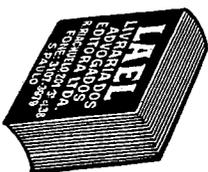


JORDI FERRER BELTRÁN

*a Laia,  
che ha visto la luce mentre scrivevo questo libro,  
e a Maribel,  
che ha reso possibile entrambe le cose*

PROVA E VERITÀ NEL DIRITTO



IL MULINO

## PROVA E VERITÀ

potrà formulare enunciati probatori con forza descrittiva e risulterà applicabile l'analisi compiuta in questo capitolo. Quando il giudice si trova dinanzi a un caso dubbio, invece, sarà possibile soltanto che risolva l'inderminatezza dell'uso sociale del termine per mezzo dell'applicazione della propria concezione valutativa e, in quest'ipotesi, è chiaro, formulerà un vero e proprio giudizio di valore (un enunciato avente forza normativa).

1. *Due modi di stabilire la relazione*

Se si vuole prestare attenzione alle numerose sfumature con le quali è stata proposta la relazione intercorrente tra prova e verità, si rende necessario stilare un lungo elenco di posizioni teoriche, esplicite e implicite. Si tratterebbe forse però di uno sforzo sterile che, una volta portato a termine, non riuscirebbe a fare molta chiarezza sulla relazione concettuale tra quelle due nozioni.

Mi limiterò, quindi, a esporre due dei modi con cui, abitualmente, è stata presentata la relazione tra prova e verità, oltre ad analizzare i problemi che essi hanno posto e le critiche cui sono stati soggetti.

Secondo la prima di queste tesi, che sostiene l'esistenza di una relazione che potrebbe chiamarsi concettuale, la verità di una proposizione è una condizione necessaria, ma non sufficiente, perché possa dirsi che questa proposizione è stata provata. Si tratta di una tesi sul concetto di prova che è già stata considerata nel capitolo precedente e che, in generale, sostiene che una proposizione è provata se è vera e se vi sono elementi di giudizio sufficienti a suo favore. Questa è stata, tradizionalmente, la concezione maggioritaria della prova giuridica [cfr., per tutti, Bentham 1823, vol. I, 30; Bonnier 1873, vol. I, 5-6], ma si può dire che oggi sia in netta decadenza, per le ragioni che verranno indicate nel paragrafo successivo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In ogni caso, vale la pena di dire che, a mio giudizio, questa tesi concettuale non è plausibile. Non credo cioè che la verità di una proposizione debba considerarsi come condizione necessaria perché questa pro-

La seconda tesi, invece, sostiene che la relazione esistente tra prova e verità è piuttosto teleologica; cioè non attribuisce alla verità alcun ruolo definitorio della prova, ma la considera l'obiettivo ultimo dell'attività probatoria [tra gli altri, Chiarloni 1987, 505 ss.; Ferrajoli 1989, 551 ss., 556]. Ciò che si sostiene con questa tesi è, quindi, che la principale finalità dell'attività probatoria è di raggiungere la verità dei fatti accaduti, la descrizione dei quali si tramuterà nella premessa del ragionamento decisorio [Summers 2000, 285 ss.]. È importante avvertire che il punto di vista rilevante è quello del legislatore o, se si preferisce, quello della teoria del processo e dell'applicazione del diritto. È chiaro, al contrario, che non si può assolutamente presupporre che questa stessa finalità del raggiungimento della verità sia condivisa dalle parti in causa o, addirittura, dallo stesso giudice o tribunale che deve prendere la decisione. Si deve certamente sottolineare che questa distinzione tra il proposito o la finalità dell'istituto (probario, in questo caso) e il proposito o la finalità dei soggetti che intervengono nel processo non è propria soltanto della prova e nemmeno dell'ambito del diritto. Così, ad esempio, nel campo della filosofia della scienza, Van Fraassen [1985, 33] afferma che

Il fine della scienza non deve, naturalmente, venire identificato con le motivazioni individuali dello scienziato. Il fine del gioco degli scacchi è quello di dare scacco matto al proprio avversario; ma il motivo per giocareci può essere dato dalla fama, dall'oro e dalla gloria.

Prima di concludere quest'introduzione, vale la pena di segnalare una differenza tra le due tesi che molto spesso si dimentica. La prima presuppone il legame tra verità e prova come risultato, cioè prende posizione sulla possibilità che una proposizione su un fatto sia provata e risulti, al tempo stesso, falsa. La seconda tesi, invece, propone una relazione tra verità e prova come attività probatoria. Se non si percepì-

posizione possa dirsi provata. Cfr. il paragrafo 3.3 del capitolo precedente per una più approfondita giustificazione a riguardo.

sce questa differenza tra le due tesi e si cade nella trappola dell'ambiguità del termine «prova», si tende a collegarle, sia per sostenerle sia per respingerle entrambe. Ai fini che qui interessano è, invece, importante percepire che le argomentazioni che si rendono necessarie per il rigetto o per la difesa dell'una o dell'altra tesi sono chiaramente differenti.

## 2. Prova e limiti processuali

Chi intende adottare una nozione generale di prova al fine di spiegare la nozione di prova giuridica [Sentis Melendo 1979, 10; Devis Echandia 1981, 9 ss.; Taruffo 1992, 351] deve necessariamente rendere conto degli aspetti specifici che il diritto e il processo, come ambito nel quale si sviluppa la prova, impongono a questa nozione. In particolare, si può ritenere che questi aspetti specifici provengono principalmente da tre tipi di limiti che non esistono in altri ambiti dell'esperienza, ad esempio in ambito scientifico. Detti limiti sono, in primo luogo, quelli imposti dallo stesso processo in quanto tale; in secondo luogo, l'istituto del giudicato e, infine, quelli imposti dalle regole sulla prova.

Il primo tipo di limiti riguarda il contesto in cui si sviluppa l'attività probatoria, al termine della quale il giudice o il tribunale devono decidere sui fatti. Questo contesto, costituito dal processo<sup>2</sup>, impone certi limiti e peculiarità alla prova, indipendentemente dalle regole specifiche che ciascuno ordinamento predisponga riguardo ad essa. In particolare, risulta molto importante il fatto che l'attività probatoria debba essere circoscritta in un lasso temporale determinato e che, conclusa quest'attività, il giudice debba decidere sui fatti della controversia facendo applicazione del diritto [Celano 1995, 149; Summers 2000, 290-291]. Inoltre, in qualsiasi processo moderno le parti hanno la possibilità di dedurre

<sup>2</sup> In realtà, si può dire lo stesso di altri tipi di prova giuridica o non giuridica, come quella del processo amministrativo. Ciò nonostante, al fine di semplificare il discorso, si farà sempre riferimento alla prova giuridica nell'ambito del processo.

