

UNIDADE III

Leitura obrigatória
UBERTIS, La ricerca della verità giudiziale
"in" La conoscenza..., ns. 1 a 4, p. 1/16

AUTORI DEI CONTRIBUTI

- | | |
|-------------------------|---|
| ALFREDO AVANZINI, | <i>ricercatore di Procedura penale nell'Università di Parma</i> |
| SILVIA BUZZELLI, | <i>ricercatore di Procedura penale nell'Università di Macerata</i> |
| PAOLO COMANDUCCI, | <i>professore associato di Filosofia del diritto nell'Università di Genova</i> |
| NOVELLA GALANTINI, | <i>professore associato di Diritto processuale penale comparato nell'Università di Trento</i> |
| GIOVANNA ICHINO, | <i>giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano</i> |
| CLAUDIO PIZZI, | <i>professore associato di Filosofia della scienza nell'Università di Siena</i> |
| CRISTINA RIVA CRUGNOLA, | <i>dottore di ricerca in Psicologia nell'Università di Milano</i> |
| FULVIO SCAPARRO, | <i>professore associato di Psicopedagogia nell'Università di Milano</i> |
| GIULIO UBERTIS, | <i>professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Parma</i> |

la conoscenza del fatto nel processo penale

a cura di
Giulio Ubertis

contributi di

Alfredo Avanzini, Silvia Buzzelli, Paolo Comanducci,
Novella Galantini, Giovanna Ichino, Claudio Pizzi,
Cristina Riva Crugnola, Fulvio Scaparro, Giulio Ubertis

Giuffrè Editore

legislatore nella disciplina della ricostruzione del fatto in ambito penale.

La cernita dei temi da approfondire ha pertanto risposto all'esigenza di esaminare argomenti particolarmente significativi al fine di individuare, da un lato, qual è la nuova mentalità richiesta agli operatori giudiziari e quali sono le sue manifestazioni più tipiche; dall'altro, quali sono i maggiori problemi emergenti e quali le prospettive per una loro soluzione.

Giulio Ubertis

GIULIO UBERTIS

LA RICERCA DELLA VERITÀ GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. L'illusione della « conoscenza giudiziaria oggettiva ». — 2. Argomentazione e dimostrazione nell'evoluzione storica del concetto di prova. — 3. Il processo come verbalizzazione dell'esperienza (e la concezione semantica della verità). — 4. La concezione dialettica della prova. — 5. Il metodo probatorio giudiziario: verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie (nonché diritto alla prova contraria). — 6. *Segue*: regole probatorie legali e conclusioni probatorie (con sua distinzione dalla codicistica « decisività » probatoria). — 7. Relativismo probatorio e verità giudiziale.

1. *L'illusione della « conoscenza giudiziaria oggettiva »*. — Un esito degli studi epistemologici non sempre presente ai giuristi, ma ormai divenuto patrimonio generale della cultura filosofico-scientifica contemporanea, è costituito dal riconoscimento che qualunque risultato di un'indagine fattuale è dipendente dal contesto in cui quest'ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate (1). Il problema della « obbiettività » della scienza, allora, si risolve attraverso non il conseguimento di una presupposta conoscenza assoluta ed incontrovertibile, ma il chiarimento più esatto possibile, ad esempio, di quali sono le ipotesi di lavoro costituenti il motore della ricerca, quali i postulati impliciti nella conduzione dell'indagine, quale l'incidenza degli strumenti impiegati sugli scopi da raggiungere.

In proposito, ed a smentita di coloro che ancora sostengono la possibilità di ottenere una assoluta « Verità » che conduca alla co-

(1) Cfr., esplicitamente seppure con diverse impostazioni, fin dagli anni trenta, L. FLECK, *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico. Per una teoria dello stile e del collettivo di pensiero* (1935), trad. it., Bologna, 1983, spec. p. 178-180, e K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), trad. it., Torino, 1970, spec. p. 101 ss.

noscenza di una altrettanto assoluta « Oggettività », basti ricordare come fin dal 1927 e dal 1931 emersero, rispettivamente in ambito fisico e matematico, due risultati interpretabili come tali da togliere qualsiasi illusione sull'attingibilità di conoscenze assolute in grado di « tranquillizzare » le coscienze a ragione di una loro supposta incontestabilità (2).

Per un verso, in relazione a ciò che Hume riteneva inerire alla « materia di fatto » (3) e Leibniz chiamava « verità di fatto » (4), ci si riferisce al principio di indeterminazione di Heisenberg (5), affermando l'impossibilità di individuare esattamente e contemporaneamente la posizione e la velocità di una particella atomica perché « nella fisica atomica non è possibile astrarre in alcuna maniera dalle modificazioni che ogni osservazione produce nell'oggetto osservato » (6). « Il metodo scientifico ... diviene consapevole ... che il suo intervento modifica e trasforma il suo oggetto, ... che il metodo non può più separarsi dall'oggetto » (7), cosicché « la sola teoria della conoscenza che possa essere oggi valida, è quella che si fonda su questa verità della microfisica: lo sperimentatore fa parte del sistema sperimentale » (8).

