

TRATTATO
DI
DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

GIÀ DIRETTO DA

ANTONIO CIOU FRANCESCO MESSINEO
CONTINUATO DA
LUGI MENGONI

VOLUME III, t. 2, sez. 1



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
1992

MICHELE TARUFFO
ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

UNIDADE I

Leitura obrigatoria
TARUFFO, La prova dei fatti giuridici,
Cap. VI, n. 1 e 2, p. 413-37 e 440-1

LA PROVA
DEI FATTI GIURIDICI

NOZIONI GENERALI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
1992

CAPITOLO VI ELEMENTI PER UN LESSICO DELLE PROVE

SOMMARIO. 1. Significati e sinonimi. — 2. Tipologie e distinzioni. — 2.1. Prova diretta, indiretta e sussidiaria. — 2.2. Prova diretta e contraria, positiva e negativa. — 2.3. Prova storica e prova critica. — 2.4. Rappresentazione, riproduzione, narrazione, ricostruzione. — 2.5. Altre distinzioni. — 3. Variazioni ed equivoci. — 3.1. Prove, presunzioni, indizi. — 3.2. Argomenti di prova. — 3.3. Le sommarie informazioni. — 3.4. Cognizione incompleta e unilaterale. — 3.5. Verosimiglianza, probabilità e prova *prima facie*.

1. Significati e sinonimi. — Le pur ampie considerazioni svolte nei capitoli che precedono non hanno certamente risolto tutti i problemi che riguardano il concetto di prova, anche se dovrebbero fornire le premesse per la corretta formulazione di alcuni di questi problemi. Ciò di cui — in particolare — non si è tenuto conto finora, è la circostanza che nella cultura giuridica italiana, così come anche nelle altre culture giuridiche, non si usano solitamente definizioni stabili e rigorose dei concetti che attengono alla problematica della prova. Esistono bensì definizioni e classificazioni, terminologie e tipologie, ma queste, forse perché troppo numerose o forse perché — di solito — poco rigorose, vengono usate in modo elastico e variabile, più allusivo (ed elusivo) che preciso. Nulla di male in ciò, perché teorizzazioni complesse e variabili si addicono a fenomeni, come quello della prova, assai complessi e diversificati nelle differenti culture e nei vari tipi di processo ⁽¹⁾, e per molti versi sfuggenti; sarebbe anzi errato pensare di cristallizzare la tematica della prova in definizioni rigorose e in tipologie tassative.

Tuttavia, rimane il bisogno di intendere il fenomeno della prova per mezzo di concetti attendibili, anche se non vincolanti, e di teorie o descrizioni che — senza aspirare a «chiudere» il problema — consenta-

(1) In generale sui fattori che incidono al riguardo cfr. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in Id., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, p. 79 ss. Analogamente VERDE, *Prova*. b) *Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 579 ss.

no tuttavia di muoversi con un minimo di chiarezza su un terreno così vario, vago e accidentato.

A questo bisogno si può cercare di rispondere in vari modi. Non pare il caso, tuttavia, di tentare l'ennesima definizione univoca e astratta di «prova», o di costruire l'ennesima tipologia, parimenti astratta, delle «prove». Di tutto ciò è assai ricca la letteratura in argomento nelle varie culture giuridiche, ma proprio questa ricchezza — e la conseguente incertezza e variabilità — mostrano come l'aspirazione all'univocità sia destinata ad essere delusa, mentre l'unica cosa che davvero si consegue, ma che non è utile, è l'astrattezza.

Pare invece più fruttuoso, e meno rischioso, un diverso atteggiamento, meno concettualistico e più ricognitivo (o «lessicale»), che senza alcuna pretesa di completezza o definitività cerchi di registrare — e parzialmente ridefinire — i principali significati che solitamente si conducono al termine «prova» e agli altri termini che più spesso ricorrono nel vocabolario probatorio. Ciò può anche richiedere che si prendano in considerazione alcune delle più comuni distinzioni e tipologie (non tutte, ovviamente, poiché non ne vale certo la pena), e che si presti attenzione alle più importanti variazioni che il fenomeno della prova conosce in diversi contesti processuali.

Una ricognizione dei principali significati che più spesso si conducono al termine «prova» nel contesto del processo (non può evidentemente essere qui discusso l'uso di tale termine in altri contesti) può non richiedere un'elencazione completa di usi linguistici, che sarebbe assai lunga oltre che intollerabilmente noiosa e in gran parte inutile.

Qualche chiarimento al riguardo può essere invece più rapidamente conseguito individuando, tra le molte possibili, tre distinzioni inerenti al significato di «prova» e al modo in cui tale significato viene solitamente inteso nel processo. Come subito si vedrà, queste distinzioni non sono mutuamente esclusive, poiché anzi è possibile che qualche area dell'una si sovrapponga in parte a qualche area dell'altra, e non sono neppure congiuntamente esaustive, poiché esse non sono certamente tutte e le sole distinzioni possibili, e non vi è alcuna garanzia che esse coprano tutto il campo dei significati processuali di «prova». Malgrado ciò, esse paiono abbastanza utili per individuare almeno alcuni di questi significati, distinguendoli all'interno di un campo semantico assai ampio e vago.

a) La prima distinzione si pone tra prova come *dimostrazione* e prova come *esperimento*, in analogia alla distinzione che in francese si

ha tra *preuve* ed *épreuve* (2). La lingua italiana impiega un solo termine per entrambi i significati, ma è chiaro che una cosa è la prova come dimostrazione della verità in un fatto, ed altra cosa è la prova (nel senso del galileiano «provando e riprovando») come *test* o controllo di un'ipotesi nell'ambito di una procedura sperimentale. Una terza possibilità interessante, che forse è una variante non epistemologica di «esperimento», si ha quando *épreuve* non ha il significato rigoroso dell'esperimento, ma quello della sfida, della gara, della difficoltà da superare o delle esperienze da compiere per conseguire un certo risultato (3).

Si può constatare facilmente che questa variazione di significati si ritrova all'interno della nozione processuale della prova, e che anzi un aspetto dell'ambiguità di questa nozione dipende proprio dall'oscillazione che si verifica fra questi tre significati.

Per un verso, si pensa alla prova come dimostrazione quando si dice, come si è fatto in precedenza, che la prova serve a stabilire la verità dei fatti rilevanti per la decisione (4). Qui provare significa fornire elementi per decidere che un'asserzione relativa ad un fatto è «vera» (in qualche significato del termine), e questa asserzione è «provata» quando esistono elementi idonei a dimostrare che essa è vera. Il termine «dimostrazione» non è qui usato — com'è ovvio — nel significato rigoroso che esso ha in logica o in matematica, ma nel significato più vago del senso comune, ove dimostrare vuol dire mostrare che vi sono elementi o ragioni sufficienti per assumere un'asserzione come fondata (5). In quest'area di significato si colloca appunto una delle principali accezioni di «prova» nell'ambito del processo, e probabilmente la più importante, secondo la quale si ha la prova di un fatto quando si hanno elementi di conoscenza idonei a fondare la veridicità dell'enunciazione di quel fatto.

Per altro verso si pensa alla prova come esperimento, *test* o controllo, quando la si colloca all'interno dello svolgimento dinamico del

(2) Questa peculiarità è segnalata da LANDOWSKI, *Vérité et vérification en droit*, in *8 Droit et société* 1988, p. 51. Per una sintetica ma chiara idea dei significati dei due termini, peraltro etimologicamente connessi, v. le rispettive voci in BAILLY, *Dictionnaire des synonymes de la langue française*, Paris ed. 1968, p. 242 e 463.

(3) Per l'individuazione di un significato analogo cfr. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, p. 102.

(4) V. *supra*, i Capp. I e II.

(5) Sul problema del rapporto tra concetto giuridico e concetto scientifico di dimostrazione v. cenni *supra*, Cap. V, par. 11. Sulla prova come dimostrazione cfr. UBERTIS, *op. cit.*, p. 85.

processo, e la si considera come strumento o procedura per verificare la fondatezza o l'attendibilità di tale enunciazione. Nello svolgimento del processo si muove invero da *ipotesi sul fatto* (una o più di una) e per mezzo della prova si verifica e si controlla quale ipotesi può essere razionalmente assunta come versione veritiera del fatto (6). Emerge al riguardo un complesso procedimento di *trial and error* che può per certi aspetti ricordare il procedimento di indagine scientifica, ma che comunque serve a «provare e riprovare» le ipotesi formulate sui fatti della causa. In quest'area di significato si colloca un'altra importante accezione di «prova» come strumento di verifica della fondatezza delle asserzioni relative a questi fatti (7).

