutto ad opera di Alessandro Giuliani, che in numerosi studi recenti e meno recenti ha elaborato una teoria della prova come argomento retorico, contrapponendola a quella della prova come strumento specifico di conoscenza, e ne ha individuato il fondamento soprattutto in chiave storica e comparatistica<sup>(67)</sup>. Tale tesi è d'altronde presente in vari «luoghi» della cultura

(66) V. in particolare PERELMAN, *La specificité*, cit., p. 8 ss.

(67) Tra gli scritti più recenti al riguardo cfr. *Prova in generale. a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, ss. L'elaborazione più ampia della teoria in esame si trova però in scritti meno recenti di Giuliani: cfr. in particolare *Il concetto di*

giuridica<sup>(68)</sup> e rappresenta dunque un problema che concerne in linea generale la definizione del concetto di prova: di qui la necessità di esaminarla specificamente, anche se per linee generali.

L'idea che la prova serva a persuadere il giudice che i fatti della causa si sono svolti in un determinato modo è un luogo comune che sembra avere qualche fondamento: il fatto che l'assunzione delle prove avvenga oralmente in udienza, eventualmente con un metodo dialettico come quello dell'interrogatorio incrociato, e che i difensori fondino le loro argomentazioni anche sulle prove, può far pensare ad una dimensione o a una valenza «persuasiva» del fenomeno probatorio<sup>(69)</sup>. È del resto innegabile che fattori persuasivi o retorici esistano nell'assunzione delle prove in giudizio<sup>(70)</sup>. Il problema non è però di stabilire se essi esistano, bensì di decidere se essi siano così importanti da giustificare una teoria «retorica» della prova che possa essere assunta come dominante, o addirittura come teoria esclusiva e unica della prova. È su questo piano, e non su quello della constatazione della presenza di elementi retorici nell'assunzione delle prove, che la teoria della prova come argomento persuasivo incontra difficoltà insormontabili.

Alcune di queste difficoltà riguardano la conferma storica della teoria in questione, che incontra limiti rilevanti. Per un verso, infatti, non è dubbio che in Grecia e a Roma esistesse una concezione «retorica» della prova come argomentazione rivolta a persuadere il giudice<sup>(71)</sup>: essa era anzi ovvia e comprensibile in quanto la retorica era tipicamente l'arte dell'avvocato e le difese forensi erano di regola svolte da retori<sup>(72)</sup>. Non a caso la prova si colloca nell'analisi del discorso

prova. *Contributo alla logica giuridica*, Milano 1959; *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Jurid. Rev.* 1962, p. 216 ss.; *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, in *La preuve*, cit., XVI, p. 357 ss.

(68) Cfr. ad es. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 21 ss., 29 ss.; EBERLE, *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris 1989, p. 31; FORIERS, *Introduction au droit de la preuve*, in *La preuve en droit*, cit., p. 18 ss.; CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1985, p. 555 ss.

(69) Cfr. al riguardo TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., p. 422 ss. Per un'ampia analisi delle strategie retoriche dei difensori nel processo nordamericano cfr. BENNET e FELDMAN, *op. cit.*, p. 116 ss.

(70) Cfr. in particolare BENNET e FELDMAN, *op. cit.*, p. 132 ss.

(71) Cfr. ampiamente GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 15 ss., 45 ss.; ID., *Il concetto classico*, cit., p. 361 ss., 384 ss.; ID., *Prova in generale*, cit., p. 525 ss.

(72) Cfr. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *La preuve*, cit., XVI, p. 284 ss., 287 ss.; LÉVY, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, cit., p. 28 ss.; CORDERO, *op. cit.*, loc. cit.

retorico, oltre che in quella del discorso giudiziario, e non si distingue chiaramente da altri argomenti di cui l'avvocato-retore si serve ma che non sono prove in senso stretto<sup>(73)</sup>.