Per l'altro verso, con riguardo alle leibniziane « verità di ragione » (da Hume chiamate « relazioni di idee ») inerenti alle proposizioni logico-matematiche, ci si intende riferire alla cosiddetta prova

(2) « Il vecchio ideale scientifico dell'*episteme* — della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile — si è rivelato un idolo ... non il possesso della conoscenza, della verità irrefutabile, fa l'uomo di scienza, ma la ricerca critica, persistente e inquieta, della verità » (K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 311).

(3) D. HUME, *Ricerca sull'intelletto umano* (1748), trad. it., in ID., *Opere*, II, Bari, 1971, p. 31.

(4) G. W. LEIBNIZ, *La Monadologia* (1714), trad. it., Bari, 1968, p. 128.

(5) Per una enunciazione di tale « relazione d'incertezza », espressa « nella maniera più semplice », v. W. HEISENBERG, *La fisica dei nuclei atomici* (1949), trad. it., Firenze, 1952, p. 37.

(6) W. HEISENBERG, *La teoria dei colori di Newton e di Goethe alla luce della fisica moderna* (1941), in ID., *Mutamenti nelle basi della scienza* (1942), trad. it., Torino, 1944, p. 82.

(7) W. HEISENBERG, *Natura e fisica moderna* (1955), trad. it., Milano, 1985, p. 55.

(8) J.-P. SARTRE, *Questioni di metodo* (1957), trad. it., in ID., *Critica della ragione dialettica. I. Teoria degli insiemi pratici*, I, Milano, 1963, p. 37.

di Gödel (9), in base alla quale è stata dimostrata l'esistenza nell'ambito dell'aritmetica di proposizioni indecidibili; queste sono tali in quanto « non possono essere formalmente dedotte da alcun insieme di assiomi mediante un insieme chiuso di regole di inferenza » (10), nonostante possano anche essere vere. Sembra pertanto lecito « dire che ciò accade perché l'orizzonte delle proposizioni vere è più largo di quello delle proposizioni dimostrabili, dei " teoremi ", e quindi anche che ciò che il pensiero umano riesce a intendere e a riconoscere come vero, supera necessariamente l'ambito di ciò che può essere dimostrato » (11).

Trasferite in ambito giudiziario, queste osservazioni implicano due corollari di particolare importanza:

a) se il risultato di una qualsiasi indagine non è riducibile ad una pura ed assoluta « datità », anche il materiale fattuale utilizzato dal giudice per la decisione non è la conseguenza di una passiva recezione delle emergenze probatorie da parte sua;

b) il ragionamento giudiziario non può essere ricondotto ad una struttura esclusivamente logico-deduttiva né il giudice ad una « bocca che pronuncia le parole della legge » (12); occorre invece riconoscere che il ragionamento del giudice è intessuto di elementi « di volta in volta definibili secondo una o più forme logiche, oppure secondo schemi di qualificazione quasi logici o puramente topici, valutativi o retorici » (13).

(9) Essa è contenuta per esteso in K. GÖDEL, *Proposizioni formalmente indecidibili dei Principia mathematica e di sistemi affini* (1931), trad. it., in E. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, Milano, 1961, p. 203 ss.

(10) E. NAGEL - J. R. NEWMAN, *La prova di Gödel* (1958), trad. it., Torino, 1974, p. 105.

(11) E. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, cit., p. 199. Non a caso, a conclusione di un'ampia indagine sull'aspetto teorico-deduttivo della geometria, F. GONSETH, *La preuve dans les sciences du réel*, in *Rev. intern. phil.*, 1954, p. 29, riconosce che « la méthode axiomatique se présente comme le moyen même de la spécification du théorique. Elle ne réussit cependant pas à épurer ce dernier de tout apport de l'expérience et de l'intuition ».

(12) MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., I, Torino, 1952, p. 287.

(13) M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 212. La situazione viene quindi efficacemente sintetizzata da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. XVII, quando attribuisce all'« idea del giudizio come sillogismo perfetto e del giudice come bocca

2. *Argomentazione e dimostrazione nell'evoluzione storica del concetto di prova.* — Proprio la consapevolezza, più o meno esplicita, degli influssi dell'empirismo e del razionalismo sulla configurazione dello strumento probatorio (14) nel passaggio dall'epoca medioevale a quella moderna (15) ha indotto a collocare il tema della prova (16) in un'ottica storica: da questa si è desunta l'esistenza di due concezioni antitetiche nella configurazione di quell'istituto generalmente definito come « prova » ed identificabile, in linea di prima approssimazione (e riservandoci di offrirne una specificazione concettuale *infra*, § 3), con quell'insieme di elementi ed attività, quel procedimento, quel « *mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain* » (17).

La prima, sviluppatasi a partire dall'antichità classica e durata fino al medio evo, riconosceva al giudizio sull'agire umano un in-

della legge ... [una] totale inattendibilità epistemologica e [una] conseguente impraticabilità giuridica ».

(14) Né questa impostazione è ostativa al riconoscimento di una reciproca interazione, al cui interno individuare le influenze inverse della metodologia giudiziaria su quella scientifica: per F. GIULI, *Prove. Attraverso la nozione di provaldimostrazione* (1986), trad. it., Milano, 1990, p. 36, addirittura, « senza giungere ad affermare l'esistenza di una filiazione diretta dei criteri epistemologici a partire dalla procedura — filiazione che tuttavia potrebbe davvero essersi prodotta — in un certo senso, la prova giuridica del fatto rimane il paradigma della prova empirica in genere ».