Non manca infine, anche se è secondaria e marginale nell'ambito di un'analisi razionale del fenomeno probatorio, l'idea della prova come sfida o esame, come difficoltà da superare, come cimento rischioso richiesto per il conseguimento di un «premio» finale. Questa idea era presente, ed era anzi dominante, nella concezione «irrazionale» della prova come ordalia (8), come sfida fondata sulla provocazione del giudizio di Dio, come supplizio da superare per conseguire la vittoria. Essa ha cessato di essere dominante con quello che è stato analizzato come passaggio delle prove irrazionali alle prove razionali (9), ma non è uscita del tutto dall'area semantica del termine «prova». Residui consistenti ne rimangono in prove processuali come il giuramento decisorio, ma non è comunque estranea alla concezione generale della prova l'idea che si tratti di un cimento da superare per giungere all'esito finale. Queste sono certamente connotazioni irrazionali e suggestioni più letterarie che scientifiche, o reminiscenze delle epoche in cui la sola prova era il giudizio di Dio. Può tuttavia accadere che il non-giurista, e talvolta anche il giurista, associ all'idea di prova nel processo queste suggestioni o reminiscenze, forse più affascinanti — anche se meno utili — dell'analisi razionale del fenomeno probatorio.

b) Una seconda rilevante distinzione che può essere tracciata all'interno dei significati di «prova» attiene al rapporto tra la prova e il

(6) Il processo diventa allora il luogo della *mise à l'épreuve* delle ipotesi che si presentano come possibili verità sul fatto, ove la *preuve* è l'elemento che serve a decidere quale ipotesi prevale sulle altre e può quindi considerarsi «vera»: cfr. LANDOWSKI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(7) Sul processo come procedimento di formulazione, verifica e controllo di ipotesi sul fatto, cfr. il Cap. I della sez. II.

(8) Cfr. UBERTIS, *op. cit.*, *loc. cit.*

(9) Su questo passaggio v. più ampiamente, e per riferimenti, Cap. V, par. 2.3.

fatto cui essa si riferisce, e alle funzioni che la prova svolge nell'ambito di questo rapporto. Esso può essere considerato da due punti di vista diversi, anche se per molti aspetti connessi e complementari.

Il primo punto di vista si realizza collocando il rapporto prova-fatto all'interno di quello che può definirsi — per usare un'espressione ormai comune — come il *context of discovery* del processo (10). Se si guarda alla funzione che la prova svolge nel corso del processo, si constata facilmente che la prova è un fattore o un elemento di *conoscenza* che entra in un procedimento complesso, orientato verso la formulazione di un giudizio finale relativo all'attendibilità di un'asserzione (o di un insieme di asserzioni) sui fatti rilevanti per la decisione (11). Nell'ambito di questo procedimento, la prova svolge due funzioni diverse ma connesse. Per un verso, essa opera come elemento di *controllo* delle ipotesi già formulate sul fatto, secondo il modello di *trial and error* che trova spazio anche nel processo. In sostanza, la prova serve a confermare o a contraddire (se si preferisce: a verificare o a falsificare) queste ipotesi, eventualmente aggiungendosi ad altri elementi di conferma o di falsificazione di esse (12).

Per altro verso, la prova opera come *fattore di scoperta*, in quanto può servire come base per la costruzione di ipotesi nuove e diverse (più attendibili, eventualmente, di altre inizialmente formulate) sul fatto rilevante per la decisione (13). In questa seconda funzione, la forma di ra-

(10) Sul concetto di *context of discovery* applicato al processo, distinto dal *context of justification* (su cui v. più oltre nel testo), cfr., anche per riferimenti, TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, p. 214 ss., 220 ss.; UBERTIS, *op. cit.*, p. 52 ss., 55 s.

(11) Questo procedimento sarà compiutamente analizzato nella sez. II. Per uno schema sommario v. TARUFFO, *op. cit.*, p. 238 ss.

(12) Per la schematizzazione delle ipotesi sul fatto, e dei rapporti di queste ipotesi con gli elementi di prova, cfr. l'analisi svolta nel Cap. IV. I modelli ivi elaborati possono essere facilmente impiegati anche diachronicamente, ossia per configurare situazioni che si presentano nel corso del processo (e non solo nel contesto della decisione finale), tutte le volte che una prova viene posta in correlazione con una ipotesi su un fatto. Sulla formazione progressiva delle ipotesi sul fatto, e sull'uso di un particolare concetto di probabilità al riguardo, cfr. SCHUM, *Probability and the Processes of Discovery, Proof and Choice*, in *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism*, P. Tillers and E.D. Green eds., Dordrecht-Boston-London 1988, p. 213 ss. Sulla dialettica probatoria come *trial and error* v. UBERTIS, *op. cit.*, p. 95.

(13) La funzione euristica della prova è ben individuata nel concetto di «prova 3» definito da Wroblewski (di cui v. *La preuve juridique: Axiologie, logique et argumentation*, in *La preuve en droit*, Bruxelles 1981, p. 333, e *Proof in Law: Legal Language and Legal Institutions*, in 4 *Int. J. Sem. Law* 1989, II, p. 6).

giornamento che meglio si attaglia alla prova è quella dell'*abduzione*, ossia appunto della formulazione di ipotesi nuove, mirate alla «scoperta» dei fatti, sulla base degli elementi di conoscenza che man mano vengono acquisiti⁽¹⁴⁾. È la dinamica combinata del controllo e della scoperta, fondata sull'acquisizione delle prove nel corso del processo, a costituire la struttura fondamentale del procedimento che si conclude con la formulazione della decisione. In questo procedimento la prova è un *quantum* di conoscenza che entra in varie correlazioni funzionali, variabili nelle diverse fasi del procedimento stesso, con le diverse ipotesi possibili sul fatto⁽¹⁵⁾.

Il secondo punto di vista si realizza considerando il rapporto prova-fatto nel contesto della decisione finale già formulata, ossia quando è già stata (logicamente, non cronologicamente) scelta l'ipotesi sul fatto che appare più attendibile. A questo proposito torna utile l'idea di *context of justification*, non solo perché viene evocata tutte le volte che si parla di *context of discovery*, ma perché esprime bene la funzione della prova nel contesto della decisione.

Questa funzione consiste infatti, per l'appunto, nel costituire un *elemento di giustificazione* della decisione sul fatto, ovvero nel fornire elementi di conferma o di supporto razionale dell'ipotesi che viene indicata come asserzione veritiera su tale fatto⁽¹⁶⁾. In altri termini, la prova opera qui come premessa di argomenti, o meglio: di inferenze

(14) Sull'*abduzione*, o *retroazione*, come modello logico applicabile al ragionamento del giudice sulle prove, v. da ultimo BESSO MARCHESI, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, p. 1137 s., 1160; FASSONE, *Qualche altra riflessione in tema di prove*, in *Questione giuridica*, p. 721 ss.

L'*abduzione* è stata analizzata di recente, sulla scorta di Pierce, nella semiotica generale: v. in particolare AYIM, voce *Abduction*, nell'*Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, Sebeok ed., Berlin-New York-Amsterdam 1986, tome 1, p. 1 s.; BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Milano 1987, specialmente p. 45 ss., 59 ss.; SEBEOK e UMIKER, *SEBEOK, BONFANTINI e PRONI, HOROWITZ, ECO, In Il segno dei tre: Holmes, Dupin, Pierce*, a cura di U. Eco e Th. A. Sebeok, Milano 1983, p. 15 ss., 27 ss., 137 ss., 235 ss.; ECO, *L'abduzione in Uqbar*, in *Id. Sgeli specchi ed altri saggi*, Milano 1988, p. 161 ss., Cfr. inoltre PEIRCE, *Le leggi dell'ipotesi. Autologia dai Collected Papers*, tr. it., Milano 1984, p. 177 ss., 201 ss., 258 ss.

(15) Si rinvia ancora alle analisi svolte nel Cap. IV per l'individuazione delle principali situazioni al riguardo.

(16) In generale sulla struttura logica della giustificazione del giudizio di fatto cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 278 ss. Alla prova come elemento di giustificazione si riferiscono i concetti di «prova 1» e «prova 2» definiti da Wroblewski (nei luoghi indicati nella n. 13).

giustificative che mirano a convalidare la scelta di tale ipotesi. A seconda dei casi, la prova può fondare argomenti che giustificano il rifiuto di un'ipotesi sul fatto, o argomenti che giustificano l'accettazione dell'ipotesi sul fatto. Il modello ideale della giustificazione «completa» della decisione sul fatto ricomprende anzi sia gli argomenti che fondano l'ipotesi adottata come vera, sia gli argomenti che falsificano le ipotesi scartate, ed entrambi i tipi di argomento dovrebbero essere fondati su prove. In ogni caso, la funzione delle prove consiste qui nel giustificare (ossia nel fornire elementi per ritenere fondate) le asserzioni di fatto presentate come veritiere nella decisione finale.

Si noti che ciò non implica affatto l'adesione alla concezione retorico-argomentativa della prova, che è stata discussa e criticata in precedenza⁽¹⁷⁾. Può infatti accadere che vi siano elementi retorici anche rilevanti negli argomenti che, nel processo, si svolgono a proposito delle prove: è così in particolare nelle argomentazioni difensive svolte dagli avvocati⁽¹⁸⁾, e vi sono talvolta elementi retorici nelle motivazioni in fatto redatte dai giudici⁽¹⁹⁾. Non si può tuttavia ritenere che questi dati, contingenti e casuali, consentano di fondare una teoria della prova, e tanto meno una teoria che si proponga come l'unica capace di definire la «vera essenza» del fenomeno probatorio⁽²⁰⁾. In ogni caso, va ribadito che qui non si fa riferimento alla concezione retorica dell'argomentazione, ma alla teoria razionale della giustificazione, così come viene emergendo nelle analisi più recenti ed aggiornate del ragionamento giuridico⁽²¹⁾. Si allude, cioè, non all'argomentazione persuasiva ma alla giustificazione fondata su inferenze razionalmente controllate e controllabili. Nel contesto della giustificazione razionale del giudizio di fatto, ossia della concatenazione e della combinazione delle inferenze in funzione delle quali l'asserzione del fatto viene assunta come veritiera, la prova opera come elemento di giustificazione di questa asserzione.