Per altro verso, sembra chiaro che tutto ciò non basta a fondare una teoria retorica della prova. Il fenomeno sembra infatti avere una durata limitata, se è vero che già nell'età del Principato la professionalizzazione dei giudici e degli avvocati fa evolvere il sistema romano verso una concezione sempre più giuridica e sempre meno retorica della prova<sup>(74)</sup>. È chiaro d'altronde che i retori greci e romani avevano della prova un'idea radicalmente diversa da quella moderna, e strettamente legata alla loro funzione di difensori-persuasori: per essi infatti era prova ogni argomento idoneo ad influenzare il giudice, non ciò che specificamente servisse ad accertare i fatti<sup>(75)</sup>. Quando emerge una nozione più «tecnica» della prova, già in diritto romano, l'equiparazione prova-argomento retorico entra in una crisi irreversibile<sup>(76)</sup>, anche se qualche traccia della concezione retorica si troverà ancora in epoca medievale<sup>(77)</sup>. In quest'epoca, d'altronde, il modello retorico della prova perde ogni rilievo perché altri strumenti e modelli concettuali, diversi dalla retorica, prevalgono ormai nella cultura giuridica europea<sup>(78)</sup>.

Non lievi difficoltà nascono anche a proposito della conferma comparatistica della concezione retorica della prova. La tesi di Giuliani al riguardo è che questa concezione, che non giunge ad influenzare la formazione moderna dei sistemi di *civil law*, avrebbe però influenzato la formazione degli ordinamenti di *common law*, sicché almeno in que-

(73) Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 292; LÉVY, *op. cit.*, p. 30 ss.

(74) V. in particolare PUGLIESE, *op. cit.*, p. 293 ss.

(75) Cfr. in particolare LÉVY, *op. cit.*, p. 30, ove si sottolinea che la prova è trattata come *argumentum* proprio in quanto è usata come strumento retorico, e che ciò accade in funzione del ruolo che il retore svolge nel processo. Questo ruolo non è orientato verso l'accertamento dei fatti, ma verso l'esaltazione dell'arte oratoria per fini che possono anche trascendere la vittoria in giudizio.

(76) Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 298 ss.

(77) Per la rivalutazione di questi aspetti v. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 93 ss., e *Prova in generale*, cit., p. 529 ss.

(78) Su questo passaggio è significativa l'analisi dello stesso GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 537 ss. Per le diverse classificazioni della prova che dominano la cultura medievale e il diritto comune, tutte costruite su basi non più retoriche, v. ampiamente LÉVY, *op. cit.*, p. 34 ss.; ID., *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age, depuis la Renaissance du Droit romain jusqu'à la fin du XIVe s.*, in *Ann. Univ. de Lyon*, 1939; ID., *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age*, in *La preuve*, cit., XVII, p. 137 ss.

sti avrebbe rilievo la teoria persuasiva della prova <sup>(79)</sup>. Questa tesi appare però assai dubbia sia sotto il profilo storico, sia sotto quello della situazione attuale.

Dal punto di vista storico non pare infatti sufficiente a fondare l'esistenza di una concezione retorica della prova la constatazione dell'influenza dello schema retorico della controversia su qualche aspetto dell'evoluzione del processo inglese <sup>(80)</sup>. Tale influenza si è forse verificata, ma essa si è presumibilmente indirizzata verso la creazione del processo *adversary* a struttura contraddittoria <sup>(81)</sup> più che verso una specifica concezione retorica della prova. Di tale concezione non vi è traccia, d'altronde, nella storia più recente delle teorie angloamericane della prova <sup>(82)</sup>.

Dal punto di vista della *law of evidence* attuale vi sono numerose ragioni per escludere che la concezione angloamericana della prova sia ispirata alla visione retorico-argomentativa. È vero infatti che elementi di carattere retorico possono riscontrarsi nella struttura dialettica del *trial*, nel fatto che tocca ai difensori assumere le prove orali col metodo dell'interrogatorio incrociato e — talvolta — nella presenza della giuria e nel fatto che i difensori tendano a persuadere i giurati delle rispettive versioni dei fatti <sup>(83)</sup>. Non è vero tuttavia che il processo di *common law* sia dominato da una concezione retorico-argomentativa dell'evidence: al contrario, l'orientamento razionalistico sembra tuttora dominante in

(79) Cfr. GIULIANI, *Influence of Rhetoric*, cit.; ID., *Prova in generale*, cit., p. 547 ss., 575 ss.

(80) Cfr. in particolare GIULIANI, *Influence of Rhetoric*, cit. p. 225 ss. Sul modello retorico della controversia v. ID., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966.