mezzi di prova a favore della ricostruzione dei fatti che esse sostengono in giudizio<sup>3</sup>. A seconda dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse giurisdizioni, questa possibilità può essere più o meno ampia. La si può riservare soltanto alle parti o si può permettere l'intervento del giudice, consentendogli di disporre l'assunzione di prove non richieste dalle parti, e così via. Però, in ogni caso, indipendentemente dalle relative specifiche norme, le parti hanno sempre la possibilità di introdurre mezzi di prova in giudizio o di determinare, con le proprie allegazioni, i fatti che dovranno essere provati in giudizio [Charlioni 1987, 505, 510 ss.]. Ebbene, anche quest'aspetto è di particolare importanza, perché consente alle parti di difendere i propri interessi, che non necessariamente coincidono con la scoperta della verità<sup>4</sup>, anche attraverso la manipolazione del materiale probatorio. Questa manipolazione può essere compiuta direttamente, con la presentazione di mezzi di prova falsificati (ad esempio, una testimonianza falsa, e così via) o con la mancata deduzione di mezzi di prova che potrebbero arrecare pregiudizio per gli interessi particolari della parte, ma che potrebbero però essere utili per la determinazione della verità di quanto accaduto<sup>5</sup>, e così via.

Il secondo limite processuale che incide in modo rilevante sulla relazione tra prova e verità è l'istituto del giudicato. In una prima approssimazione, si può dire che la funzione di quest'istituto è quella di porre un limite alla discussione giuridica nell'ambito del processo. È interessante notare che que-

<sup>3</sup> Si ritiene che questa possibilità faccia parte della garanzia del diritto di difesa in giudizio. Al riguardo, si rimanda a Damaška [1986, 119 ss.]. Cfr. anche, per tutti, Taruffo [1984, 75 ss.], per la dottrina italiana; Picó i Junoy [1996, 13 ss.], per la dottrina spagnola [cfr. anche Ferrer 2002].

<sup>4</sup> Ferrajoli [1989, 555] segnala, a riguardo, che la ricerca della verità deve avere necessariamente carattere disinteressato. Si può perciò dire che l'intervento delle parti nel processo (che può evitarsi solo con l'adozione del modello inquisitorio puro) presuppone un limite all'obiettivo del raggiungimento della verità dei fatti.

<sup>5</sup> A questo punto, la possibilità che il giudice ordini d'ufficio l'assunzione di prove non richieste dalle parti può contribuire a mitigare quest'alterazione del materiale probatorio e, in tal senso, ad avvicinare la prova giuridica alla nozione generale di prova.

sto non è un limite imposto dallo stesso contesto processuale, come il precedente. Ciò significa che è perfettamente concepibile un sistema giuridico nel quale tutte o alcune controversie possano essere riproposte all'infinito e le decisioni assunte nelle istanze successive possano essere impugnate senza limiti. Un sistema come questo, inoltre, non solo è concepibile come ipotesi teorica, ma lo si può trovare in alcuni precedenti storici, nei quali si consentiva la riproposizione all'infinito di diversi processi aventi il medesimo oggetto<sup>6</sup>.

È opportuno mantenere separati i significati con cui si è soliti utilizzare l'espressione «efficacia di giudicato». Questi due significati si identificano abitualmente con le espressioni «cosa giudicata formale» e «cosa giudicata materiale». La prima di esse è la qualità, attribuita a una risoluzione giudiziale dall'ordinamento giuridico, di non essere più impugnabile, qualità che a volte viene anche detta immutabilità<sup>7</sup>. Questa inattuabilità può essere dovuta a due ragioni, e cioè: si può trattare di una risoluzione dinnanzi alla quale l'ordinamento giuridico non ammette alcun mezzo di impugnazione; ovvero può accadere che le parti abbiano lasciato trascorrere i termini per la presentazione della relativa impugnazione senza averla proposta.

La cosa giudicata materiale, invece, riguarda gli effetti che un determinato tipo di risoluzione giudiziale, la sentenza, produce in altri processi. Da un lato, esclude la possibi-

<sup>6</sup> È già molto significativo il nome che questi processi ricevevano: *lites immortales*. Al riguardo si può vedere Giuliani [1988, 527 ss.]. Anche in Unione Sovietica, per un lungo periodo successivo alla rivoluzione, si ritiene che ogni sentenza, civile o penale, potesse essere rivista senza alcun limite temporale predeterminato. Inoltre gli ostacoli alla possibilità di rivedere una decisione giudiziale fino a ottenere una soluzione certa, nella determinazione dei fatti e nell'applicazione del diritto, erano considerati un formalismo borghese inaccettabile. Cfr., al riguardo, Damaška [1986, 179]. In contrapposizione a questa caratterizzazione del giudicato, considerato come un istituto «instito nella stessa funzione giurisdizionale», si esprime Tapia [2000, 135].

<sup>7</sup> Montero Arca [1995, 72 ss.], a ragione, propone di usare l'espressione *immutabilità* per il primo significato, e riservare l'espressione di *giudicato* per la cosa giudicata materiale, in modo da evitare confusioni terminologiche. Tuttavia la Lec ha fatto proprie tanto l'espressione «cosa giudicata formale» quanto quella «cosa giudicata materiale» agli articoli 207 e 222.

lità che venga adottata una decisione futura tra le stesse parti e sullo stesso oggetto (art. 222.1 LEC). Dall'altro, nel suo aspetto positivo, il giudicato materiale «è l'effetto vincolante, in un successivo processo, spiegato dalla sentenza immutabile emessa in un processo precedente su una situazione o relazione giuridica che – senza essere la stessa che si sottopone nuovamente a considerazione – condiziona la situazione o relazione giuridica che si fa valere nel nuovo processo» [Tapia 2000, 207-208] (art. 222.4 LEC).

In ogni caso, conviene soffermarsi su tre punti importanti: l'istituto del giudicato non impedisce sempre di riproporre la discussione relativa ai fatti [Chiaroni 1987, 514], il suo ambito va oltre la determinazione dei fatti e, infine, non è l'unico limite alla possibilità di riproporre la discussione sui fatti provati nell'ambito del processo. Così, in primo luogo, in alcuni casi è possibile riaprire la questione dell'accertamento dei fatti di una controversia, anche quando sulla stessa è stata pronunciata sentenza immutabile. Ovviamente, ciò dipende dalla disciplina giuridica di ciascun ordinamento, ma non è raro, ad esempio, che si permetta la revisione di una sentenza immutabile quando si abbiano a disposizione nuove prove che possano dimostrare l'innocenza di una persona che è stata condannata penalmente. In secondo luogo, è chiaro che il giudicato possiede un ambito più ampio di quello dell'accertamento dei fatti: non si applica solo agli aspetti riguardanti la determinazione dei fatti della controversia, ma anche, se non addirittura principalmente, alla decisione relativa all'interpretazione e all'applicazione del diritto a questi fatti. Infine, in molti ordinamenti è usuale limitare, in vari modi, la possibilità di riproporre in seconda, o in successive istanze, la discussione sui fatti provati della controversia in virtù del principio di immediatezza<sup>8</sup>. In breve, ciò che si sostiene con questo principio è che il soggetto

<sup>8</sup> L'ambito che deve essere riservato al principio di immediatezza non è del tutto chiaro e, in molti casi, un'interpretazione eccessivamente ampia dello stesso ha rappresentato il sotterfugio per l'adozione di concetti estremamente irrazionali della prova, limitandosi all'ambito del dovere di motivazione e impedendo un vero controllo successivo della decisione. Cfr., per tutti, Andrés Ibáñez, [1992, 295 ss.; 2002, 4 ss.].

che si trova in una posizione migliore, dal punto di vista epistemologico, per valutare le varie prove assunte nel giudizio, sia separatamente che congiuntamente, è colui che è stato direttamente presente alla loro assunzione. Questo implica quindi un limite alla possibilità di revisione dell'accertamento dei fatti compiuto da un giudice o da un tribunale da parte di istanze superiori.