La distinzione tra *context of discovery* e *context of justification* non elimina, ed anzi pone, il problema del loro collegamento. Anche nel processo si pone questo problema, posto che il procedimento di formazione e formulazione della decisione, e la giustificazione di essa nella motivazione della sentenza, appartengono al più ampio contesto rap-

(17) Cfr. Cap. V, par. 1.4., anche per i relativi riferimenti bibliografici.

(18) V. *ibidem*.

(19) Sui fattori retorico-persuasivi della motivazione, ma anche sulla loro limitata importanza, cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 202 ss.

(20) V. ancora gli argomenti svolti nel par. 1.4. del Cap. V.

(21) V. riferimenti *supra*, nella n. 97 del Cap. V.

presentato dal ragionamento del giudice. Quali rapporti vi siano, se ve ne sono, tra formulazione della decisione e motivazione della sentenza, è questione discutibile e discussa nella dottrina processualistica, che però non ha bisogno di essere qui evocata analiticamente⁽²²⁾.

Basta sottolineare, per quanto in questa sede interessa, che tale questione porta ad individuare una terza funzione della prova, che si colloca propriamente nel punto di connessione, o di cerniera, tra il contesto di scoperta e il contesto di giustificazione del giudizio sul fatto. Questa terza funzione caratterizza la prova come *elemento di scelta* dell'ipotesi che appare come la ricostruzione più attendibile tra quelle possibili, e quindi come descrizione «veritiera» dei fatti rilevanti per la decisione⁽²³⁾. Questa scelta si colloca logicamente (ma anche psicologicamente e cronologicamente) alla fine del procedimento di scoperta e prima che venga elaborata l'argomentazione giustificativa⁽²⁴⁾. Essa presuppone che nel corso del processo (ossia nel *context of discovery*) si siano formulate diverse ipotesi sui fatti rilevanti per la decisione, e su ognuna di esse (o almeno su una o alcune) si siano raccolti elementi di conferma o di falsificazione. Questi elementi sono per l'appunto costruiti dalle prove, ed è sulla base delle prove che deve essere compiuta la scelta finale. Le varie configurazioni della situazione di scelta, e il ruolo che la prova svolge nel determinare razionalmente l'opzione tra le varie possibilità, nonché i criteri per l'impiego delle prove a tal fine, sono già state oggetto di analisi a suo tempo, sicché basta qui rinviare ai relativi luoghi⁽²⁵⁾. Vale solo la pena di sottolineare la funzione essenziale che la

(22) Cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 118 ss., nel senso di una tendenziale indipendenza dei due contesti. Nel senso che tra essi esistano invece strette correlazioni cfr. UBERTI, *op. cit.*, p. 53 s.; AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, p. 216 s. La differenza di orientamenti al riguardo concerne essenzialmente l'individuazione di ciò che del procedimento decisorio si ritiene «passi» nella giustificazione della decisione, ossia nella motivazione della sentenza, e di come la previsione di dover giustificare la decisione condizioni *ex ante* la sua stessa formulazione. Poiché su questi temi non esistono verifiche empiriche, appare più prudente una tesi tendenzialmente scettica, che cioè ipotizzi qualche possibilità di rapporto tra i due contesti, ma senza affermare una loro coincidenza o corrispondenza.

(23) Sulla funzione della prova nella scelta dell'ipotesi più attendibile, e sulla possibile configurazione dei termini della scelta, v. più ampiamente *supra*, Cap. IV, par. 4.

(24) Sulla decisione come scelta v. in generale, e per riferimenti, TARUFFO, *op. cit.*, p. 215 ss. e *Id.*, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1988, par. 4, e 6.

(25) V. *supra*, Cap. IV, par. 4.

prova svolge in quanto *criterio di giudizio* e fattore di scelta tra diverse versioni dei fatti, nel momento centrale del ragionamento del giudice. In questo momento non opera più la logica dell'abduzione, perché ormai la fase della «scoperta» si ha per esaurita, e non opera ancora la logica della giustificazione, perché essa entra in gioco solo quando vi sia qualcosa da giustificare, ossia quando la decisione è già stata presa. In esso opera invece la *logica della scelta* tra ipotesi diverse, con tutta la sua intrinseca complessità derivante dalla pluralità delle opzioni e dall'individuazione dei criteri in funzione dei quali la scelta deve essere compiuta⁽²⁶⁾. Nel contesto della scelta della decisione, la prova si configura come il fondamentale punto di riferimento per la determinazione razionale dell'ipotesi più attendibile, poiché appunto è razionale la scelta a favore dell'ipotesi dotata di un grado più elevato di conferma probatoria⁽²⁷⁾, mentre sarebbe irrazionale considerare come «vera» un'asserzione di fatto non sostenuta da prove, «falsificata» da prove contrarie, o contraddetta da un'altra asserzione sostenuta da prove prevalenti.

La prova, dunque, svolge la funzione di fondamento per la *scelta razionale* dell'ipotesi destinata a costituire il contenuto della decisione finale sul fatto.

c) Un'ulteriore dimensione polisemica del termine «prova» deriva dal fatto che con esso si indicano comunemente aspetti diversi del fenomeno probatorio, sicché appunto il significato del termine cambia a seconda dei casi. Di solito ciò non crea problemi di comprensione perché il contesto consente di volta in volta di stabilire in quale accezione si parli di «prova», ma è ugualmente utile sottolineare questa variabilità semantica⁽²⁸⁾.

c. 1) In un primo significato, «prova» indica ciò che serve, o può servire, per confermare o falsificare un'asserzione relativa a un fatto della causa. Più precisamente si parla a questo proposito di «mezzi di prova» (*medios de prueba, Beweismittel*) per sottolineare che in questo

(26) In generale cfr. RODIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York 1969; GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, London 1968; TARUFFO, *op. cit.*, p. 216 ss.

(27) Per la dimostrazione di ciò v. *supra*, Cap. IV, par. 4.1 e 4.2.

(28) Analogamente, e per una ripartizione corrispondente a quella che si propone di seguito nel testo, cfr. DENRI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, p. 414. Distinzioni analoghe sono diffuse nella dottrina sulle prove: cfr. ad es. CARNELUTTI, *La prova civile*², Roma 1947, p. 236 ss.; *Id.*, *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 128, e da ultimo MANDROLI, *Corso di diritto processuale civile*, II. *Il processo di cognizione*, VIII ed., Torino 1991, p. 124.

sensu è prova ciò che serve a provare, ossia ogni elemento che possa essere impiegato per la conoscenza del fatto ⁽²⁹⁾. Il linguaggio giuridico anglosassone, a differenza di quelli europei, dispone di un termine *ad hoc*, poiché *evidence* designa — nel diritto come nell'epistemologia ⁽³⁰⁾ e nel linguaggio comune — ciò che serve da premessa o da supporto per l'asserzione di un fatto.

In questo significato del termine «prova», e non in altri, si parla ad es. di rilevanza e ammissibilità delle prove o di tipicità o atipicità delle prove ⁽³¹⁾. È da notare che in questo modo si chiama talvolta «prova» anche ciò che potrebbe essere, ma non è necessariamente, una prova in senso proprio: quando si parla di prove irrilevanti o inammissibili si usa il termine «prova» per indicare elementi che qualcuno pensava potessero essere usati come prove nel processo, ma che invece non possono essere impiegati per la conoscenza dei fatti. «Prova» designa peraltro qualunque cosa possa essere logicamente rilevante per l'accertamento del fatto, sicché appare contraddittoria la locuzione «prova irrilevante», poiché ciò che non è rilevante non è in realtà prova di alcunché, mentre non è contraddittoria la locuzione «prova inammissibile», dato che un elemento di conoscenza rilevante può essere escluso dal processo per altre ragioni previste dalla legge ⁽³²⁾.

c. 2) In un secondo significato, «prova» indica il risultato che deriva dall'acquisizione dei mezzi di prova nel processo e dalla loro valutazione da parte del giudice ⁽³³⁾. Si ha la prova, in questo senso, quando si stabilisce che l'asserzione sul fatto risulta verificata o confermata sulla base degli elementi conoscitivi disponibili. In senso lato, «prova» è qui sinonimo di «dimostrazione», o meglio, di «dimostrazione raggiunta»: si ha la prova quando il giudice stabilisce che l'asserzione sul fatto è

(29) A questo significato di «prova» possono ricondursi altre espressioni, all'incirca sinonime e diffuse nel corrente linguaggio giuridico, come «elemento di prova», «fonte di prova», e simili, anche se tra esse è possibile tracciare ulteriori suddivisioni (v. ad es. UBERTIS, *op. cit.*, p. 103 s.; e v. per tutti CARNELUCCI, *La prova civile*, cit. p. 79). Ad esso corrisponde il concetto di «prova 4» definito da Wróblewski (nei luoghi indicati nella n. 13).

(30) Cfr. ad es. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed., London 1983, p. 58 ss.; TWINING, *What Is the Law of Evidence?*, in ID., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford 1990, p. 178 ss. Per ampie analisi del concetto di *evidence* nell'ambito della teoria della probabilità cfr. ad es. BENENSON, *Probability, Objectivity and Evidence*, London-Boston-Melbourne-Henley 1984, p. 23 ss., 80 ss., 205 ss.

(31) V. *supra*, Cap. V, par. 2.1 e 3.1.

(32) Su entrambi i punti cfr. Cap. V, par. 2.1.