(81) Sulla formazione storica del processo *adversary*, fortemente condizionata dalla presenza degli avvocati a partire dal sec. XVIII, v. in particolare LANGBEIN, *The Criminal Trial Before the Lawyers*, in 45 *Un. Chi. L. Rev.* 1978, p. 263 ss.; LANDSMAN, *The Rise of Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, in 75 *Corn. L. Rev.* 1990, p. 497 ss. Va però sottolineato che questi studi fanno risalire al '700 il sorgere del modello «contenzioso» nel processo inglese, escludendo per conseguenza che esso abbia origini più lontane nel tempo.

(82) V. al riguardo TWINING, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, in ID., *Rethinking Evidence*, cit., p. 32 ss.; ID., *Theories of Evidence*, cit., p. 1. ss.

(83) Sul ruolo dei difensori e sugli aspetti «rituali» e «teatrali» del *trial* cfr. anche per riferimenti, TARUFFO, *Il processo civile «adversary»*, cit., p. 94 ss., 293 ss.; BALL, *The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater*, in 28 *Stanf. L. Rev.* 1975, p. 81 ss. Un'analisi interessante delle strategie persuasive dei difensori nella ricostruzione dei fatti è in BENNETT e FELDMAN, *op. cit.*, p. 132 ss., 150 ss.

materia di prove <sup>(84)</sup>, così come la *law of evidence* è chiaramente ispirata all'idea che la funzione della prova sia essenzialmente quella di servire alla conoscenza dei fatti <sup>(85)</sup>. In questo senso operano infatti diversi elementi strutturali della *law of evidence*, come la preminenza del criterio di rilevanza logica dei mezzi di prova <sup>(86)</sup>, l'impiego della *cross-examination* come strumento dialettico di controllo sull'attendibilità delle prove orali <sup>(87)</sup> e la presenza di regole d'esclusione dirette ad evitare errori nella valutazione delle prove <sup>(88)</sup>. Anche la mancanza di regole di prova legale implica il rinvio a criteri razionali di valutazione delle prove, e non significa affatto che vi sia spazio libero per la persuasione soggettiva di chi deve giudicare sui fatti <sup>(89)</sup>. Pare dunque infondata l'opinione secondo la quale il sistema probatorio di *common law* sarebbe fondato su una concezione retorico-argomentativa della prova.

Ma mentre la teoria argomentativa della prova non sembra trovare

(84) Cfr. TWINING, *What is the Law of Evidence?*, cit., p. 196 ss.; ID., *The Rationalist Tradition*, cit., p. 32 ss.; ID., *Theories of Evidence*, cit., p. 1 ss., 167 ss.; TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., p. 429 ss., e la letteratura ivi citata. In senso contrario, e comunque per una critica radicale alla *Rationalist Tradition*, cfr. GRAHAM, «There'll Always Be An England»: *The Instrumental Ideology of Evidence*, in 85 *Mich. L. Rev.* 1987, p. 1204 ss.; cfr. anche la replica di TWINING, *Hot Air in the Redwoods, A Sequel to the Wind in the Willows*, ivi 86, 1988, p. 1523 ss., e specialmente p. 1535 ss. sui limiti della *Rationalist Tradition*.

(85) Cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 429, 431; TWINING, *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 66, 69.

(86) Cfr. ad es. la Rule 401 delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi, su cui cfr. in particolare WRIGHT-GRAHAM, *Federal Practice and Procedure. Evidence*, vol. 22, St. Paul, Minn., 1978, p. 9 ss.; SALTZBURG-REDDEN, *Federal Rules of Evidence Manual*, 2nd ed., Charlottesville, Virg., 1977, p. 101 ss.; Weinstein's *Evidence*, New York 1982, vol. 1., p. 401-6 ss.

(87) È la classica tesi di WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston 1940, p. 29. Si può ritenere che questa funzione sia ancora alla base dell'istituto, malgrado le numerose degenerazioni che esso subisce nella prassi, specialmente negli Stati Uniti. In argomento v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 426 ss.; ID., *Il processo civile «adversary»*, cit., p. 30 ss. Sulla prassi deludente della *cross-examination*, e sulla sua funzione retorico-persuasiva, cfr. da ultimo AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, tr. it., Milano 1990, p. XV e XXXIII.