Il terzo limite alla possibilità di conoscere la verità (delle proposizioni) sui fatti nell'ambito del processo è dato dall'esistenza, in ogni ordinamento giuridico moderno, di un'aprezzabile quantità di regole giuridiche sulla prova. In tal senso, come è stato mostrato nel capitolo precedente<sup>9</sup>, sono molti gli autori che hanno sostenuto che l'esistenza di queste regole limiti o impedisca direttamente che si possa sostenere un legame più o meno stretto tra i concetti di prova giuridica e di verità. Sembra però imprescindibile svolgere un'analisi più dettagliata dei diversi tipi di regole processuali sulla prova e della loro incidenza in quella relazione al fine di non avventurarsi nella difesa di tesi generali che non si rivelino fondare in ogni caso.

Ho perciò distinto tre tipi di regole sulla prova: regole sull'attività probatoria, sui mezzi di prova e sul risultato probatorio. Come ho provato a illustrare nel capitolo precedente, i primi due tipi di regole sulla prova non impediscono che si possa attribuire valore di verità agli enunciati dichiarativi dell'accertamento dei fatti<sup>10</sup>. Nel caso, invece, del terzo tipo di regole, la risposta non può essere così semplice. In effetti, in questo insieme di regole si possono distinguere le cosiddette regole di prova legale e le regole che stabiliscono il principio di prudente apprezzamento del giudice nella valutazione delle prove. Un modo valido di

<sup>9</sup> Paragrafi 4 e 4.1.

<sup>10</sup> Vale a dire, non impediscono che questi enunciati possano essere veri o falsi. Altra cosa è che, chiaramente, possano incidere aumentando o diminuendo le possibilità che l'enunciato che si dichiara provato risulti alla fine vero, cioè che corrisponda ai fatti realmente accaduti. In questo senso Gascon parla, molto chiaramente, di regole epistemologiche e di regole contro-epistemologiche, a seconda che esse aiutino o ostacolino il raggiungimento della verità. Cfr. Gascon [1999, 115, 125 ss.].

interpretare ciò che queste ultime regole stabiliscono è quello di ritenere che esse prescrivano all'organo decidente di valutare il materiale probatorio introdotto in giudizio secondo le regole della razionalità generale. In questo caso, gli unici limiti giuridici sono imposti dal contesto processuale nel quale si delimitano gli elementi di prova che successivamente devono essere valutati dal giudice singolarmente e complessivamente. Invece, nel caso delle regole di prova legale, come ho già sostenuto, si prescinde dalla razionalità della decisione del caso concreto e si attribuisce un determinato risultato probatorio a un mezzo generale di prova<sup>11</sup>. In tal modo, si può ritenere che tanto queste regole quanto gli enunciati che fissano i fatti provati al caso concreto, in applicazione di quelle, sono ipotesi di regole costitutive (generali e applicate, rispettivamente). Se le cose stanno così, non è possibile attribuire loro valore di verità.

Dopo aver presentato i diversi limiti processuali alla possibilità di raggiungere un accertamento veritiero dei fatti del processo, conviene fare un riepilogo e tornare per un attimo ai due modi principali con cui è stata presentata la relazione tra prova e verità: la relazione concettuale e quella teleologica. Ora, è già possibile analizzare la plausibilità di questi rapporti alla luce dei limiti che sono stati esposti. Per fare ciò, però, presenterò in primo luogo alcune delle tesi per mezzo delle quali quei rapporti sono stati negati.

### 3. *Verità materiale contro verità formale*

I diversi limiti processuali, e non processuali (come l'interesse delle parti), che possono interferire nella determinazione della verità degli enunciati dichiarativi dell'accerta-

<sup>11</sup> Non si esclude, tuttavia, che sia razionale la decisione generale del legislatore di attribuire uno specifico valore probatorio a un determinato mezzo generico di prova. In ogni caso, le ragioni per negare questa razionalità dovranno rimanere distinte da quelle che servono a giudicare la razionalità della decisione nel caso concreto. Per una fondata opinione negativa sulla razionalità dell'istituto della prova legale, si può vedere Taruffo [1992, 361 ss., specialmente 374]. In senso contrario, invece, Montero Aroca [2000, 53 ss.; 2001, 138-139].

mento dei fatti, fanno sì che in alcuni casi si possano considerare provati enunciati falsi. Stando così le cose, è sorta la necessità di spiegare, in qualche modo, i casi in cui il normale svolgimento del processo conduce, per l'una o per l'altra delle ragioni già viste, a un accertamento dei fatti che si allontana da quanto realmente accaduto.

Dinnanzi a questa esigenza, sembrano presentarsi due alternative esauritive, che si escludono a vicenda: o si abbandona la definizione di prova in termini di verità, cioè la relazione concettuale tra le due nozioni, o si sostiene che nei casi in cui si dichiara provato un enunciato sui fatti che risulta falso, esso, in realtà, non è provato.

La dottrina tedesca della fine del XIX secolo [cfr., ad esempio, von Canstein 1880, 360 ss.; Wach 1881, 203 ss.; Bulow 1899, 299 ss.], tuttavia, e con essa buona parte della dottrina e della giurisprudenza europee fino ai giorni nostri, tentò di sottrarsi a quel dilemma per mezzo del postulato della distinzione tra due tipi di verità, quella materiale e quella processuale. La prima è anche stata qualificata come «oggettiva», «reale», e così via. La seconda, d'altro canto, ha ricevuto anche la denominazione di «formale», «giudiziale», «forense», e così via.

La verità materiale è quella di cui si discute al di fuori del processo. Per questa ragione si può fare riferimento ad essa anche solo come verità *fait court*, senza ulteriori qualificazioni. Non è chiaro quali siano le caratteristiche della verità, in questo senso, alle quali pensavano i teorici che proposero la distinzione, ma è verosimile sostenere che la verità (materiale) di un enunciato dipende dalla sua corrispondenza con la realtà: dipende dall'accadere dei fatti la cui esistenza si affermi o dal non accadere dei fatti la cui esistenza si neghi. È proprio questa la verità che si reputa irraggiungibile, se non sempre quanto meno in molte occasioni, nel processo.