(33) Cfr. DENIT, *op. e loc. cit.*; UBERTIS, *op. cit.*, p. 105.

attendibile. Nei linguaggi giuridici continentali questo è il significato prevalente del termine, che appunto in questa accezione viene normalmente usato senza altre specificazioni (*preuve, prueba, Beweis*). Nei sistemi di *common law* esiste al riguardo un termine apposito: *proof* indica appunto la conseguita conoscenza del fatto sulla base dell'*evidence* disponibile, ed entra in tutte le locuzioni (come ad es. *burden of proof*) che alludono alla conoscenza o alla dimostrazione giudiziale del fatto, invece che agli elementi potenzialmente utili per conseguirla ⁽³⁴⁾.

In questo significato del termine, e non in altri, si parla ad es. di onere della prova, di valutazione della prova, di esito della prova, di fatto provato. Nella stessa area semantica rientrano le locuzioni che hanno in vario modo a che vedere con il risultato della prova, come ad es. nella distinzione tra prova legale e prova liberamente valutabile, o quando si discute del valore o dell'efficacia della prova.

Nello stesso significato, è propriamente prova solo quella che ha esito positivo, ossia quella che produce effettivi elementi di conferma o falsificazione dell'asserzione sul fatto. La «prova fallita» (ad es. nel caso in cui il teste non ricorda o non dice nulla di utile) non è in realtà una prova nel senso che qui si considera. Dal che si deduce che non vi è alcuna necessaria corrispondenza tra ciò che costituisce prova nel primo significato del termine (ossia «mezzo di prova») e ciò che è prova nel secondo significato (ossia «conferma dell'enunciato sul fatto»).

c. 3) In un terzo significato, infine, «prova» indica il collegamento che si instaura tra la prova nel primo e nel secondo dei significati appena esaminati, ossia — in sostanza — tra mezzo di prova e conferma dell'asserzione sul fatto. Al riguardo i vari linguaggi giuridici non dispongono di termini sinonimi abbastanza precisi e specifici: neppure il lessico probatorio dei sistemi di *common law* ha un termine *ad hoc* per indicare la connessione tra *evidence* e *proof*.

Forse ciò dipende dal fatto che questa connessione esiste ed è inevitabile, e non può non rientrare nel significato di «prova», ma non è univocamente e precisamente individuata come aspetto autonomo del fenomeno probatorio.

In via di prima approssimazione se ne possono individuare due versioni, diverse ma entrambe presenti nell'ambito dell'impiego giudiziale della prova.

Un primo collegamento tra prova come elemento di prova e prova come dimostrazione del fatto è di carattere logico e gnoseologico: si

(34) Cfr. ad es. EGGLESTON, *op. cit.*, p. 10, 39, 103 ss., 116 ss., 129 s.

tratta infatti dell'inferenza, o della catena o serie di inferenze, in funzione delle quali l'elemento di prova diventa la premessa (o la giustificazione) dell'attendibilità dell'asserzione sul fatto ⁽³⁵⁾. In questa accezione, «provare», o «dare la prova», e simili, attingono al procedimento logico mediante il quale la prova-conclusione (*proof*) viene fondata sulla prova-premessa (*evidence*) o viene da questa derivata. «Prova» è allora l'inferenza probatoria, ossia il ragionamento con cui il giudice stabilisce che il fatto è provato sulla base degli elementi di prova di cui dispone.

Si noti d'altronde che tale ragionamento ha due aspetti, o segmenti: l'uno è *euristico*, in quanto il giudice «scopre» o «trova» la prova del fatto partendo dagli elementi di conoscenza di cui dispone, l'altro è *giustificativo*, in quanto la prova del fatto viene supportata da argomenti che si fondano su questi elementi di conoscenza.

Il secondo collegamento tra elementi di prova e dimostrazione del fatto è giuridico e operativo: esso si instaura *nel processo* in quanto occorre in esso acquisire le prove (= i mezzi di prova) per derivare da esse, e fondare su di esse, la decisione sul fatto ⁽³⁶⁾. Da questo punto di vista «provare» indica tutte le attività che parti e giudice — ma soprattutto le parti — pongono in essere per introdurre nel processo, con le modalità e i controlli che la legge prevede e disciplina, gli elementi di prova destinati a costituire il fondamento della decisione in fatto. La prova è dunque oggetto di *assunzione* o di acquisizione, e si parla di *presentation of evidence* per indicare le attività che nel processo consentono di porre gli elementi di prova come oggetto di considerazione da parte del *trier of fact*. Qui si ha dunque un *procedimento* nel senso processuale del termine, mediante il quale la prova «si forma» o «viene ad esistenza» come dato giuridico, ossia come elemento del processo e come base legittima della decisione sul fatto. E attraverso questo procedimento, in altri termini, che dati conoscitivi «brutti» preesistenti diventano «prove» nel senso giuridico del vocabolo, o che si creano «prove» *ad hoc*, ossia specificamente destinate alla conoscenza dei fatti di quella causa ⁽³⁷⁾.

L'analisi delle polisemie del termine «prova», e delle locuzioni sinonime in cui esso compare, potrebbe proseguire ben oltre gli accenni ora svolti. Lo scopo di queste pagine non è però di fornire un'elencazione completa dei possibili usi del termine, né una completa ricognizione

(35) Per l'analisi di queste inferenze v. ancora il Cap. IV, nei par. 1., 2. e 3.

(36) Per questo significato di «prova» cfr. DENTI, *op. e loc. cit.*

(37) Su questo procedimento v. più ampiamente *supra*, Cap. V, par. 2.2.

dei suoi usi reali, ma solo di mostrare come i significati di «prova» siano vari, e come l'uso del termine possa slittare più o meno consapevolmente dall'uno all'altro di essi. D'altra parte, le tre distinzioni accennate consentono di individuare diverse aree semantiche di «prova», tra le quali si trovano i significati più importanti e più diffusi del termine. Queste aree semantiche non sono forse tutte quelle possibili, e d'altronde ognuna di esse può essere soggetta ad ulteriori suddivisioni, ma esse possono bastare per delineare sommariamente il significato del termine «prova» e di alcuni suoi equivalenti o derivati.

2. *Tipologie e distinzioni.* — La prova è stata da sempre, forse più di ogni altro istituto del processo, oggetto di classificazioni, di distinzioni, di tipologie miranti ad introdurre un ordine categorico, o almeno una mappa utilizzabile di concetti, in un fenomeno per molti versi sfuggente e segnato da infinite variazioni nelle sue manifestazioni concrete. La storia della prova è per molti versi la storia delle classificazioni usate per analizzare le prove ⁽³⁸⁾, ed in particolare la storia dei tentativi di costruire una tipologia di criteri diretti a determinarne o a predeterminarne l'efficacia ⁽³⁹⁾. Le classificazioni usate per costruire teorie delle prove sono anzi indici significativi della cultura e dell'atteggiamento metodologico dei giuristi che se ne occupano: così ad es. non stupisce che un autore legato al metodo dell'esegesi, come Lessona, riduca a poche barrute l'apparato teorico-classificatorio che impiega nell'opera pure imponente dedicata alla teoria delle prove ⁽⁴⁰⁾. All'estremo opposto, una dottrina che si ispira alle forme del barocco coloniale può produrre ancora in anni recenti una classificazione delle prove fondate su non meno di tredici diversi criteri, senza escludere peral-

(38) V. al riguardo il sintetico ma illuminante panorama tracciato da LEVY, *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*, in *La preuve en droit*, cit., p. 27 ss.; ID., *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age*, in *La preuve*, Rec. Soc. J. Bodin, XVII, Bruxelles 1963, p. 148 ss.

(39) Cfr. LEVY, *Les classifications*, cit. p. 35 ss., 38 ss.; ID., *Le problème de la preuve*, cit., p. 150 ss. Tra le tipologie delle prove, famosa ed influente fu quella di Bentham, fondata su otto distinzioni (cfr. il *Traité des preuves judiciaires*, redatto da Dumont, Paris 1823, Tome I, p. 24 ss.).

(40) Si tratta, infatti, solo delle distinzioni tra prova precostituita e semplice, *affirmator* e *levior*, piena e semplice (v. ID., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario italiano*, Firenze 1909, vol. I, p. 87, 137, 496, 505 ss.). Ovviamente i concetti usati da Lessona sono ben più numerosi, e sono tratti dalle classificazioni tradizionali nella storia delle prove; ciò che rileva è che essi non vengono teorizzati e ricondotti a «sistemi».

tro che ulteriori distinzioni possano esser fatte (41). Tra l'estremo della povertà teorica e quello del delirio classificatorio si colloca una indeterminata possibilità di tipologie e distinzioni, in gran parte esplorata dalle varie culture giuridiche (42) ma pur sempre indeterminata, e variabile in funzione dei momenti storici e delle coordinate culturali in cui si pone il problema della prova (43).

Ciò produce due importanti conseguenze. La prima è che appare impossibile, praticamente ma anche sul piano dell'analisi teorica, dar conto di tutte le possibili classificazioni e tipologie relative alla prova. La seconda è che non esiste, al riguardo, la classificazione o la tipologia ideale o perfetta, idonea cioè a fornire distinzioni o definizioni assolute e definitive. Il lessico della prova è dunque irrimediabilmente aperto, variabile ed ambiguo, e sfugge ad ogni tentativo di ricognizione o di ricostruzione sistematica che pretenda di coglierne ed esaurirne tutti gli aspetti.