(15) Per una ricostruzione di tali influssi, conviene rinviare ad A. GIULIANI, *Prova in generale: a) filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 549 ss. L'intera voce, peraltro, costituisce, per così dire, una sintesi sistematica degli studi sull'argomento pubblicati in un trentennio dall'autore: i loro risultati sono stati ampiamente utilizzati per le riflessioni storico-ideologiche sviluppate nel corso del presente paragrafo ed al loro apparato bibliografico si rinvia quindi per ulteriori approfondimenti in tale prospettiva.

(16) Ed in proposito pare forse superfluo ricordare che « la parola " prova " ... è ormai abituale nel linguaggio giuridico per indicare il processo di fissazione del fatto » (F. CARNELUTTI, *La prova civile* [1915], Roma, 1947, p. 13 nt. 1), con esclusione di quello di posizione della norma. « Poiché la norma si presume nota a tutti, il problema della conoscenza della norma non può essere allora se non un problema di interpretazione della norma: il problema della conoscenza della esistenza materiale della norma è un problema risolto fuori del piano processuale e può sorgere soltanto come problema pratico non anche come problema giuridico » (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 93).

(17) H. LÉVI-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, 1964, p. 15.

ludibile riferimento alle categorie della verosimiglianza, dell'opinabilità, dell'ipoteticità; al suo interno, la « teoria del probabile e del normale non [era] formulata in termini oggettivi, statistici (*id quod plerumque accidit*), ma costruita in relazione al mondo umano ed orientata eticamente » (18), per cui « non tutte le probabilità [erano] sullo stesso piano ... alcune [andavano] preferite per ragioni di carattere etico ... La " verità probabile " — considerata l'unico grado di verità possibile nelle cose umane — [veniva] vista in contrapposizione alla verità necessaria: esiste[va] insomma una logica del probabile come una logica del necessario » (19).

Inoltre, la concezione dell'indagine giudiziale non poteva non risentire anche della diversa struttura dell'ordinamento penale sostanziale, dove all'insufficiente tecnica del legislatore nella delineazione delle fattispecie e nella comminazione delle pene corrispondeva il potere del giudice di ricorrere all'analogia, alla consuetudine, o addirittura all'*arbitrium* (20). La regolamentazione dell'attività giudiziale era allora imperniata su « centri di argomentazione » (gli *status*), da cui dipendeva sia la disciplina della rilevanza probatoria sia l'esistenza di un articolato sistema di « regole di esclusione » di determinate vie di ricerca, reputate nocive per un corretto accertamento della verità (21). Solo seguendo questa metodologia le parti potevano, nel loro contraddittorio, ricostruire il fatto e sottoporlo all'esame del giudice,

(18) A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come « argumentum »*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVI (*La preuve*, I, *Antiquité*), Bruxelles, 1965, p. 359.

(19) A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 658-659.

(20) Cfr. U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955, spec. p. 87 ss. e 308 ss.; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in AA.VV., *Storia del diritto italiano*, direzione di P. DEL GIUDICE, III, 2, Milano, 1927, p. 173; G. VASSALLI, « *Nullum crimen sine lege* », in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 497 ss.

(21) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, spec. p. XI-XII, 62-63, 216-217, 224 (« la ricostruzione del fatto si risolveva in una valutazione del medesimo, e la norma emergeva quasi dal procedimento di ricostruzione. I canoni del rilevante non erano fissati a priori, emergevano dal procedimento di ricerca, nel contraddittorio delle parti »).

nell'ambito di quello che viene definito come « ordine isonomico » del processo (22). Nel riconoscimento, tuttavia, dell'esistenza inevitabile di un margine di dubbio e dell'implicazione assiologica di ogni giudizio veniva evidenziata la fisionomia argomentativa dell'istituto probatorio, strettamente collegata ad una percezione della retorica come branca della dialettica, alla quale ultima, intesa come teoria del ragionamento probabile partendo da premesse generalmente accettate, andavano applicati procedimenti analoghi a quelli del ragionamento necessario usato in logica, cosicché anche « il discorso retorico [diventasse] in un certo senso logico e rigoroso » (23).

Nel XIII secolo, però, iniziò la frattura del legame tra logica e retorica (progressivamente ridotta a « teoria del bello stile, dell'ornato ») e sorse la pretesa di ricondurre ogni ragionamento all'interno di una struttura logico-dimostrativa di stampo sillogistico, basata su criteri indiscutibili, con esclusione dei caratteri del dubbio e della scelta. Contestualmente, prese avvio la crescente affermazione della scienza sperimentale, basata sulla verificabilità empirica, nonché lo sviluppo della metodologia induttiva; mentre contemporaneamente, in ambito giuridico, si verificò un progressivo affinamento nella fissazione legislativa degli elementi delle fattispecie.