La verità formale, invece, è quella che si ottiene nel processo come risultato dell'attività probatoria. Detta verità formale può coincidere o non coincidere con quella materiale (benché spesso si ammetta che è desiderabile che coincida con essa), ma sarebbe quella che godrebbe di autorità pubblica. Indipendentemente dalla coincidenza con i fatti come

realmente accaduti, si attribuisce la qualifica di formalmente vero all'accertamento dei fatti compiuto dal giudice o dal tribunale nella sentenza. Quest'accertamento può essere revocato e sostituito da un altro da parte di un tribunale superiore, ma, una volta che la sentenza sia divenuta immutabile, è l'«unica verità» che interessa il diritto. In tal modo, l'accertamento dei fatti compiuto dal giudice diviene vero (in senso formale) per il solo fatto di essere stato emesso dall'organo giudiziale. Benché i difensori della suddetta distinzione non dicano nulla al riguardo, sembra chiaro che, in quel modo, l'accertamento dei fatti acquista forza costitutiva.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che il giudice abbia totale discrezionalità nel determinare i fatti provati, o che possa farlo a suo libero arbitrio [sembra invece supporre Nieto 2000, 248-249]. Può anzi accadere che il giudice o il tribunale abbiano l'obbligo giuridico di tentare di scoprire i fatti come realmente accaduti, cioè la verità materiale. In ogni caso, si possono anche avere norme che impongono determinati risultati probatori in presenza di determinati mezzi di prova e così via. La violazione di questi obblighi può dare luogo ai relativi mezzi di impugnazione e alla revocazione della decisione giudiziale da parte di un organo superiore. Ciò nonostante, la distinzione tra verità materiale e verità formale pone l'accento sull'autorità che si attribuisce all'accertamento dei fatti compiuto dal giudice e sull'irrilievanza giuridica della verità materiale una volta risolta la controversia.

In molte occasioni però, quando si sostiene la suddetta distinzione, si vuole dire qualcosa di più. È stato infatti frequentemente sostenuto che un obiettivo del processo penale sarebbe il raggiungimento della «verità materiale sui fatti», mentre nel processo civile questo non sarebbe un obiettivo istituzionale, poiché ci si accontenterebbe della «verità formale». Ciò sarebbe dovuto alla presenza, nel processo civile, del principio dispositivo e di un buon numero di regole di prova legale, a differenza che nel processo penale. Quando si sostiene una tesi come questa, non solo si nega che di fatto si produca nel processo civile una dissociazione tra i fatti dichiarati provati e quelli realmente accaduti, ma si

afferma anche che il raggiungimento della verità materiale non è un obiettivo del processo civile, a differenza di quello penale [Jiménez Asenjo s.d., 404; Quintano Ripollés 1960, 243; Arazi 1986, 30 ss.; Verde 1990, 467].

È importante notare a questo punto, tuttavia, che la differenza tra i limiti al «raggiungimento» della verità nel processo civile e penale è chiaramente contingente, dipendendo dalla disciplina processuale di ciascun ordinamento giuridico, ed essendo, inoltre, una differenza di grado. Si può vedere, in effetti, che una parte dei limiti analizzati nel paragrafo precedente sono presenti anche nel processo penale. Anzi, il primo tipo di limiti, caratteristico dell'ambito processuale, è presente in qualsiasi tipo di processo e, se la caratterizzazione è corretta, indipendentemente dalla disciplina di ciascun ordinamento.

### 3.1. Il rifiuto della distinzione

Già nella prima metà del XX secolo importanti voci dottrinali si alzarono a respingere esplicitamente e chiaramente la distinzione tra verità materiale e verità formale. Da allora, il rifiuto è divenuto ampiamente maggioritario, anche se si possono facilmente incontrare ancora oggi riferimenti alla suddetta distinzione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> In tal senso, Montero Aroca [2000, 26; 2001, 112]. Si veda, ad esempio, Almagro Nosete e colleghi [1992, vol. I, 412 e vol. II, 443]; Nieto [2000, 248 ss.], da parte sua, compie una difesa molto chiara, anche se a mio giudizio non convincente, della vigenza della distinzione tra tipi di verità. Cfr. anche, tra le molte, le sentenze del Tribunale Supremo spagnolo del 5 novembre 1996, del 22 aprile 1994 e del 15 marzo 1989. In particolare, la giurisprudenza spagnola è solita fare riferimento alla necessità di giungere alla verità materiale nel processo penale. In questo senso, cfr. ad esempio le sentenze del Tribunale Supremo spagnolo del 6 ottobre 1988 (della sezione civile, nella quale si afferma che non è possibile esigere, nella giurisdizione civile, a differenza di quella penale o del lavoro, la specificazione nella sentenza dei fatti provati, posto che in materia civile opererebbe la verità formale e le prove si valterebbero secondo coscienza), dell'8 marzo 2000 e del 18 ottobre 1985 (entrambe della sezione penale). In senso contrario, invece, Urbano Castillo e Torres Morato [2000, 29] che sostengono che «l'obiettivo del processo penale è

Uno degli autori che ha esercitato maggiore influenza nel progressivo abbandono della distinzione tra verità formale e verità materiale è stato Carnelutti. Basteranno alcune citazioni di questo autore per mostrare chiaramente il suo pensiero riguardo alla nozione di verità formale:

non si tratta qui che di una metafora; nella sostanza è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o non coincide con la verità materiale, e non è verità, o ne diverge, e non è che una non verità [Carnelutti 1947, 29-30].

E nel prosiegua afferma anche, in una frase che è stata insistentemente citata da buona parte della dottrina spagnola e italiana, che:

La verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità [ibidem, 34].

Nei termini del dilemma con i quali ho impostato la relazione tra prova e verità all'inizio del precedente paragrafo, le chiare osservazioni di Carnelutti contro la distinzione tra verità materiale e verità formale possono bene intendersi. Ciò che egli sostiene, infatti, è che questa distinzione non è altro che una falsa soluzione al dilemma. Esso rimane in piedi nello stesso modo con cui è stato presentato: o si abbandona la relazione concettuale tra prova e verità, cioè non si definisce la prova in termini di verità degli enunciati; o si sostiene che è impossibile, concettualmente, provare un enunciato falso. In questo ultimo caso, quando si dichiara provato un enunciato di questo tipo, si deve necessariamente dire che è stato commesso un errore e che l'enunciato non è realmente provato. Un'altra cosa sarà, chiaramente, il fatto che la decisione abbia autorità giuridica e che, a seconda delle circostanze, sia addirittura non impugnabile.