Tuttavia, ciò non esclude l'opportunità di impiegare qualche tipologia e qualche distinzione, allo scopo di individuare qualche aspetto rilevante della teoria della prova. La sola avvertenza che al riguardo va fatta è che ogni scelta al riguardo è largamente discrezionale, se non arbitraria, perché mira semplicemente a mettere in evidenza ciò che si ritiene più importante, ed è sempre incompleta, poiché necessariamente omette di esaminare molte cose, che altri forse potrebbero considerare importanti.

2.1. Prova diretta, indiretta e sussidiaria. — Tra le distinzioni che riguardano le prove, la più importante tra quelle che qui vale la pena di richiamare (44) è con ogni probabilità quella che si pone tra *prova diretta* e *prova indiretta*. Si tratta di una distinzione corrente e risalente, che si ritrova con varie formulazioni e con vari nomi in tutte le culture giuridiche (45), e che esprime le due modalità fondamentali con cui può

(41) Cfr. DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, I, Buenos Aires 1970, p. 519 ss., 549.

(42) V. infatti le decine di saggi riuniti nei volumi XVI-XIX dei *Rec. Soc. J. Bodin* sul tema *La preuve*, cit.

(43) Per analoghe considerazioni cfr. VENDÉ, *op. cit.*, p. 603.

(44) Secondo BENTHAM, *op. cit.*, p. 32, questa è anzi l'unica vera distinzione che si può tracciare nell'ambito delle prove.

(45) Così ad es. nella dottrina tedesca si parla di *unmittelbar* e *mittelbar Beweise* (cfr. per tutti JAUERNIG, *Zwitsprozesrecht*²², München 1988, p. 175) o di *unmittelbar Beweise* e *Indirektbeweise* (v. ad es. ARENS, *Zwitsprozesrecht*²³, München 1984, p. 180).

sussistere il rapporto tra la prova e il fatto che deve essere provato. Anche nella nostra dottrina questa distinzione è comune e diffusa (46), essendovi stata introdotta per derivazione dalla dottrina tedesca (47).

Il fatto che essa rappresenti un luogo comune non implica però che il suo significato sia chiaro ed uniforme; proprio nella dottrina italiana, anzi, la definizione di prova diretta e prova indiretta è particolarmente incerta e poco perspicua.

L'origine del problema deriva a sua volta dalla dottrina tedesca della fine dell'Ottocento, essenzialmente per il tramite della *Prova civile* di Carnelutti, e consiste nel non chiaro criterio che si impiega per tracciare la distinzione. Carnelutti pone in modo particolare l'accento sulla *percezione* del giudice in relazione al fatto da provare, distinguendo a seconda che il giudice percepisca direttamente quel fatto, o percepisca un altro fatto dal quale si può risalire al primo; in base a questo criterio colloca tra le prove dirette la testimonianza e il documento, e tra le prove indirette le presunzioni e gli indizi (48). Questa distinzione è però vaga e poco attendibile (49): vaga perché si fonda su qualcosa di generico e indeterminato come la «percezione» del giudice (50); poco attendibile perché non è vero che ascoltando una deposizione testimoniale o

ZEISS, *Zwitsprozesrecht*⁵, Tübingen 1982, p. 1598), e nella dottrina di lingua spagnola si parla di *pruebas directas* e *indirectas* (v. per tutti DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, I, p. 519 ss.; RAMOS MENDEZ, *Derecho procesal civil*⁶, I, Barcellona 1990, p. 535).

Nella teoria delle prove anglosassone la distinzione corrispondente è tra *direct* e *circumstantial evidence* (v. per tutti LEMPERT-SALTZBURG, *A Modern Approach to Evidence. Text, Problems, Transcripts and Cases*, St. Paul, Minn., 1977, p. 142; LILLY, *An Introduction to the Law of Evidence*⁷, St. Paul, Minn., 1987, p. 43 ss.; CROSS-TAPPER *Cross on Evidence*⁸, London-Dublin-Edinburgh 1990, p. 20 ss.; KEANE, *The Modern Law of Evidence*⁹, London-Edinburgh 1989, p. 10 ss.).

(46) Al riguardo sono inuttili le citazioni, poiché tutti i manuali, recenti e meno recenti, la riportano: v. per tutti, e per riferimenti, MANDRIOLI, *op. cit.*, II, p. 137.

(47) Questa derivazione è evidente ad es. in CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. p. 64, e in CHOVENDA, *Principii del diritto processuale civile*, rist. Napoli 1965, p. 813.

(48) Cfr. ID., *op. cit.*, p. 64 ss., 69 ss., 73 ss., 79 ss.; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1936, I, p. 677. Analogamente ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Novis. Dig. I.*, XIV, Torino 1967, p. 269.

(49) Lo stesso Carnelutti la riasamina criticamente in un momento successivo (in *Diritto e processo*, cit., p. 128) ma senza fornire una definizione più rigorosa dei due termini.

(50) Carnelutti, nei luoghi della *Prova civile* indicati nella n. 48, parla ripetutamente della «percezione» e della «percezione diretta», talvolta per distinguere dalla «deduzione», ma non analizza mai il concetto di percezione, come se esso fosse semplice ed intuitivo, limitandosi a sottolineare che esso non ricomprende solo la vista, ma

leggendo un documento il giudice abbia la «percezione diretta» del fatto da provare⁽⁵¹⁾; in realtà una prova diretta in questo senso si ha soltanto nel caso dell'ispezione giudiziale⁽⁵²⁾, ma allora la distinzione diventa pressoché inutile, e lascia nel vago tutte le altre prove⁽⁵³⁾.

Da questi rilievi non discende tuttavia l'inutilità o l'infondatezza della distinzione generale tra prova diretta e prova indiretta, ma solo la constatazione che, nei termini appena richiamati, essa è stata mal formulata. È chiaro infatti che la «percezione» del giudice, soprattutto se non viene definita e analizzata, o viene male intesa, non è un buon criterio di distinzione. Ciò non toglie però che tra prove dirette e prove indirette si possa fondatamente e razionalmente distinguere, una volta che si adotti un criterio di distinzione chiaro e preciso.

Un criterio di questo genere può essere individuato analizzando il rapporto tra prova e fatto non in base ad elementi vaghi ed incerti come «la natura» della prova e «la percezione» del giudice, ma guardando al modo in cui quel rapporto viene a porsi nel processo e nel contesto della decisione.

Da questo punto di vista occorre distinguere tra il fatto da provare, ossia il fatto giuridicamente rilevante da cui dipende direttamente la decisione⁽⁵⁴⁾, e l'oggetto della prova, ossia il fatto di cui la prova fornisce la dimostrazione o la conferma. La definizione di questo fatto avviene in via ipotetica nel momento in cui la prova viene dedotta e assoggettata al giudizio preliminare di rilevanza⁽⁵⁵⁾; lo stesso fatto viene poi asserito come vero, dopo l'assunzione e la valutazione della prova, se il relativo enunciato appare credibile in quanto confermato dall'esito della prova. In questo senso l'oggetto della prova è propriamente l'asserzione fattuale su cui la prova verte, ossia ciò che la prova è in grado di dimostrare: si tratterà allora della dichiarazione di un teste, del contenuto di un documento, delle cose viste in sede di ispezione, e così via.

anche il tatto, l'udito, il gusto e l'olfatto (*ivi*, p. 84), e a definire «percezione tecnica» quella del perito (*ivi*, p. 85 ss.).

(51) V. infatti lo stesso CARNELUTTI in *Diritto e processo*, cit., loc. cit.

(52) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 64, 71.

(53) È dubbio d'altronde, secondo taluno, che quando si ha diretta percezione del fatto si possa propriamente parlare di prova: al riguardo v. già la discussione di CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 66 ss., e da ultimo la convincente analisi critica di VERDE, *op. cit.*, p. 604.

(54) Sull'individuazione di questo fatto, e i relativi problemi v. sopra, il Cap. II.

(55) Cfr. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, p. 34 ss., 54 ss.

La prova potrà definirsi come diretta o indiretta a seconda del rapporto che si pone tra il fatto da provare e l'oggetto della prova (o meglio: tra i fatti che sono asseriti nelle due enunciazioni). Si ha prova diretta quando le due enunciazioni hanno ad oggetto lo stesso fatto, ossia quando la prova verte sul fatto principale. La terminologia anglosassone dispone a questo proposito di un vocabolo specifico: si definisce infatti *material* la prova che ha ad oggetto il fatto giuridicamente rilevante⁽⁵⁶⁾. E cioè prova diretta quella che verte direttamente sul fatto da provare.

Si avrà invece prova indiretta quando questa situazione non si verifica, ossia quando l'oggetto della prova sia costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione⁽⁵⁷⁾. A ben vedere, quando si ha questa differenza possono verificarsi due situazioni: a) il fatto posto ad oggetto della prova non ha alcuna connessione logica o conoscitiva con il fatto da provare: i due fatti non sono solo diversi, ma sono anche completamente privi di qualsiasi correlazione significativa. In questo caso, si ha una prova inutile, che andrebbe preliminarmente esclusa, ovvero una prova inutile, che è stata assunta ma ha prodotto un risultato che non serve ai fini della decisione sul fatto da provare. Una prova di questo genere non può però definirsi una «prova indiretta», e neppure una «prova» in senso proprio, poiché — sia pure in modo indiretto — la prova deve pur sempre essere capace di dire qualcosa di significativo sul fatto principale che ha bisogno di essere provato, ossia di fornire elementi di conferma o di falsificazione dell'asserzione che verte su questo fatto. b) Può invece accadere che dal fatto posto ad oggetto della prova, e da questa dimostrato «vero», si possano trarre inferenze relative al «fatto da provare», ossia elementi di conferma dell'asserzione che riguarda questo fatto. In questo caso, che in realtà ricomprende diverse

(56) Cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.; LEMPERT-SALTZBURG, *op. cit.*, p. 141 s.; ROTHSTEIN, *Evidence in A Nutshell. State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., 1981, p. 3, s.