(88) Cfr. TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., p. 424. In senso diverso non appaiono convincenti le argomentazioni di GIULIANI, *Prova in generale*, cit., p. 547 ss., che prescindono completamente dall'analisi contenutistica e strutturale delle regole della *law of evidence*. La loro natura retorica viene così presupposta, invece che dimostrata.

(89) Più ampiamente al riguardo cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 429 ss.

adeguate conferme sul piano storico e comparatistico, essa incontra anche rilevanti difficoltà sul piano teorico generale.

Per un verso, infatti, si può osservare che nel migliore dei casi essa coglie e descrive un aspetto del modo in cui l'avvocato impiega la prova nel processo<sup>(90)</sup> ma non dice alcunché intorno al modo in cui il giudice utilizza la prova come base per l'accertamento dei fatti. Anche ammettendo che la prova venga usata come strumento di persuasione nei confronti del giudice, ciò non spiega se, come, quando e a quali condizioni essa raggiunga lo scopo, ossia convinca davvero il giudice a scegliere una versione dei fatti invece che un'altra<sup>(91)</sup>. Si tratterebbe allora di una concezione della prova largamente incompleta, ed anzi fondamentalmente inconsistente perché non consente di stabilire quando la prova esplica la funzione persuasiva che tipicamente le viene attribuita. Ma se non si riesce a distinguere tra una prova persuasiva e una prova che non lo è si ha una teoria che non serve a nulla, perché non distingue ciò che costituisce una prova da ciò che non ha alcuna efficacia probatoria. Il punto di vista dell'avvocato non basta a costruire una teoria della prova, se non altro perché è il giudice ad accertare i fatti sulla base delle prove: occorrerebbe cioè una teoria della persuasione del giudice, ma non pare che essa esista.

Per altro verso, la concezione retorico-argomentativa della prova confonde la descrizione di un fatto parziale ed eventuale con la teoria dell'accertamento razionale dei fatti in giudizio, e cade per conseguenza in una generalizzazione doppiamente indebita. Essa muove infatti dalla

(90) Non a caso, quando si sviluppa più a fondo l'analisi degli aspetti retorici del processo, in generale ed in particolare a proposito dell'acquisizione e dell'uso difensivo delle prove, si parla esclusivamente di ciò che fanno gli avvocati, e non di ciò che fanno il giudice o la giuria quando valutano le prove per formulare la decisione sul fatto. Un esempio illuminante di ciò si trova in uno degli studi più apprezzabili condotti in chiave «retorica»: cfr. BENNETT e FELDMAN, *op. cit.*, p. 93 ss., 117 ss., 150 ss. La stretta connessione tra uso della retorica e ruolo dell'avvocato è d'altronde sempre presente nei discorsi generali sulla funzione della retorica. Cfr. ad es. la voce *Retorica* in QUINE, *Quidditates. Quasi un dizionario filosofico*, cit., p. 191, ove si sottolinea che la retorica rappresenta il terreno comune di pubblicitari, avvocati, politici e gruppi di discussione. Sulla retorica dell'avvocato v. da ultimo WETLAUFER, *Rhetoric and its Denial in Legal Discourse*, in 76 *Virg. L. Rev.* 1990, p. 1557 ss.

(91) BENNETT e FELDMAN, *op. cit.*, p. 118 ss., 125 ss., 132 ss., studiano analiticamente le tattiche retoriche dei difensori, delineando anche valutazioni sulla loro efficacia persuasiva. Si tratta però di valutazioni formulate *ex ante*, puramente ipotetiche e spesso non giustificate: ne manca infatti una conferma nell'analisi del comportamento della giuria (*ivi*, p. 157 ss.), mentre viene del tutto dimenticato il ruolo del giudice.

constatazione che talvolta vi sono alcuni elementi retorici nell'assunzione e nell'impiego giudiziale della prova, per dire che tutto il fenomeno probatorio è retorico e che sempre ogni prova ha solo natura retorica. Questo passaggio è però evidentemente infondato. Inoltre essa non considera che la persuasione (come la non-persuasione) è un fatto empirico che riguarda la situazione soggettiva di taluno (per quanto qui interessa: il giudice), mentre la teoria della prova è prescrittiva in quanto attiene ai criteri di attendibilità e validità del ragionamento con cui il giudice accerta i fatti sulla base delle prove<sup>(92)</sup>. Una prova falsa può essere persuasiva, come può essere persuasiva un'argomentazione radicalmente viziata sotto il profilo logico, o del tutto irrazionale; per contro, una prova può essere attendibile anche se è retoricamente insignificante, così come una dimostrazione matematica è valida o errata indipendentemente dal convincimento soggettivo di chiunque.