Come si vedrà più avanti, tuttavia, l'alternativa proposta da Carnelutti rappresenta un passo avanti soltanto termino-

il "raggiungimento formalizzato della verità" che può coincidere o non coincidere con la verità reale o materiale, la quale è però, soprattutto, ottenuta in via formale, vale a dire, la verità forense.

logico rispetto alla distinzione dallo stesso respinta. Non intendo svalutare il suo pensiero, ma soltanto avvertire che il suo lavoro ha avuto fondamentalmente il significato di un contributo di carattere concettuale per il problema analizzato, ma non ha proposto una soluzione teorica sostanzialmente diversa.

### 3.2. I problemi irrisolti: le alternative

Basandosi sulle parole di Carnelutti, o su riflessioni analoghe, e sui limiti processuali alla ricerca della verità che sono stati presentati in precedenza, buona parte della dottrina processualista ha optato per il primo punto del dilemma, cioè l'abbandono della relazione concettuale tra prova e verità.

In molte occasioni questo abbandono si è legato, o si è confuso, con l'ulteriore abbandono della relazione teleologica<sup>13</sup>. Su quest'ultima linea si possono vedere le osservazioni di due importanti processualisti spagnoli, che sostengono che:

Sarebbe stato logico abbandonare per sempre il concetto di verità quale fine della prova giuridica, e cercare per altre strade la soluzione [Serra Domínguez 1962, 357].

Tradizionalmente la funzione della prova era riferita al raggiungimento della verità, generando così un altro mito in materia di prova [Montero Aroca 2000, 23, 108].

Anche se le differenze tra le varie alternative non sono chiaramente delineate, un lavoro recente di Montero Aroca [ibidem, 26 ss.; 2001, 112 ss.] può servire da guida per presentare le diverse opzioni teoriche presenti attualmente in dottrina riguardo alla relazione prova-verità. Quest'auto-identifica, dunque, tre grandi tesi.

• *Prova come fissazione dei fatti*. Si sostiene che la finalità della prova sia la fissazione formale dei fatti da parte del

<sup>13</sup> Più che un abbandono di entrambe le tesi, in Miranda Estrampes [1997, 36-37] si produce una confusione delle stesse.

giudice, indipendentemente dalla relazione con quanto realmente accaduto. Questa è la tesi sostenuta da Carnelutti [1947, 30], e ha ottenuto un buon numero di seguaci. Secondo le sue parole:

il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una *fissazione formale o determinazione dei fatti medesimi*, che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane indipendente (il corsivo è dell'autore).

A questo punto, vale la pena osservare che, come è già stato detto in precedenza, non vi è una differenza sostanziale tra questa tesi e quella che soggiace alla nozione di verità formale. In altre parole, tanto il vincolo della prova giuridica alla fissazione formale dei fatti quanto il vincolo alla nozione di verità formale implicano il suo svincolarsi dalla verità *tout court* e, cosa più importante, conducono a una concezione non razionale della prova, secondo cui è provato quello che il giudice o il tribunale dichiara provato<sup>14</sup>. D'altra parte, benché sia una conseguenza di ciò che precede, in entrambi

<sup>14</sup> In realtà, si può presentare la distinzione tra verità formale e materiale anche in un altro modo. Si può dire che l'obiettivo (o uno degli obiettivi) di qualsiasi tipo di processo è la determinazione dei fatti secondo la verità materiale, cioè che gli enunciati fattuali, inglobati nel ragionamento della decisione giudiziale, corrispondono alla realtà. D'altra parte, si può chiamare verità formale l'accertamento giudiziale dei fatti. Si può anche aggiungere che è importante che questa verità formale coincida con quella materiale, anche riconoscendo come non sia sempre così. La divergenza tra i due tipi di verità, o tra ciò che è realmente accaduto e quello che si dichiara nel processo può essere dovuta a uno qualsiasi dei limiti processuali che sono stati esposti in questo e nel precedente capitolo. Fa la stessa distinzione, ad esempio, Summers [2000, 286 ss.]. In questo modo, se si mantiene quale obiettivo del processo la determinazione dei fatti secondo la verità materiale, non si produce il problema dell'infallibilità del giudice né si ricade in una versione sostitutiva dell'accertamento dei fatti: si potrà sempre dire che ciò che è formalmente vero (cioè che è stato dichiarato vero nel processo) non corrisponde, come dovrebbe, alla verità materiale. Rimane però una critica, se si vuole terminologica: non si capisce bene la ragione per la quale conviene continuare a chiamare verità formale l'accertamento dei fatti compiuto dal giudice nella sua decisione e non semplicemente prova, distinguendo così tra prova e verità, e non tra differenti tipi di verità.

i casi si produce una confusione tra l'attribuzione di effetti giuridici, di autorità, a una decisione giudiziale e la sua correttezza, anche giuridica. Si confonde, in fin dei conti, l'infallibilità con il carattere definitivo o meno, dal punto di vista giuridico, della decisione<sup>15</sup>.

• *Prova come convincimento del giudice sui fatti*. Secondo questa tesi, «La prova è l'insieme di operazioni per mezzo delle quali si tenta di ottenere il convincimento del giudice su alcuni determinati dati processuali» [Montero Aroca 2000, 27; 2001, 113-114; cfr. anche Serra Domínguez 1962, 356]. Questa sembra essere la dottrina maggioritaria nell'ambito della dogmatica processuale<sup>16</sup>. Per Cabañas [1992, 21] infatti:

La parola «prova» identifica [...], nella sua migliore accezione tecnica e pura, il già citato *stato psicologico del convincimento del giudice* sulla veridicità di tutti o di alcuni dei fatti allegati dalle parti. Effettivamente, un'affermazione di fatto non sarà «provata», benché si utilizzino nel tempo e con la forma opportuni gli strumenti previsti dalla legge, se alla fine questi attività non stimola il giudice alla certezza della realtà fisica dell'avvenimento descritto in questi affermazione (il corsivo è dell'autore).

Anche in questo caso, si possono riproporre le stesse critiche già mosse alla concezione precedente riguardo alla confusione tra il carattere giuridico, anche definitivo, di una risoluzione e la sua infallibilità. Se si sostiene, infatti, che la finalità della prova come attività è quella di raggiungere la convinzione del giudice sui fatti, questa finalità sarà soddisfatta indipendentemente dalla direzione che prende quella convinzione, se è in accordo o meno con i fatti realmente accaduti e anche se è, o meno, la conclusione che si doveva ottenere alla luce degli elementi probatori presenti agli atti di causa.

<sup>15</sup> Al riguardo, si può considerare quanto già detto nel paragrafo 2.1 del capitolo 1. Nello stesso senso Alchourrón e Bulygin [1989, 311], per i quali risulta plausibile dire che la verità processuale «è il *finale*, nel senso che pone fine alla controversia (però porre fine alla discussione sull'enunciato non lo rende vero.)».