(57) Cfr. ad es. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981, II, p. 94; MANDRIOLI, *op. cit.*, II, p. 137. Questa distinzione viene effettuata anche da Carnelutti cfr. *La prova civile*, cit., p. 64 ss., 69 ss., 73 ss., il quale sottolinea appunto che si ha prova indiretta quando occorre un passaggio logico per giungere al «fatto da provare», mentre la prova diretta non implica questo passaggio. Peraltro Carnelutti fa perno, come si è segnalato in precedenza, sulla percezione del giudice, distinguendo a seconda che questa sia immediata o complessa, invece che sul rapporto oggettivo che si pone tra fatto oggetto della prova e fatto da provare ai fini della decisione.

situazioni possibili ⁽⁵⁸⁾, la prova opera come premessa di un'inferenza che ha come conclusione l'enunciato sul fatto da provare: essa ha dimostrato un «fatto secondario» che serve a stabilire, per mezzo di un ragionamento inferenziale, la verità del «fatto principale» ⁽⁵⁹⁾. La prova si definisce allora propriamente come indiretta poiché fornisce elementi di conferma dell'ipotesi sul fatto da provare, ma a questa conferma il giudice può giungere soltanto per mezzo di un passaggio logico dall'uno fatto (l'oggetto della prova) all'altro (il fatto giuridicamente rilevante).

Come è facile vedere, questa distinzione tra prova diretta e prova indiretta è funzionale e relazionale, non ontologica ⁽⁶⁰⁾. Essa non concerne, cioè, la «natura» o la «struttura» intrinseche delle prove o dei mezzi di prova, sicché nessuna prova è, in linea di principio, *a priori* e in ogni caso, diretta o indiretta. Al contrario, pressoché tutte le prove possono essere dirette o indirette, a seconda che abbiano ad oggetto il fatto da provare o un altro fatto, dal quale possano trarsi inferenze sul fatto da provare. Così una testimonianza sarà diretta o indiretta in funzione del proprio specifico oggetto, e sarà prova diretta o indiretta anche l'ispezione, a seconda che il giudice percepisca circostanze o situazioni di fatto che coincidano o non coincidano col «fatto da provare». A questa variabilità di funzione si sottraggono poche ipotesi di prove che possono considerarsi tipicamente dirette o indirette: da un lato si ha il giuramento decisorio, che, potendo avere ad oggetto solo fatti principali, può operare soltanto come prova diretta ⁽⁶¹⁾; dall'altro lato, si potrebbe dire che è tipicamente indiretta la prova per presunzione ⁽⁶²⁾, poiché essa consiste nella formulazione di inferenze che partono dal «fatto noto» per formulare conclusioni inferenziali sul «fatto ignorato». Al riguardo si potrebbe tuttavia osservare che se il «fatto ignorato», che costituisce propriamente l'oggetto della prova per presunzioni, è il fatto principale della causa, allora anche la presunzione rientra nel concetto di prova diretta, mentre bisognerebbe parlare di prova indiretta quando il «fatto ignorato», di cui la presunzione fornisce la prova, è un fatto secondario da cui bisogna trarre un'ulteriore inferenza per

(58) V. *supra*, Cap. IV.

(59) Su entrambe le definizioni v. *supra*, Cap. II, par. 2.4.

(60) In senso esattamente opposto v. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 69, differenza si spiega in quanto Carnelutti non traccia la distinzione in base al rapporto tra prova e fatto, ma analizzando la percezione del giudice (v. n. 50).

(61) V. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 85 s.

(62) Su cui v. *infra*, par. 3.1.

avere conclusioni probatorie sul fatto principale. Il gioco delle definizioni si complica, e mostra tutta la sua relatività, se si ipotizza che il «fatto noto» da cui muove l'inferenza presuntiva sia a sua volta «noto» perché provato in giudizio con altri mezzi di prova.

Al riguardo occorre anzi tener conto anche di una ulteriore distinzione, che si colloca all'interno della categoria della prova indiretta e dipende dalla natura del fatto che ne costituisce l'oggetto. Si è visto invece che si definisce propriamente indiretta ogni prova che non ha ad oggetto il fatto principale, ma un fatto secondario dal quale possono trarsi inferenze relative all'ipotesi sul fatto principale.

A questo proposito conviene tuttavia distinguere a seconda che il fatto secondario che costituisce l'oggetto della prova sia: a) un evento che fa parte del «brano di realtà» in cui rientra anche il fatto principale, con questo collegabile in via inferenziale in modo che la relativa ipotesi ne risulti confermata o contraddetta; b) una circostanza che appartiene invece alla prova del fatto principale, e consente di formulare inferenze che non riguardano l'esistenza del fatto da provare, ma la credibilità e l'attendibilità della prova ⁽⁶³⁾.

In entrambi i casi si tratta di «fatto secondario» nel senso sopra definito, ma altro è che da esso si tragga un'inferenza sul fatto principale, e altro è che da esso si tragga un'inferenza sull'attendibilità della prova che verte sul fatto principale. La prima ipotesi è quella dell'indizio tratto dalle circostanze del fatto da provare ⁽⁶⁴⁾, la seconda è quella che riguarda ad es. i rapporti tra un testimone e una parte, le capacità psico-fisiche del teste, le modalità della sua dichiarazione (reticenze, contraddizioni), oppure lo stato di un documento (come la presenza di cancellazioni o abrasioni).

In entrambi i casi si ha prova indiretta, ma nel primo di essi si ha una prova che, sia pure indirettamente, è finalizzata alla dimostrazione del fatto da provare, mentre nel secondo si ha una prova *sussidiaria* in quanto finalizzata a fondare la valutazione circa l'attendibilità di un al-

(63) La distinzione è formulata in termini generali nell'ambito dell'analisi dei problemi di *evidence and inference*. Si denomina infatti *convergent evidence* la situazione in cui diversi fatti fondano inferenze che confermano la stessa conclusione (in cui cioè ogni fatto è un elemento di prova indiretta) e *supportive ancillary evidence* la prova che verte sulla credibilità della fonte che fornisce conoscenza. Cfr. SCHUM, *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst*, I, Lanham-New York-London 1987, p. 67 ss., 215 ss., e II, p. 49 ss. Ampliamente sui problemi di critica dell'elemento di prova v. anche EGLESTON, *op. cit.*, p. 189 ss. V. anche *supra*, Cap. IV, par. 2.

(64) Sul concetto di indizio v. *infra*, par. 3.1.

tra prova ⁽⁶⁵⁾. In questa ipotesi, inverso, il fatto secondario oggetto della prova non è premessa per inferenze veritanti sui fatti della causa, ma per inferenze veritanti sulla credibilità di un mezzo di prova: in questa struttura mentalità rispetto alla prova destinata a fornire la dimostrazione del fatto consiste appunto la funzione sussidiaria di questo tipo di prova.

2.2. Prova diretta e contraria, positiva e negativa. — In termini di rapporto tra prova e fatto emerge un'altra distinzione, in base alla quale si separa la *prova diretta* dalla *prova contraria* ⁽⁶⁶⁾. Si ha cioè prova diretta quando essa mira a dimostrare l'esistenza del fatto da provare, mentre la prova contraria è quella che mira a dimostrare che quel fatto non si è verificato.

Su entrambi i termini della distinzione vale la pena di fare qualche osservazione. Sul primo è da rilevare che non è opportuno impiegare la stessa espressione per indicare due fenomeni diversi: come si è visto più sopra, «prova diretta» designa propriamente la prova che ha ad oggetto un fatto principale, non la prova che intende dimostrare esistente quel fatto. Si potrebbe d'altronde avere, sempre sovrapponendo le due distinzioni, una prova diretta-contraria, quando ad es. l'oggetto della prova sia la negazione di un fatto principale, o una prova diretta-indiretta, quando essa verta su un fatto secondario da cui può derivare l'affermazione del fatto principale, o ancora una prova diretta-diretta (diretta al quadrato?) quando essa verta sull'affermazione di quest'ultimo fatto.

Ad evitare fenomeni linguisticamente poco eleganti come questi, sarebbe forse meglio parlare di prova *positiva*, o *affermativa*, invece che di prova diretta, quando si vuole alludere alla prova che mira a confermare un'asserzione relativa al fatto principale (sicché si avranno prove positive dirette o indirette). Non vi sono analoghi inconvenienti a proposito della prova *contraria* (che a sua volta può essere diretta o indiretta) ma, se non altro per simmetria, e per maggior vicinanza a ciò che si vuol designare, si potrebbe denominare *negativa* la prova che mira a dimostrare fondata un'asserzione che nega il fatto da provare.

Sulla prova *negativa* (o contraria) vi è da osservare che essa ha una propria autonomia funzionale, e trova spazio ogniqualvolta si tratti ap-

(65) Sul concetto di argomento di prova come elemento sussidiario per la valutazione di altre prove v. *infra*, par. 3.2.