All'eclisse del carattere argomentativo della prova si accompagnò allora un mutamento nella delineazione del fine della ricostruzione fattuale giudiziaria. L'attenzione non era più assiologicamente orientata e volta a chiarire un accadimento in funzione della sua rilevanza giuridica, ma mirava ad accertare se un determinato fatto, « scientificamente » analizzato di per sé, fosse suscettibile ad una norma stabilita, intesa come principio « certo ». « Non [aveva] più significato la limitazione del campo dell'indagine nel fatto, come misura di difesa contro i possibili errori del giudice. Il fatto oggetto di indagine [doveva], più o meno, da un punto di vista probabilistico, essere simile al fatto ipotizzato dalla norma » (24). Delle due

(22) A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: « nuova retorica » e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, p. 81 ss.

(23) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 26.

(24) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 226.

principali accezioni del termine « probabilità » - « grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove ... [e] frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi » (25) — veniva ormai accettata e posta in risalto la seconda.

Ma una volta accolta una concezione « moderna » di prova collegata a quella della probabilità oggettiva (26), andava persa la consapevolezza del metodo impiegato sullo stesso risultato della ricerca, affermandosi a poco a poco una concezione dimostrativa della prova ed un « ordine asimmetrico » del processo, in cui erano « privilegiate le operazioni solitarie della mente del giudice » (27).

La logica giuridica venne quindi assimilata alla logica induttiva; e la prova giudiziaria alla prova indiretta, implicante il passaggio da un fatto noto ad uno ignoto: essa non sarebbe che « un fatto supposto vero, che si considera come atto a servire qual motivo di credibilità sopra l'esistenza, o la non esistenza di un altro fatto » (28).

Si comprende quindi come dal riconoscimento di una completa autonomia al « mondo dei fatti » potesse derivare la giustificazione, l'istituzionalizzazione e la generalizzazione della pratica della tortura, « tentativo spregiudicato di superare i limiti di una verità probabile, allo scopo di accertare la verità reale, il fatto » (29). E si capisce anche come il problema della tortura rimase « soprattutto

(25) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 14.

(26) Tale contrapposizione tra concezione della prova come induzione e concezione della prova come *argumentum* è considerata da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 164 nt. 23, come « ingiustificata ... [perché dipenderebbe] dalla falsa idea ... che il modello epistemologico dell'induzione richieda una concezione oggettiva, o statistica o quantitativa dei criteri di accettazione della verità probabile ». Lo stesso L. FERRAJOLI (*ivi*, p. 179 nt. 78), tuttavia, riconosce che « questa rappresentazione del pensiero moderno ... può valere ... per il pensiero giuridico in tema di prove »: cioè proprio per l'ambito di discorso in cui si collocano le considerazioni svolte nel testo.

(27) A. GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 600.

(28) G. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie* (1823), trad. it., I, Bergamo, 1824, p. 16.

(29) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 185.

un problema di logica, ebbe cioè per oggetto l'idoneità dei tormenti come mezzo di scoperta del vero » (30) senza evidenziarne le implicazioni sia etiche sia — più modestamente, ma meno di quanto generalmente si creda — processuali: e basti pensare a tutta la problematica riguardante le garanzie del contraddittorio e della difesa.

3. *Il processo come verbalizzazione dell'esperienza (e la concezione semantica della verità)*. — Compito attuale della scienza giuridico-processuale è allora quello di sintetizzare le due prospettive fin qui accennate, cogliendo l'utilità derivante in ambito giudiziario dallo sviluppo scientifico senza disconoscere l'ineliminabilità metodologica della controversia argomentativa, tanto più dopo che pure in ambito epistemologico è stata posta in luce la sua fecondità (31).

La concezione umanistica del diritto, che postula l'armoniosa confluenza in sede processuale degli apporti più fertili della cultura contemporanea, non può non evidenziare come l'assimilazione a tutti i costi della prova giudiziaria a quella scientifica (o, meglio, vetero-positivistica) precluda la strada a qualsiasi risultato che intenda rispettare i diversi valori in gioco nel processo, pervenendo, se coerenti, ad esiti ormai respinti dall'attuale coscienza sociale e giuridica.

Inoltre, con la omologazione, teorizzata o no, dei due procedimenti conoscitivi, ci si dimentica che, mentre lo scienziato ed il filosofo induttivo studiano non un fatto particolare, ma un fatto appartenente ad una classe particolare (32), il giudice si trova dinanzi a « comportamenti umani ... puntuali ed irripetibili, nel senso che, nella loro individualità, non sono riconducibili a una determi-

(30) P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, Milano, 1954, p. 207.

(31) V., recentemente e per ulteriori indicazioni bibliografiche in argomento, F. GIL, *Kant e la controversia* (1986), in Id., *Prove. Attraverso la nozione di prova/dimostrazione*, cit., p. 151 ss., sostenendo che « la pregnanza epistemologica della controversia si rivela molteplice. Essa ... costituisce un dato strutturale dell'esercizio del pensiero » (ivi, p. 152).

(32) Per analoghe considerazioni, cfr. G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 49; A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 250; J. R. GULSON, *The Philosophy of Proof*, London, 1923, p. 11.

nata classe, né, una volta spariti nel passato, sono in grado di poter riemergere attraverso l'esperimento » (33).