<sup>16</sup> Lo dimostra, ad esempio, Miranda Estrampes [1997, 45 ss.] con ampi riferimenti alla dottrina spagnola, italiana, tedesca e latinoamericana.

D'altra parte, se si concepisce la nozione di fatto provato (cioè la prova come risultato probatorio) in modo equivalente, si può dire che un fatto è provato quando il giudice si è convinto del fatto che sia avvenuto. Nemmeno in questo caso si lascia spazio all'errore: se il giudice ritiene quella convinzione, l'enunciato è provato. In caso contrario, non lo è. E ciò dipende unicamente dall'aspetto soggettivo psicologico del giudice, ed evidentemente conduce a una concezione irrazionale della prova<sup>17</sup>. Un organo superiore, in ogni caso, potrà soltanto revocare la decisione dell'organo inferiore affermando di essere giunto a una diversa convinzione e che la sua convinzione «vale di più», grazie alla gerarchia tra gli organi.

Infine, la concezione analizzata comporta un ulteriore problema. Si confonde, infatti, la nozione di prova con l'atteggiamento proposizionale del giudice sugli enunciati che vengono dichiarati provati<sup>18</sup>. Si lega, inoltre, la prova alla credenza (convinzione) del giudice con la conseguenza che non si dà conto di un notevole numero di casi nei quali, per ragioni molto diverse, il giudice si vede obbligato a dichiarare provati i fatti indipendentemente dalle (e addirittura contro le) sue convinzioni sui fatti della controversia<sup>19</sup>.

• *Prova come certezza del giudice sui fatti.* Secondo la relativa ricostruzione di Montero Aroca [2000, 29; 2001, 116] la prova è:

<sup>17</sup> In alcuni casi questa conseguenza si evita affermando che il giudice ha il dovere ineludibile di motivare le sue decisioni, cosa che permette di evitare risoluzioni arbitrarie. Credo, però, che una concezione della prova che si leghi alla convinzione psicologica del giudice sia incompatibile con una concezione forte della motivazione (giustificazione) delle decisioni [Taruffo 1975, 107 ss.; 1992, 376]. Non deve perciò stupire che si arrivi a ridurre la motivazione a una spiegazione (non giustificazione) dei passi o degli elementi che hanno condotto alla convinzione in questione [Garrua 1998, 288-289].

<sup>18</sup> Questo punto sarà sviluppato nel capitolo successivo.

<sup>19</sup> Anche quest'aspetto sarà sviluppato nel capitolo seguente, quando si analizzerà la concezione che lega la prova con la convinzione del giudice. Per il momento, si può aggiungere soltanto che, come afferma Montero Aroca [2000, 27 ss.], gli autori che sostengono questa concezione sono soliti criticare l'esistenza delle regole di prova legale, proprio perché queste attribuiscono risultati probatori a prescindere dalla convinzione del giudice al riguardo.

L'attività processuale che tende a raggiungere la certezza nell'organo giudicante riguardo i dati allegati dalle parti.

Non è chiaro, a mio parere, quali siano i limiti tra la nozione di convinzione e quella di certezza in questo contesto<sup>20</sup>. In ogni caso, sembra che anche la nozione di certezza ha un carattere fondamentalmente soggettivo, così che comporta nuovamente gli stessi problemi già indicati con riguardo alle precedenti concezioni<sup>21</sup>.

Ricapitolando quanto affermato circa le tre alternative di finalità della prova che si è appena terminato di presentare, si può notare che presentano tutte, rispetto alla distinzione tra verità materiale e verità formale, il vantaggio della chiarezza concettuale, poiché non richiedono che si moltiplichino le nozioni di verità. Neanche in esse, tuttavia, i confini tra le diverse concezioni sono ben delimitati, e dunque non sono chiari. Come ultimo, e più importante, aspetto, tutte condividono, con la nozione di verità formale, il fatto di dipendere dalla decisione giudiziale, così che in nessuna di esse è presente un parametro esterno rispetto alla decisione del giudice sui fatti, che permetta di giudicare la correttezza della stessa. Perciò, così delinate, sfociano irrimediabilmente in una concezione irrazionale della prova giuridica.

#### 4. Di nuovo sulla relazione concettuale e teleologica tra prova e verità

Se si accetta, come credo debba farsi, il carattere relazionale degli enunciati probatori (del tipo «p è provato») rispet-

<sup>20</sup> Alcuni autori, infatti, assimilano direttamente i due concetti. Così, ad esempio, Liebman [1992, 318] e De Santo [1991, 289]. Quest'ultimo, inoltre, assimila tanto la nozione di convinzione quanto quella di certezza a quella di credenza. Miranda Estrampes [1997, 57], infine, assimila le nozioni di certezza e di credenza.

<sup>21</sup> Montero Aroca [2000, 29] distingue, tuttavia, due tipi di certezza. La prima deriverebbe dal convincimento psicologico del giudice (per i casi di valutazione della prova affidata al suo prudente apprezzamento) e la seconda sarebbe di tipo «oggettivo», imposta dal legislatore come risultato di un mezzo di prova (per i casi di prova legale).

to agli elementi di giudizio (i mezzi di prova) presenti agli atti di causa, può già porsi in discussione la relazione concettuale tra prova e verità, cioè quella che consiste nel postulare la verità di un enunciato come condizione necessaria perché possa dirsi che esso è stato provato. Il primo ostacolo per mantenere questa relazione deriva dal fatto che la prova di un enunciato è relativa agli elementi di giudizio che si hanno a disposizione, mentre la verità dell'enunciato non ha assolutamente questa caratteristica.

Ciò nonostante, quest'ultimo inconveniente non permette di respingere completamente la relazione concettuale tra prova e verità. La ragione è molto semplice: si potrebbe addirittura sostenere che si può dire che vi sono elementi di giudizio a favore di *p* soltanto quando questi elementi dimostrano la verità di *p*. In questo caso si manterrebbe intatta la relazione concettuale.

Credo però che vi siano buone ragioni per respingere questa relazione. La principale è che essa non corrisponde alle abitudini dei giuristi e nemmeno alle esigenze degli ordinamenti giuridici positivi. In effetti, è perfettamente comparabile la verità dell'enunciato probatorio «*p* è provato» con il fatto che *p* sia falso<sup>22</sup>. Risulta perciò significativo un enunciato del tipo «Fu provato nel processo che Giovanni era il padre di Pietro; tuttavia, nuove prove genetiche hanno dimostrato che non lo era». Perché possa dirsi che una proposizione è provata è necessario e sufficiente che si abbiano sufficienti elementi di giudizio a suo favore, che rendano questa proposizione accettabile come descrizione dei fatti della controversia. Un'altra cosa sarà capire quali siano le condizioni per questa accettabilità, ma per il momento basta dire che si tratta di qualcosa di meno della verità.