In sostanza, nella concezione retorica della prova si riproduce, accentuato, il vizio della concezione retorica della razionalità consistente nell'incapacità di distinguere tra argomentazioni efficaci e argomentazioni valide: allo stesso modo, infatti, non si distingue tra prove persuasive e prove idonee a dare un fondamento razionale al giudizio di fatto<sup>(93)</sup>.

L'idea, dovuta fundamentalmente a Perelman<sup>(94)</sup>, che la razionalità della prova debba essere ritrovata nella ragionevolezza dell'argomen-

(92) Per la distinzione tra dimensione teorico-prescrittiva e dimensione psicologico-descrittiva dell'analisi in materia di prove v. n. 41 e Cap. IV, n. 137 e *ivi* nel testo. Per la distinzione tra la dimensione descrittiva tipica della concezione retorica, e la dimensione prescrittiva tipica della concezione razionale della prova, cfr. anche COHEN, *Freedom of Proof*, in *Facts in Law*, ed by W. Twining, ARSP, Beih. 16, Wiesbaden 1983, p. 12.

(93) Su questo vizio, ossia sul fatto che la retorica può persuadere anche dell'errore, poiché mira al fine pratico della persuasione ma non alla fondatezza di ciò di cui persuade, si appuntano le critiche di ordine generale che vengono da sempre rivolte alla retorica: cfr. ad es. QUINE, *op. cit.*, *loc. cit.*, e TODORV, *Teorie del simbolo*, tr. it., Milano 1991, p. 75 ss., 94 ss., il quale afferma addirittura che «lo spirito che anima la retorica è pragmatico, e quindi immorale» (p. 76), riferendosi appunto al fatto che essa è indifferente alla qualità dell'oggetto della persuasione. Analogamente WETLAUFER, *op. cit.*, p. 1559. L'atteggiamento normalmente contrario alla retorica è ricorrente nei filosofi di varie epoche. V. ad es. la netta distinzione tra dialettica e logica, fondata sul fatto che la prima non ha nulla a che vedere con la verità, tracciata da SCHOPENHAUER, *L'arte di ottenere ragione*, tr. it. Milano 1991, p. 24 s.

(94) Cfr. in particolare ID., *La specificité*, cit.; nello stesso senso v. da ultimo GIULIANI, *Prova in generale*, cit., p. 577 ss.

tazione retorica è d'altronde fondata su una concezione inattendibile della razionalità. L'argomentazione perelmaniana muove infatti da un'idea restrittiva della razionalità, che viene fatta coincidere con la dimostrazione cartesiana, per poi procedere all'ovvia constatazione che la prova giuridica non ha i caratteri di tale dimostrazione, e per dire che quindi essa non può che avere la natura di un argomento persuasivo<sup>(95)</sup>. La premessa del discorso non è però attendibile, poiché non è vero che la razionalità abbia sempre e soltanto le forme della dimostrazione matematica o comunque deduttiva: è vero invece che esiste una razionalità meno rigida e cogente, che tuttavia segue canoni di coerenza e validità logica, e che quindi configura modi di ragionamento controllabili e non riducibili alla mera argomentazione persuasiva<sup>(96)</sup>. Ne sono esempio le forme di razionalità argomentativa che vengono analizzate nell'ambito del ragionamento giuridico<sup>(97)</sup> ed in particolare gli schemi della conferma logica che vengono elaborati nel campo dell'*evidence and inference*<sup>(98)</sup>. Fermo rimanendo che la prova non ha la struttura di una dimostrazione deduttiva, non ne deriva allora che essa non possa essere altro che un'argomentazione persuasiva, potendosi invece dimostrare che essa entra coerentemente in altri schemi razionali.