Infine, non si tiene adeguatamente conto che, specialmente nel « mondo del diritto », l'indagatore ha rapporti diretti non con « fatti », ma con « enunciati fattuali ». Come « una delle ricorrenti illusioni della scienza del diritto è di avere a che fare direttamente con la realtà, [mentre] ... essa parla della realtà, ragiona della realtà, [che] ... diviene " materiale " della scienza attraverso un processo di verbalizzazione dell'esperienza » (34), così un errore da cui rifuggire nello studio del fenomeno processuale consiste nel ritenere che la prova verta su un « fatto ». Se a livello teoretico può ammettersi che « la verità è nei fatti » (35), nel processo, dove è imprescindibile la ricerca della verità (cfr. anche art. 2 n. 73 legge-delega c.p.p.) (36), non si può andare oltre la verifica « della verità di una proposizione » (37): la prova in quanto tale, quindi, non riguarda un « fatto », ma un « asserto ». Essa (precisando la nozione introdotta *supra*, § 2) va intesa, *in senso lato*, come « quel meccanismo, quell'insieme di elementi ed attività aventi la funzione di consentire l'accertamento della verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum* » (38).

(33) G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., p. 43.

(34) R. ORESTANO, *Azione in generale*: a) *storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 812.

(35) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, Prato, 1886, § 900, p. 201.

(36) Conformemente all'uso prevalente nel linguaggio processualistico (per il quale v., ad esempio, anche i richiami operati *infra*, nt. 128 e 133), va rilevato che nel contesto del presente lavoro il termine « verità » — quando si trova correlato appunto a quelli di « ricerca », « accertamento », e ad altri simili — concerne essenzialmente la ricostruzione fattuale. Ciò, peraltro, non esclude né un suo eventuale impiego anche in riferimento alla soluzione delle questioni relative all'individuazione della norma da applicare nel caso concreto (come infatti risulta pure da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 21 e *passim*) né il riconoscimento che la « verità » riguardante la *quaestio facti* è pur sempre connessa a quella inerente alla *quaestio iuris* (per ulteriori approfondimenti a tale proposito, impossibili in questa sede, cfr., volendo, G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 70 ss.).

(37) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., § 900, p. 201.

(38) G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 89-90, mentre alla p. 100 viene chiarito che la « prova in senso lato » è il *genus* al cui

Nonostante sia impiegata sovente nel linguaggio comune, risulta pertanto scorretta, se interpretata alla lettera, la locuzione « prova di un fatto » (39), giacché non si può provare un « fatto » *a posteriori*, ma è se mai possibile esperirlo o constatarlo al momento del suo verificarsi.

Parimenti è fuorviante ed inesatto parlare di « prova della verità dei fatti » (40) ovvero di « prova della affermazione (della verità) del fatto » (41). Ambedue queste terminologie obliterano che non esistono « fatti veri » o « fatti falsi »: un fatto « è » o « non è »; soltanto la sua enunciazione può essere « vera » o « falsa » (42). Caratteristica di un fatto che si sostiene accaduto nel passato può essere la sua esistenza, ma non la sua verità.

Le espressioni « prova di un fatto » e « prova della verità di un fatto » possono dunque reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di « prova della verità dell'affermazione di esistenza di un fatto ».

D'altronde, se attraverso il processo si cerca di ottenere (compatibilmente con gli altri valori da esso coinvolti: v. *infra*, § 7) una ricostruzione fattuale il più possibile approssimata alla « realtà » (43), al-

interno vanno distinte le *species* della « prova in senso stretto » e dell'« indizio » (ormai generalmente riconosciuto come sinonimo della locuzione « presunzione semplice »: v., per tutti, V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nss. D. I.*, XIII; Torino, 1966, p. 771; V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, p. 29 ss.).

Per l'inclusione in siffatto *thema probandum* pure di affermazioni concernenti circostanze utili per la valutazione di fonti e/o mezzi di prova, cfr., ad esempio, l'art. 194 comma 2 c.p.p., nonché *infra*, nt. 78.

(39) V., ad esempio, i rilievi di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 51 nt. 2, e di F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 4 nt. 4.

(40) G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 809.

(41) F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 51 nt. 2.

(42) F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, p. 101; V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 13 ss.

(43) Cioè caratterizzata da una plausibilità esplicativa coerente con lo stato delle risultanze proceduralmente conseguite, che la rende preferibile (in base ad una valutazione non oggettiva o statistica della sua probabilità) rispetto ad altre ipotesi ricostruttive, come evidenziato anche da P. COMANDUCCI, *La motivazione*

lora la concezione semantica della verità (44) risulta essere la teoria della verità più adeguata anche in ambito giudiziario (45): e pure per essa « le entità extralinguistiche non sono né vere né false; di tali entità non linguistiche, può essere affermata o negata la esistenza, ma non propriamente la verità o la falsità » (46).

Ed appunto perché « si può parlare di “ verifica ” solo in relazione a “ proposizioni ” » (47), ciò su cui verte ciascuna prova è dunque la verità o no di un'affermazione (48), che costituisce pertanto il vero e proprio *oggetto di prova*; così come è proprio tale *affermazione probatoria* a trovarsi in corrispondenza con ogni singola prova. D'altra parte, questa affermazione probatoria costituisce l'oggetto di prova risulta vera solo in funzione di un confron-

in fatto, infra, § 7, e da C. PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche, infra*, § 6.