D'altra parte, i diversi limiti processuali alla ricerca della verità nel processo consentono di affermare, come ha messo in luce la maggior parte degli specialisti, che in buona parte dei casi nei quali consideriamo provate proposizioni sui fatti non è possibile dire che la proposizione provata sia vera. Vi

<sup>22</sup> Ho difeso questa tesi nel paragrafo 3.3. del capitolo precedente, e quindi non mi soffermerò ancora su di essa.

è di più. In alcuni casi, anche se siamo a conoscenza della falsità della proposizione in questione, è perfettamente possibile dire che la proposizione è provata (se, tenendo in considerazione soltanto gli elementi di giudizio presenti in causa, si ritiene che essi siano sufficienti per accettarla come vera ovvero se il diritto ci obbliga a ciò).

Resta da valutare la possibilità di sostenere la relazione teleologica tra prova e verità. Come si è già visto nel precedente paragrafo, una parte importante della dottrina processualista nega che la finalità della prova sia quella di raggiungere la conoscenza della verità sui fatti. In alternativa, si formulano tesi quali quelle del convincimento del giudice, forse la tesi maggioritaria, quella della certezza e perfino quella della probabilità. Prima di offrire una risposta positiva al problema, vale la pena di analizzare criticamente le alternative. Credo perciò che possa essere utile ricordare che cosa si prova in un processo.

Non è raro trovare in dottrina e in giurisprudenza la tesi secondo cui ciò che si prova in un processo sono i fatti. Alcune volte ciò risponde a esigenze di semplicità espositiva (come può essere il caso, a volte, di questo stesso lavoro). Altre volte, invece, è esattamente quello che si vuole dire. Questo, però, non è un buon modo di porre il problema. I fatti, in se stessi, non possono essere provati. Come evidenzia un chiaro esempio di Serra Domínguez [1962, 359], non si può provare né una scrivania, né un contratto, né un'obbligazione. L'unica cosa che si può provare è l'enunciato che afferma l'esistenza di una scrivania nel mio ufficio, non la scrivania stessa. Allo stesso modo, si può provare l'enunciato che afferma (o nega) la firma di un contratto, e così via. Nel processo, pertanto, si dovranno provare gli enunciati sui fatti formulati dalle parti<sup>23</sup> [in tal senso, ad esempio, Carnelutti 1947, 55; Sentis Melendo 1979, 158; Andrés Ibáñez 1998, 398; Wróblewski 1992, 133; Taruffo 1992, 95; Ubertis 1995, 12; Miranda Estrampes 1997, 33].

Se è così, ci si può domandare che cosa possa costituire oggetto della certezza, della convinzione e così via. Se l'og-

<sup>23</sup> In realtà dovrebbe dirsi, con maggiore rigore, che si provano proposizioni, non enunciati.

getto della prova sono gli enunciati sui fatti formulati dalle parti, sembra chiaro che la convinzione, la certezza, o qualsiasi altro atteggiamento mentale del giudice che si voglia indicare quale finalità della prova dovrà essere riferito a questi enunciati. Non vedo, quindi, altra possibilità se non quella di sostenere che la certezza o la convinzione del giudice riguardano la verità dell'enunciato [Carrara 1993, 291; De Santo 1991, 289]. Questo, chiaramente, non vuol dire affermare la relazione concettuale tra prova e verità, ma consente di osservare che gli autori che, sostenendo tesi come quelle presentate nel paragrafo precedente, hanno preferito «esiliare» la nozione di verità dall'analisi della prova, sono destinati inevitabilmente all'insuccesso, posto che le loro stesse tesi finiscono con il legare (anche se indirettamente) le due nozioni<sup>24</sup>.

Per fare solo due esempi di questo insuccesso, mi riferirò ai casi di Montero Aroca e di Serra Domínguez. Il primo, dopo avere qualificato come «mito» la relazione tra prova e verità e dopo avere sostenuto che la finalità della prova è quella di produrre la certezza del giudice sui fatti, sostiene che detta certezza su una testimonianza consiste nella conclusione che il teste «ha detto la verità» [Montero Aroca 2000, 49]; o anche che, una volta compiuta l'ispezione, il giudice dovrà «decidere sulla verità o sulla falsità del fatto che gli è stato mostrato»<sup>25</sup> [*Ibidem*, 51]. Serra Domínguez [1962, 356], dal canto suo, sostiene che «fino a che non è stato esiliato dalla ricerca il termine verità, non si sono potuti conseguire risultati soddisfacenti» nell'analisi della prova giuridica. Ciò nonostante, egli ritiene che si possa «definire il concetto di prova come un'attività di comparazione tra un'affermazione sui fatti e la realtà degli stessi diretta a formare il convincimento di una persona» [*Ibidem*]. Sembra

<sup>24</sup> Succede qualcosa di simile anche quando la nozione di prova viene legata a quella di probabilità (in una qualsiasi delle sue versioni). Non vedo infatti come si possa evitare di sostenere che la probabilità che risulta rilevante è quella che sia vero l'enunciato che si intende provare.

<sup>25</sup> Basterebbe unicamente aggiungere che i fatti in quanto tali non sono suscettibili di essere veri o falsi, ma soltanto gli enunciati che li descrivono.

chiaro, inoltre, il riferimento, sicuramente inconsapevole, alla verità come corrispondenza<sup>26</sup>.

L'analisi che precede già consente di intuire la plausibilità della relazione teleologica tra prova e verità. Vale però la pena di offrire un ultimo argomento in suo favore. Come ha indicato Van Fraassen [1980, 24] analizzando la finalità o lo scopo della scienza, quali essi siano dipende dalle condizioni di successo dell'istituto. Questo, senza dubbio, non esclude che esistano altri propositi sussidiari che possano o non possano essere mezzi per quella finalità principale.

Sembra ragionevole sostenere che il successo dell'intervento delle parti nella fase probatoria, con la deduzione dei mezzi di prova e quant'altro, si produce se esse riescono a convincere il giudice che la loro «descrizione» dei fatti (la loro storia, se si preferisce) è veritiera. Fatto questo, avranno buone possibilità di vincere la causa. Non sembra, invece, che si possa dire che, in questo caso, ha certamente funzionato con successo l'istituto giuridico della prova. Se una delle funzioni principali del diritto è quella di disciplinare le condotte, il compimento di questa funzione richiede che nel processo si applichino le conseguenze giuridiche previste nelle norme se, e solo se, sono stati effettivamente prodotti i fatti che condizionano queste conseguenze. Perciò la prova come attività ha la funzione di comprovare la produzione di questi fatti condizionanti, o, che è lo stesso, di determinare il valore di verità degli enunciati che descrivono il loro verifi-