(66) Cfr. CARNELUCCI, *La prova civile*, cit., p. 237 (il quale sembra peraltro contrapporre la prova contraria alla prova «piena», rendendo così imprecisa e discutibile la distinzione) e, molto chiaramente, LIEBMAN, *op. cit.*, II, p. 95. Anche questa distinzione è assai diffusa, e ciò rende superflue ulteriori indicazioni.

punto di dimostrare che un fatto non si è verificato. Essa si definisce allora in funzione dello scopo (dimostrazione dell'asserzione che nega un fatto), non in quanto si contrapponga necessariamente, nel processo, ad una prova positiva ⁽⁶⁷⁾: di solito accade inverso che la prova negativa venga usata per contrastare prove positive, ma è ovviamente possibile che la prova negativa «stia da sola» ogniqualvolta si tratti comunque di provare la negazione di un fatto.

Al riguardo vale la pena di precisare ulteriormente che si ha prova negativa quando la negazione di un fatto rappresenta propriamente il «fatto da provare» ai fini della decisione, anche se in realtà ciò che si prova è un fatto positivo. Il problema sorge nel caso della prova negativa indiretta, ove il «fatto da provare» è l'inesistenza di un fatto, ma ciò che la prova ha ad oggetto è l'esistenza di un fatto (diverso).

Ciò accade quando la dimostrazione negativa di un fatto si consegue attraverso la dimostrazione (positiva) di un fatto con esso incompatibile ⁽⁶⁸⁾. È il problema della prova dell'alibi, con cui posso provare di *non* essere stato in un dato luogo in un certo momento, dimostrando (ad es. con testimonianze) di essere stato in un altro luogo nello stesso momento. La prova dell'alibi è positiva se si guarda al suo oggetto immediato, ma è negativa se si guarda alla funzione che svolge in ordine al «fatto principale» da provare.

Un'ultima precisazione va fatta a proposito dell'espressione «prova negativa». Dovrebbe esser chiaro che se ne propone l'uso per indicare le prove che mirano a dimostrare fondata la negazione del fatto da provare. Cosa del tutto diversa è l'*estio negativo* della prova, che si ha quando essa non produce risultati utilizzabili per l'accertamento dei fatti della causa. Fermo rimanendo che il fallimento di una prova è un non-risultato, che non dice nulla sull'esistenza/inesistenza del fatto che si trattava di provare, e quindi non ne fornisce alcuna dimostrazione negativa ⁽⁶⁹⁾, ciò che dev'esser chiaro è che un esito negativo può aversi per le prove positive e per le prove negative, ma si tratta di un'eventualità che non concerne la finalità o l'oggetto della prova.

2.3. Prova storica e prova critica. — Una delle classificazioni più diffuse nella dottrina italiana sulle prove è quella che, sulla scorta di

(67) Sulla situazione di «negazione del fatto» v. più ampiamente Cap. IV, par. 1.2.

(68) Su questa situazione v. più ampiamente Cap. IV, par. 1.3.

(69) V. più ampiamente Cap. IV, par. 1.1. e 1.2.

Carnelutti, distingue tra *prova storica* e *prova critica* ⁽⁷⁰⁾. Peraltro, alla notorietà di questa distinzione non corrisponde uguale chiarezza e perspicuità; si tratta anzi di una delle categorizzazioni meno chiare, e quindi meno utili, tra le molte che costituiscono le correnti teorizzazioni del fenomeno probatorio.

In larga misura, ciò risale a colui che ha proposto e imposto questa distinzione alla dottrina italiana, ossia Francesco Carnelutti, la cui fantasia definitoria era di gran lunga superiore al rigore analitico; in misura non trascurabile, peraltro, ciò dipende anche dalla dottrina che ha recepito la distinzione carneluttiana senza chiarirla in modo apprezzabile ⁽⁷¹⁾. Carnelutti usa infatti definizioni discutibili, ma anche diverse e variabili.

Tra le definizioni discutibili, due meritano di essere segnalate per chiarire la fragilità teorica della base su cui si fonda la distinzione in esame. La prova storica viene così definita per «il carattere della fonte, ch'è appunto il mezzo della storia, cioè la memoria dell'uomo» ⁽⁷²⁾; non è molto per giustificare la denominazione di «prova storica», e soprattutto non si tratta di una definizione precisa.

A sua volta, ma nel contesto di una contrapposizione alla prova storica definita in altro modo, la prova critica, o «logica», viene definita come «prova delle regole», senza però chiarire di quali regole si dia la prova ⁽⁷³⁾.

Esistono d'altronde, nel pensiero di Carnelutti e nella dottrina che lo recepisce, non meno di cinque diverse versioni della distinzione tra prova storica e prova critica. Vale la pena di richiamarle sinteticamente, per verificare quale sia il significato e la tenuta concettuale di questa distinzione.

Secondo una prima versione, la distinzione tra prova storica e pro-

(70) Trattandosi appunto di una terminologia estremamente diffusa, non è possibile segnalare analiticamente i luoghi in cui essa appare o viene definita o ridefinita. Cfr. ad es. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 70 s., 118.

(71) Tra i non numerosi spunti critici al riguardo v. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 270; rilevanti riserve formula anche VERDE, *op. cit.*, p. 603.

(72) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 118, ove recepisce e discute questa distinzione, ma sotto altri profili.

(73) CARNELUTTI, *ibidem*, p. 70 ss., 118, riprende questa distinzione dalla dottrina tedesca, e cerca di analizzarla, ma con esiti non felici. Sembrerebbe, ma l'A. è alquanto oscuro sul punto, che per «prova delle regole» si debba intendere la prova che implica l'uso di regole logiche, ma la stessa espressione è riferita anche alla prova delle massime d'esperienza.

va critica corrisponde alla già vista distinzione tra prova diretta e prova indiretta: la prova storica sarebbe diretta, mentre la prova indiretta sarebbe critica ⁽⁷⁴⁾. Stando così le cose, la distinzione sarebbe chiara se lo fosse quella tra prova diretta e prova indiretta ⁽⁷⁵⁾, ma sarebbe inutile complicare il linguaggio parlando *anche* di prova storica o critica. La chiarezza del discorso viene meno, però, quando si afferma che in realtà prova storica e prova critica sono sottospecie della prova indiretta ⁽⁷⁶⁾.

In una seconda versione, la distinzione verte sull'oggetto della prova, nel senso che sarebbe storica la prova che verte sui fatti, mentre sarebbe critica, come si è appena ricordato, la prova che verte «sulle regole» ⁽⁷⁷⁾. La distinzione crea problemi, perché si è abituati a pensare che tutte le prove vertano solitamente su fatti (salve le eccezionali ipotesi in cui norme giuridiche vengono provate in giudizio). D'altra parte, non è chiaro quali siano le «regole» che vengono provate per mezzo delle prove critiche: a quanto pare non si tratta di regole giuridiche; si allude invece a regole *logiche* di cui il giudice dovrebbe servirsi per giungere al giudizio sul fatto da provare. Allora, però, suona strano definire «prova delle regole» quella che il giudice può usare *per mezzo* di regole logiche, anche perché in questo caso si provano pure dei fatti, che il giudice userà come premesse per trarre conclusioni sul fatto da provare. In ogni caso, sembra che in questo modo contorto si torni ad alludere alla prova indiretta: nulla di realmente nuovo quindi, ma molte complicazioni superflue.

In una terza versione, la distinzione verte sull'attività mentale che il giudice pone in essere per utilizzare la prova: la prova storica è allora quella che implica un'attività percettiva, mentre la prova critica è quella che si risolve in una attività deduttiva (fermo restando che la prima verte su fatti mentre la seconda verte su «regole») ⁽⁷⁸⁾. La distinzione, in questi termini, non è chiara: da un lato, qualche elemento di percezione esiste in tutte le prove ⁽⁷⁹⁾; a sua volta «deduzione» è una definizione logicamente impropria del ragionamento del giudice nella valutazione delle prove, ma se con essa si intende genericamente «attività

(74) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 68 ss., 118. Analogamente CHIODA, *op. cit.*, p. 813.

(75) Tuttavia, così non è nel pensiero di Carnelutti: v. *supra*, par. 2.1.

(76) Così infatti CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, p. 683 s.

(77) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 70 ss.

(78) Cfr. ancora CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 70 s., 74.

(79) Così infatti lo stesso CARNELUTTI, *ivi*, p. 64 ss., 73.

logica», allora bisogna riconoscere che essa è richiesta da tutte le prove, e non solo da alcune. Comunque, nella migliore delle ipotesi questa distinzione è un'ennesima riformulazione, non particolarmente utile, di quella tra prova diretta e prova indiretta.

In una quarta versione, la distinzione tra prova storica e prova critica viene tracciata nel senso che la prima introduce nel processo il giudizio di un terzo che opera come *homo iudicans*: poiché «è il giudizio che serve a fare la storia», questa prova si chiama appunto «storica». La tipica prova storica è la testimonianza: il teste formula giudizi sui fatti che dichiara, e non si limita a narrarli, sicché la sua deposizione è un insieme di giudizi che, appunto, «fanno la storia»⁽⁸⁰⁾. Al contrario, la prova critica pone sotto gli occhi del giudice una *res iudicanda*, ossia una cosa che provoca il giudizio del giudice, sicché anzi questa prova «consiste in questo giudizio del giudice»⁽⁸¹⁾. In sostanza, dunque, la prova storica consisterebbe in un giudizio di un terzo, mentre la prova critica consisterebbe in un giudizio del giudice. In questa formulazione non mancano elementi di novità rispetto alle altre già viste⁽⁸²⁾, ma anch'essa suscita perplessità⁽⁸³⁾: vero è infatti che alcune prove contengono o producono «giudizi» in forma di dichiarazioni o narrazioni, ma anche su questi «giudizi» deve aver luogo l'ulteriore giudizio del giudice. Esso serve in ogni caso a valutare l'attendibilità della prova, ossia per controllare la fondatezza dei giudizi formulati, ad es., dai testimoni⁽⁸⁴⁾. Inoltre, può accadere che le dichiarazioni testimoniali o documentali siano trattate come *res iudicandae* se esse verono su fatti secondari e richiedono quindi che il giudice formuli giudizi per giungere al fatto principale.