Risulta dunque evidente che nella concezione persuasiva della prova non vi è nulla di necessario neppure sul piano delle idee relative alla razionalità. Tale concezione coglie invero un dato empirico contingente che talvolta si verifica nell'uso giudiziario delle prove, ma diventa insostenibile quando assolutizza questo dato sino a far-

(95) Cfr. PERELMAN, *op. cit.*, p. 5 ss.; analogamente GIULIANI, *op. e loc. ult. cit.*

(96) Di *soft rationality* parla efficacemente TWINING (in *Some Scepticism*, cit., p. 122) nell'ambito di un'efficace argomentazione contro la forma di scetticismo consistente nell'adottare un'idea restrittiva ed eccessivamente rigorosa della razionalità, per poi concludere che essa non è realizzabile nel processo, e fondare così una concezione irrazionalistica del processo e della prova (v. *ivi*, p. 117 ss.).

(97) Nell'amplessima bibliografia ormai disponibile in argomento, basti richiamare le opere recenti più significative, che stanno alla base dell'orientamento adottato nel testo: cfr. dunque PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989; ID., *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983; AARNIO, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo 1987; ALEXI, *Theorie der juristische Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 1978; WROBLEWSKI, *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, 2nd ed., Helsinki 1983; MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.

(98) Per l'analisi di questi schemi v. il Cap. IV.

ne il *proprium* definitorio generale ed esclusivo della prova giuridica<sup>(99)</sup>.

2. *La disciplina giuridica della prova.* — Come si è accennato più sopra ad altro proposito<sup>(100)</sup>, la prova giuridica si definisce in funzione della disciplina legale del fenomeno probatorio, ma questa disciplina «legale» copre soltanto un'area limitata — e variabile nei diversi ordinamenti — di tale fenomeno.

Questa situazione viene razionalizzata con particolare chiarezza nella dottrina di *common law*, attraverso la distinzione e il raffronto tra un principio di *free proof* e le regole che costituiscono la *law of evidence*.

Per *free proof* si intende che salvo l'esistenza di norme particolari la prova è libera, nel senso che ogni elemento rilevante può essere impiegato, in base ai canoni del senso comune e della razionalità, per la prova dei fatti<sup>(101)</sup>: questa libertà spetta alle parti, che debbono poter impiegare nel processo ogni elemento di prova rilevante<sup>(102)</sup>, e spetta al giudice, che deve poter accertare i fatti secondo una valutazione razionale (e quindi non vincolata se non dai canoni della razionalità) delle prove acquisite in giudizio<sup>(103)</sup>. Si riconosce peraltro che il principio di *free proof* non può trovare applicazione assoluta negli ordinamenti giuridici concreti, ed opera quindi solo in via tendenziale, poiché esso deve essere temperato con altri principi e valori la cui attuazione avviene attraverso le norme che costituiscono la regolamentazione giuridica della prova<sup>(104)</sup>. Rimane chiaro però che la *law of evidence* non contraddice e non esclude radicalmente il principio di *free proof*, ma soltanto lo limita ed in qualche misura sovrappone criteri giuridici ai criteri della

(99) Per un analogo orientamento v. da ultimo VERDE, *Prova in generale. b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 586 ss.

(100) V. *supra*, par. 1.3.

(101) Cfr. in particolare TWINING, *What is the Law of Evidence?*, cit., p. 194 ss.; ID., *Evidence and Legal Theory*, cit., p. 66. Cfr. anche COHEN, *op. cit.*, p. 1.

(102) Cfr. TWINING, *What is the Law of Evidence?*, cit., p. 195. In senso analogo v. anche TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 258. È chiaro che la libertà della prova per le parti si viene a configurare, sul piano delle garanzie, come *diritto alla prova*, ossia appunto come diritto ad utilizzare ogni mezzo di prova disponibile che sia utile all'accertamento dei fatti: su questo problema v. più ampiamente TARUFFO, *ibidem*, p. 259 e ID., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 74 ss.

(103) Cfr., con particolare riferimento a Bentham, TWINING, *op. e loc. ult. cit.* In senso analogo v. anche TARUFFO, *Note per una riforma*, cit., p. 265 ss.

(104) Cfr. specialmente COHEN, *op. ult. cit.*, p. 2. ss.; TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 261 ss.