(44) ... secondo cui, individuando le condizioni d'uso del termine « vero » e fornendo quindi una definizione nominale (e non reale) di « verità », « *X* è vero se e solo se *p* », dove « *p* » è « un enunciato qualunque » e « *X* » « il nome di questo enunciato » (A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* [1944], in AA.VV., *Semantica e filosofia del linguaggio* [1952], a cura di L. LINSKY, trad. it., Milano, 1969, p. 31): ad esempio, riguardo all'equivalenza « l'enunciato “ la neve è bianca ” è vero se e solo se la neve è bianca », « la concezione semantica della verità non implica nulla che riguardi le condizioni alle quali un enunciato come: (1) *la neve è bianca* può essere asserito. Essa implica soltanto che, ogni volta che noi asseriamo o rifiutiamo questo enunciato, dobbiamo essere pronti ad asserire o a rifiutare il corrispondente enunciato: (2) *l'enunciato “ la neve è bianca ” è vero*. Possiamo quindi accettare la concezione semantica della verità senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano; possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici — qualunque cosa fossimo prima. La concezione semantica è completamente neutrale nei confronti di tutti questi indirizzi » (ivi, p. 54-55).

(45) Per una recente riaffermazione, ampiamente argomentata, della necessaria applicazione in campo processuale (già sostenuta da G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 91-92 nt. 30) della teoria semantica della verità, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 21 ss., 40 ss., con riferimento anche alla soluzione della *quaestio iuris*.

(46) R. S. RUDNER, *Filosofia delle scienze sociali* (1966), trad. it., Bologna, 1968, p. 127.

(47) O. NEURATH, *Proposizioni protocollari* (1932-1933), trad. it., in *Id.*, *Sociologia e neopositivismo*, Roma, 1968, p. 59.

(48) Analoghe enunciazioni si riscontrano, per esempio, in F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile, I, Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, p. 674; G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., p. 35.

to effettuato non con un fatto, ma con un altro enunciato (ad esempio, quello ottenuto in seguito alla deposizione di un teste ritenuto attendibile o quello desunto dall'esame di un documento), verificandosi quindi che le due asserzioni coincidono. Infatti, « la prova (di un giudizio) non può consistere se non in un giudizio diverso » (49), giacché « per controllare un giudizio ne occorre un altro, a cui commisurare il primo » (50): pertanto « il controllo delle sue proposizioni protocollari il giudice deve compierlo attraverso il raffronto con altre proposizioni dello stesso tipo » (51).

4. *La concezione dialettica della prova.* — Il fatto non viene dunque mai direttamente accertato nella sua « datità ». Di esso, piuttosto, viene ottenuta una definitiva *ricostruzione* attraverso l'accertamento della verità delle contrapposte enunciazioni delle parti, costituenti la rappresentazione « storica » da ciascuna di esse offerta al giudice; per cui l'esito del processo consegue ad « un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso » (52).

Duplica è peraltro l'andamento di tale dialettica probatoria.

Da un lato, ed è l'aspetto più consueto per chi non dimentichi che *processus est actus trium personarum*, si tratta di riconoscere in linea di principio come essenziale per l'attribuzione di potenzialità persuasiva generale (53) a quel fenomeno chiamato « prova » la garanzia dell'almeno possibile (perché non coercibile e liberamente rinunciabile dall'interessato) intervento delle parti nella formazio-

(49) F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 129.

(50) F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 6.

(51) V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, cit., p. 6-7.

(52) G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 93.

(53) Ormai non più coincidente, nel sistema del 1988, con l'esistenza dell'esperimento probatorio, appunto perché la potenzialità persuasiva di quest'ultimo non viene sempre riconosciuta operante nei confronti di tutti i soggetti del procedimento e per l'intero suo arco, potendo inoltre essere limitata anche negli « oggetti » su cui incidere (per esempio, l'art. 500 comma 3 c.p.p. riduce da « pieno » ad « indiretto » l'uso di talune dichiarazioni predibattimentali, consentendolo soltanto per stabilire la credibilità del dichiarante): come più ampiamente illustrato *infra*, § 7.

ne dell'elemento conoscitivo costituendo ovvero nell'adduzione al procedimento di quello inevitabilmente precostituito, « quanto meno si sia disposti a concepire la verifica del fatto di reato, asserito in accusa a titolo di ipotesi, come una indagine rimessa *in toto* al magistrato procedente e obbiettivamente avulsa da ogni contributo di parte, e quanto più, viceversa, si riconduca la medesima ad una complessa attività di ricerca che affidi la bontà dei suoi risultati al fatto di svolgersi nella forma del contraddittorio e cioè ponendo il proprio fulcro nella cooperazione delle parti e del giudice » (54). In quest'ottica (55) può quindi parlarsi di *dialettica probatoria esterna*, in quanto il riferimento dialogico trova una sua manifestazione nel contesto della stessa « scena » processuale, dove si rende palese l'intenzione di considerare lo « scambio di proposte, di risposte e di repliche; [l']incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controspinte, di attacchi e di contrattacchi » (56) alla stregua del metodo più congruo al migliore assolvimento della funzione giurisdizionale. Attualmente, poi, in forza dell'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p., il giudice che sia « sordo all'argomentazione ... — rifiutando di soppesare le ragioni del pro e del contra — si espone al controllo tecnico, in sede di impugnazione e quindi alla censura » (57), perché « un fatto non entra logicamente nel processo, cioè non acquista in

(54) O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, Milano, 1974, p. 33-34.