Infine, in una quinta versione, sembra che per prova storica debba intendersi la prova che fornisce una *rappresentazione* del fatto, in quan-

(80) Cfr., anche per le citazioni testuali, CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 129 ss.

(81) Cfr. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 131 s.

(82) V. infatti CARNELUTTI, *ivi*, op. 131 n. 1.

(83) Qualche perplessità riguarda la terminologia: può stupire infatti che *homo iudicans* non sia il giudice ma il testimone, e che la *res iudicanda* non sia l'oggetto del processo, o il fatto da provare, ma l'indizio o il fatto secondario.

(84) Al riguardo CARNELUTTI, *ivi*, p. 132) rileva che una prova critica serve a valutare una prova storica, senza avvertire che in realtà ciò che crea problemi è la distinzione in sé, non l'eventuale combinazione dei suoi termini. Il «vero groviglio» di cui egli parla (*ibidem*) deriva invece dal fatto che tale distinzione è assai meno rigorosa di quanto lo stesso Carnelutti ritenga.

to capace di «eccitare l'idea corrispondente al fatto»⁽⁸⁵⁾: la prova critica, invece, è quella che non fornisce una rappresentazione del fatto, ed implica che il giudice ricostruisca indirettamente il fatto⁽⁸⁶⁾. Anche questa formulazione introduce qualcosa di diverso rispetto alle altre già viste, ma non per questo appare più precisa ed esauriente. Essa fa però infatti sull'idea di «rappresentazione», che non è chiara né sotto il profilo logico né sotto quello psicologico⁽⁸⁷⁾, e che comunque tende a far coincidere la distinzione tra prova storica e prova critica con quella tra prova rappresentativa e non rappresentativa. Ma poiché quest'ultima distinzione sembra avere maggior consistenza, quella tra prova storica e prova critica viene a perdere di significato e a configurarsi come una poco utile duplicazione.

Il fatto che questa distinzione abbia non meno di cinque diversi significati nel pensiero del suo principale autore non ne dimostra d'altronde la ricchezza teorica o l'utilità euristica, ma solo l'ambiguità e la vaghezza. Certamente in alcuni «pezzi» dei vari significati attribuiti alla distinzione tra prova storica e prova critica si colgono aspetti rilevanti ed interessanti del fenomeno probatorio. Non si può dire tuttavia che esso venga definito in modo esauriente da questa distinzione, neppure pensando a tutte le sue cinque versioni sommate assieme. Da questa somma risulta invece una tipologia confusa, con ridondanze e sovrapposizioni, con ripetizioni di altre tipologie, con distinzioni fondate su criteri eterogenei e generici, quando non inattendibili. Il fatto che le varie versioni si distribuiscono nell'arco di tempo assai lungo che va dal 1914 al 1958⁽⁸⁸⁾, nella complessa riflessione che Carnelutti ha dedicato alla distinzione in esame, non elimina questi difetti, e non impedisce di concludere che essa non contiene una teorizzazione attendibile della prova.

2.4. Rappresentazione, riproduzione, narrazione, ricostruzione. —

Tra i numerosi problemi che attingono alla natura e alla funzione delle prove, assume rilevanza quello che attiene alla «rappresentazione del fatto» da parte — o per mezzo — della prova: si pone anzi una distin-

(85) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, p. 681 ss., ove si evoca (ma non è chiaro da dove) un «principio della equivalenza percettiva».

(86) Cfr. *Sistema*, cit., I, p. 683, 711 ss. Analogamente VERDE, *op. cit.*, p. 603.

(87) V. *infra*, nel par. seguente.

(88) Ossia dalla data della prima edizione della *Prova civile* a quella delle sintetiche e conclusive osservazioni svolte in *Diritto e processo*.

In altri casi ancora, la prova non riproduce il fatto, né lo narra o lo descrive. Ciò che in questi casi viene usato come prova è qualsiasi «cosa», o qualsiasi fatto o evento, che può fungere da premessa per la ricostruzione del fatto che si tratta di provare. L'elemento di prova è tipicamente il «fatto noto» che fonda la presunzione, e la prova viene conseguita per mezzo delle inferenze che, su questa premessa, consentono di formulare conclusioni intorno al «fatto ignorato» che occorre dimostrare. La ricostruzione del fatto è l'esito finale di questo procedimento, e consta di uno o più enunciati sul fatto da provare, che vengono formulati dal giudice sulla base del ragionamento inferenziale. Naturalmente qualunque prova può essere impiegata come premessa per la ricostruzione inferenziale di un fatto: anche le prove riproduttive e narrative possono esserlo, purché il fatto che viene ricostruito sia diverso da quello che in esso viene riprodotto o narrato (così accade ad esempio quando una fotografia viene usata per stabilire le modalità di funzionamento della macchina invece che per conoscere ciò che è stato fotografato, o una narrazione testimoniale viene usata per valutare la conoscenza della lingua italiana da parte del teste). Dal che si deduce agevolmente che anche la distinzione in esame è funzionale, e non attiene alla «natura intrinseca» dei vari mezzi di prova.

2.5. Altre distinzioni. — Avendo così tracciato un tentativo di panorama critico delle principali tipologie e distinzioni che attengono alla prova, si impone l'ovvia constatazione che quelle esaminate rappresentano solo una parte alquanto ridotta delle classificazioni che vengono usualmente impiegate. Si è già detto più sopra come qualunque tentativo di completezza a questo proposito sia destinato al fallimento; dal punto di vista della mera registrazione lessicografica vale comunque la pena di ricordare i termini che vengono usati più spesso, fornendo acriticamente sintetiche definizioni ed omettendo le mere elencazioni descrittive dei vari tipi di prova. E così si può ricordare che:

— è prova *legale* quella la cui efficacia è predefinita dalla legge, mentre è prova *libera*, o liberamente valutabile, quella che è soggetta alla discrezionale valutazione del giudice ⁽⁹⁸⁾;

— è prova *tipica*, o *nominata*, quella che è espressamente prevista dalla legge, mentre è prova *atipica*, o *innominata*, quella che la legge non prevede ⁽⁹⁹⁾;

(98) V. ampiamente *supra*, Cap. V, par. 2.3.

(99) V. *supra*, Cap. V, par. 3.

— è prova *reale* quella costituita da una cosa, *documentale* quella costituita da un documento (ma qualunque cosa può essere un documento) ⁽¹⁰⁰⁾; *personale* quella che viene fornita da una persona;

— è *precostituita* la prova che viene ad esistenza prima e al di fuori del processo, mentre è *costituenda* quella che viene formata nel processo, con i procedimenti appositamente previsti dalla legge ⁽¹⁰¹⁾;

— è prova *scientifica* quella che richiede l'impiego di metodologie scientifiche ⁽¹⁰²⁾, *informatica* quella che deriva dall'impiego di tecnologie informatiche ⁽¹⁰³⁾, e *statistica* quella che deriva dall'impiego di dati e metodologie statistiche ⁽¹⁰⁴⁾.

L'elencazione potrebbe proseguire, ma pare evidente che si tratta ormai di mere definizioni lessicali, che colgono di volta in volta, con scarso rigore e nessuna pretesa di approfondimento analitico, l'uno o l'altro aspetto di questo o quel mezzo di prova. Tali definizioni sono comunque un'ulteriore conferma del fatto che la teoria delle prove è ricca di vocaboli, ma è assai povera di concetti attendibili e rigorosamente formulati.

3. Variazioni ed equivoci. — Le oscillazioni di significato della terminologia che attiene alla prova non si riducono a quelle — pur numerose — che si sono finora esaminate. Quanto si è detto nei paragrafi precedenti riguarda sostanzialmente il significato di «prova» e le principali varianti che esso conosce in diverse prospettive, ma presuppone pur sempre il riferimento a qualcosa che può essere unitariamente, anche se genericamente, definito come «prova». Il termine è anzi stato finora usato nel senso più ampio, ossia per designare in modo indifferenziato tutto ciò che nel processo può servire per la conoscenza e l'accertamento dei fatti.

Va però considerato che questa accezione generale ed omnicomprensiva di «prova» non è l'unica possibile, e di fatto non è l'unica nell'uso largamente prevalente. Esiste infatti anche un'accezione più restrittiva, secondo la quale «prova» designa solo una parte di ciò che

(100) Cfr. DENTI, *op. e loc. ult. cit.*

(101) V. *supra*, Cap. V, par. 2.2.

(102) Cfr. DENTI, *Scientificità della prova*, cit., p. 415 ss.

(103) Cfr. VERDE, *Per la chiarezza delle idee in tema di documentazione informatica*, in *Riv. dir. proc.* 1990, p. 715 ss.; DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli-Roma 1988, p. 73 ss.

(104) V. *supra*, Cap. II, par. 5.2. e Cap. III, par. 3.4.