(55) ... secondo la quale « l'uguaglianza nel contraddittorio ... è ad un tempo un valore logico e un valore etico » (G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, p. 26), così sintetizzando l'affermazione che « il principio dell'uguaglianza è conforme ad un codice etico, che garantisce " la giusta condotta nel dialogo », mentre il principio della divisione della conoscenza obbedisce ad un codice logico, in quanto costituisce una condizione ... per la conoscenza della verità » (*ivi*, p. 22).

(56) P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo* (1952), in Id., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 123.

(57) G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito* (Relazione svolta nell'ambito della II Sezione — dedicata al tema « La prova nel nuovo processo penale » — del II Congresso Italiano di Diritto Penale, tenutosi a Gardone Riviera nei giorni 10-13 ottobre 1991), § 9, p. 40 del dattiloscritto, dove si aggiunge (*ivi*, § 9, p. 41) che soltanto « attraverso la comunicazione intersoggettiva, si arriva a trasformare " l'opinione " delle parti nel " sapere " del giudice ».

esso carica significativa, se non in quanto è posto in relazione con entrambe le posizioni giuridiche sostenute dalle parti » (58).

D'altro lato, ci si riferisce a quel movimento che, presente nello svolgimento processuale ma non evidenziato da una sua espressione immediatamente esteriore, può considerarsi afferente alla cosiddetta *dialettica probatoria interna*. Con tale denominazione si sposta l'attenzione sul procedimento conoscitivo impiegato dall'organo procedente, il quale determina il proprio convincimento attraverso un succedersi dialettico di decisioni parziali, poiché « è attraverso una serie di sistemazioni intermedie che si raggiunge la sistemazione finale » (59), mentre « l'esercizio d'una attività probatoria ulteriore deve fare i conti con lo stato cui è giunta l'istruttoria medesima » (60). È lo stesso legislatore, ad esempio, ad evidenziare come la ricerca giudiziale, sulla base delle successive ipotesi di lavoro prospettate, proceda « per tentativo ed errore », definendo inizialmente l'ambito d'indagine (art. 190 commi 1 e 2, 495 comma 1 c.p.p.) e successivamente provvedendo ad una sua modifica realizzantesi, secondo i casi, con un ampliamento (art. 495 comma 4, 507, 519 comma 2, 523 comma 6, 603 c.p.p.) o con una restrizione (art. 190 comma 3, 495 comma 4 c.p.p.) delle attività istruttorie.

I contorni della regudicanda, quindi, saranno tanto più precisati quanto più ci si avvicinerà alla conclusione delle acquisizioni probatorie, che allora termineranno quando ulteriori attività saranno reputate inutili perché o non farebbero che ribadire elementi già acquisiti o concernerebbero aspetti fattuali giudicati inconferenti in relazione all'oggetto della ricerca. Opportunamente, peraltro, il legislatore contempla che, prima di emanare qualsiasi ordinanza comportante il diniego di acquisizioni probatorie, sia attuato il contraddittorio tra le parti (art. 190 commi 1 e 3, 495 commi 1 e 4, 603 comma 5 c.p.p.), le quali potranno così contrastare la riduzione del procedimento conoscitivo a vero e proprio « cerimoniale tautologi-

(58) A. NASI, *Fatto: c) giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 980.

(59) J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine* (1939), trad. it., Torino, 1965, p. 178.

(60) G. DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Milano, 1951, p. 7.

co » da cui venga esclusa la possibilità di ottenere risultanze probatorie difformi da quanto « desiderato ».

Dai caratteri fondamentali della ricostruzione giudiziale del fatto finora esposti emerge dunque che la concezione dialettica qui presentata riesce ad evitare i limiti connessi all'accoglimento esclusivo della teoria della prova come dimostrazione. Rimane da chiarire brevemente come essa non confligga né con la garanzia che la soluzione della controversia miri all'attuazione della legge nel caso concreto né con l'esigenza di mantenere alla prova « quella rigosità scientifica necessaria perché si possano, in sede tecnica, utilmente assumere le nozioni acquisite nell'ambito della teoria generale » (61).

Per un verso, il rilievo accordato all'aspetto argomentativo-retorico nello svolgimento delle attività processuali non significa abbandono delle stesse ad istanze soggettivistiche ed emotive né rifiuto di applicare i risultati dell'epistemologia scientifica contemporanea in relazione ai criteri (62) impiegabili per suffragare il passaggio inferenziale dagli elementi conoscitivi introdotti nel processo alle conclusioni circa la loro efficacia a fondare la decisione, bensì intende rendere consapevoli dell'ineliminabile momento « in cui si esprimono (né potrebbero evitarlo) le soggettività del giudice e delle parti, offrendo, nell'ambito delle relative competenze, il proprio contributo di ricerca e di scelta degli elementi considerati necessari per la migliore ricostruzione del fatto: sottolineandosi ... che le tesi contrastanti assumono rilevanza come tali solo perché inserite all'interno delle coordinate dell'ordinamento giuridico, sulla cui base soltanto si richiede che venga loro riconosciuta la legittimità » (63). Per l'altro, la concezione dialettica della prova implica

(61) M. PISANI, *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 460.

(62) Essi sono individuati da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 40-41 e 129, nella « coerenza » della ricostruzione giudiziale con gli elementi gnoseologici acquisiti al processo e nella « accettabilità giustificata » di quest'ultima in forza della sua capacità esplicativa, secondo quanto già accennato *supra*, nt. 43.

(63) G. UBERTIS, *Prova: II) teoria generale del processo penale*, in *Encic. giur. Treccani*, XXV, Roma, p. 3 (in corso di pubblicazione).

non di svalutare gli eventuali apporti scientifici ritenuti necessari nel corso delle indagini, ma di riconoscere che un loro adeguato apprezzamento non può avvenire al di fuori del contesto selettivo-pragmatico-teleologico in cui si svolge la vicenda processuale, poiché l'« argomentazione » si trova sempre a dover prima guidare e poi vagliare l'« empiria ».

5. *Il metodo probatorio giudiziario: verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie (nonché diritto alla prova contraria).* — In ambito probatorio, tuttavia, è inevitabile un intervento legislativo riguardante la disciplina del *modus procedendi* relativo all'attività conoscitiva.

Risulta infatti impossibile « immaginare un sistema in cui il legislatore rinunci a disciplinare in qualche parte il fenomeno probatorio » (64), né un regime di completa libertà probatoria pare storicamente riscontrabile in alcuna società, salvo forse quella romana dei tempi ciceroniani (65). La mancanza di prescrizioni in argomento toglierebbe alle prove penali la loro essenziale caratteristica di « atti legittimi » (66), riducendole ad un insieme di comportamenti arbitrari « attentatorio della comune sicurezza » (67).

Il *metodo probatorio giudiziario* si trova quindi a svilupparsi lungo tre direttrici, finalizzate allo scopo « di limitare l'oggetto di prova od i mezzi coi quali eseguirsi la prova; di tracciare il relativo procedimento; di prestabilire il valore di prova » (68).

Giova peraltro precisare che la limitazione dell'oggetto di pro-

(64) E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 325 nt. 38.

(65) J. P. LÉVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours. Synthèse générale*, in *Recueils de la Société Jean Bodin, XVII (La preuve, II, Moyen âge et temps modernes)*, Bruxelles, 1965, p. 33.

(66) G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (1833), trad. it., Milano, 1882, p. 179, presentava infatti questa definizione delle « prove criminali: atti legittimi, per mezzo dei quali talune circostanze di fatto valgono a scoprire un delitto, o a dimostrare l'innocenza ». A sua volta, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., § 912, p. 215, ribadiva come « alle prove criminali si adatti sempre il predicato di atti legittimi ».

(67) G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1823-1824), II, Prato, 1842, § 1257, p. 369.

(68) E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, p. 7-8.

va e degli « strumenti » con cui conseguirne la verifica si ottiene attraverso due differenti prospettive, delle quali la prima (seppure non esente dall'esigenza che anche in tale ambito venga garantito il contraddittorio) è precipuamente ricollegabile alla dialettica probatoria interna. Essa concerne infatti tutta una serie di valutazioni dettate dall'esigenza generalmente riconosciuta di vagliare le prospettazioni probatorie (evidentemente inerenti ad asserzioni fattuali per le quali emerga il bisogno di conferma [69]) al fine di evitare la violazione dei più elementari criteri di razionalità processuale.

Ci si riferisce, cioè, a quella costellazione concettuale, carente di un adeguato approfondimento nella dottrina italiana, che si richiama alle nozioni, spesso tra loro confuse (70), di *verosimiglianza, pertinenza, rilevanza e concludenza probatorie*, per le quali occorre dunque procedere a « ridefinizioni » (71).

Anzitutto, sembra necessario chiarire che solo *verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie* esercitano i loro effetti anteriormente all'instaurazione del procedimento probatorio, mentre la *concludenza* riguarda più precisamente la fase decisoria.

Inoltre, bisogna rilevare che diverso è l'oggetto dei giudizi di *verosimiglianza e pertinenza*, da un lato, e di *rilevanza*, dall'altro.

(69) È in questo ambito di discorso che può collocarsi la regola *notoria non egent probatione*, pur rammentando che « notorietà e verità sono due cose differenti, anche se tendenzialmente tendono a coincidere » (M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette « massime d'esperienza »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 138 nt. 36), cosicché « la notorietà, di per sé, non esonera dalla prova i fatti, a cui essa s'accompagna; bensì essa potrà esimerli dalla prova in quanto, posta, come oggetto di contraddittorio, la questione sulla loro sussistenza, non sorgano contestazioni » (E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 90).

(70) V., ad esempio, pure nel contesto di alcuni tra i rari approcci definitivi al tema, V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, cit., p. 8; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, I, cit., p. 74; S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914, p. 16.

(71) Secondo U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, 1985, p. 65-66, « si ha una ridefinizione quando, rimanendo nell'ambito degli usi preesistenti, si determina in modo univoco e preciso il significato di una espressione, che in modo univoco e preciso non era usata. Si può estendere il nome di "ridefinizione" anche al caso in cui si dà a una espressione un significato che essa non ha mai avuto, ma vicino al significato o alla gamma di significati che negli usi precedenti aveva. La ridefinizione è ... oggetto di una scelta, ma trae un carattere speciale dalla detta parentela con gli usi preesistenti ».