<sup>26</sup> Altri autori, come Muñoz Conde [1999, 53 ss.], utilizzano l'espressione «verità forense», che ricorda l'espressione «verità formale», ma sostengono «la teoria consensuale della verità» (seguendo la tesi di Habermas), che sarebbe l'unica capace di spiegare le autorizzazioni e i divieti o i limiti per la ricerca, «cosa che non si potrebbe fare da una prospettiva epistemologica, se si sostiene l'idea della verità come corrispondenza». Sinceramente non riesco a capire le ragioni di quest'impossibilità. D'altra parte, credo che la coerenza, il consenso e quant'altro possano essere a ragione considerati come criteri, fallibili in ogni caso, di verità, ma in alcun modo si possa sostenere che la verità sia a essi riducibile. Nello stesso senso, e nel contesto dell'analisi sulla prova giuridica, si possono vedere Alchourrón e Bulygin [1989, 311], Ferrajoli [1989, 20-23, 42 ss.], Ferrua [1999, 59 ss.], Taruffo [1992, 145 ss.], Ubertis [1995, 11], Andrés Báñez [1998, 403 ss.]. Nel presente lavoro, in ogni caso, come ho già detto, si utilizzerà sempre la teoria della verità come corrispondenza.

carsi<sup>27</sup>. Il successo dell'istituto della prova giuridica si produce quando gli enunciati sui fatti che si dichiarano provati sono veri, così che può sostenersi che la funzione della prova è la determinazione della verità sui fatti. Inello stesso senso, tra gli altri, Taruffo 1992, 373; Lombardo 1993, 752; Ubertis 1995, 4-5<sup>2a</sup>; Andrés Ibáñez 1998, 3951.

Per concludere questa parte dell'analisi, vale la pena di insistere su due precisazioni. Da un lato, l'indipendenza tra la relazione concettuale e quella teleologica tra prova e verità permette sicuramente che si possa verificare il caso in cui un enunciato fattuale risulti giuridicamente provato e che, però, sia falso. E anche, certamente, che un enunciato fattuale, pur essendo vero, non venga provato. Tutto ciò dipende dagli elementi di giudizio introdotti nel processo. L'unica cosa che può dirsi è che in questo caso la prova come attività non avrà compiuto la sua funzione o finalità.

Dall'altro lato, come già Van Fraassen poneva in evidenza nella sua analisi relativa al proposito o alla finalità della scienza, il fatto che si affermi che *qualcosa* è il proposito di un istituto o di un'attività non esclude che esistano anche altri propositi o altre finalità. Questo succede chiaramente nel caso della disciplina giuridica della prova. È chiaro che, oltre alla determinazione della verità dei fatti, questa disciplina giuridica ha anche altri obiettivi, che possono variare a seconda del momento storico e a seconda dell'ordinamento. Così, per citarne solo alcuni, si possono menzionare la celebrità nell'assunzione delle decisioni, la pace sociale, la protezione dei diritti individuali e così via [cfr., tra i molti, Rescher e Joynt 1959, 568; Weinstein 1966, 241 ss.; Liebman 1992, 320-321; Posner 1990, 206; Taruffo 1992, 336-337]. In ogni caso, come segnala correttamente Damaska [1978, 860; 1986, 160 ss.], anche nei momenti storici nei quali, in virtù di un

<sup>27</sup> Come sostiene Cieślak [1995, 44], dimostrare l'esistenza o l'inesistenza di un fatto equivale a dimostrare che le proposizioni che affermano o negano quest'esistenza sono vere o false.

<sup>28</sup> Ubertis cita un'interessante sentenza della Corte costituzionale italiana (la n. 255/1992) nella quale si dichiara espressamente che «la finalità primaria e includibile del processo penale non può essere altra se non la ricerca della verità».

modello altamente inquisitorio, si pretendeva di massimizzare la ricerca della verità – utilizzando anche la tortura per ottenerla – non si poteva dire che questa ricerca fosse illimitata e che nel processo fossero assenti altri valori.

##### 5. Essere vero ed essere considerato vero

Come è già stato evidenziato, la relazione, dell'uno o dell'altro tipo, tra le nozioni di prova e di verità impensierisce da molto tempo buona parte dei processualisti. Nel paragrafo precedente ho difeso la plausibilità della tesi che sostiene l'esistenza di una relazione teleologica tra queste due nozioni. Ciò nonostante, con questo non si esauriscono i problemi.

Come ho già detto, la distinzione tra verità materiale e verità formale fu elaborata dalla dottrina tedesca nel XIX secolo come reazione alla constatazione che, in molti casi, i fatti dichiarati provati nei processi non coincidevano (ed alcune volte non potevano giuridicamente coincidere) con i fatti realmente accaduti. In altre parole, che erano state dichiarate provate proposizioni che, invece, risultavano false e viceversa. Ciò nonostante, il diritto riconosceva, e continua a riconoscere, autorità a queste decisioni: continua a considerarle come decisioni giuridiche che producono normali effetti giuridici.

Ho dedicato buona parte di questo capitolo a dimostrare come non sia plausibile una distinzione tra diversi tipi di verità, così come l'insufficienza di buona parte delle alternative teoriche proposte dalla dottrina. Nelle pagine che seguono, intendo offrire una possibile soluzione al problema che si concluderà nella nozione di accettabilità di una proposizione. Fatto questo introdurrò la discussione che sarà sviluppata più a fondo nel capitolo seguente.

Il punto di partenza che consente di risolvere il ginepraio della relazione tra prova e verità di una proposizione è la distinzione tra «l'essere vera» e «l'essere considerata vera». Una proposizione *p* è vera se, e solo se, *p*. Questa è la classica nozione di verità come corrispondenza [Tarski 1931]. Nel

famoso esempio di Tarski, «la neve è bianca» è vero se, e solo se, la neve è bianca. Si produce cioè una corrispondenza tra quello che l'enunciato afferma e la realtà. In tal modo, la verità di una proposizione non dipende assolutamente da chi formula l'enunciato che la esprime (sia esso un giudice, il costituente, o io stesso). Se trasferiamo questo esempio nel contesto che qui ci interessa, la verità della proposizione  $p$  cui si fa riferimento nell'enunciato probatorio « $p$  è provato» non dipende assolutamente da ciò che il giudice, che emette un enunciato probatorio nella sua decisione, decide. Nemmeno dipende da niente di tutto quello che sia potuto accadere nel corso del processo, né dai mezzi di prova dedotti in esso, e così via<sup>29</sup>. Dipende, solo ed esclusivamente, dalla sua corrispondenza con i fatti della realtà: dalla circostanza che i fatti che  $p$  descrive siano realmente accaduti.

Quello che, invece, dipende dal giudice o dal tribunale che decide la causa è considerare  $p$  come vera. Vale a dire, il giudice può considerare  $p$  vera nella sua decisione, alla luce degli elementi di giudizio presenti negli atti di causa per provare la verità della proposizione, e incorporarla come tale nel suo ragionamento decisivo, o non considerarla vera. Vale la pena di dire che la decisione di non considerare vera la proposizione  $p$  non deve essere confusa con la decisione di considerarla falsa. Questa è un'altra differenza tra il valore di verità di  $p$  e il fatto che essa sia considerata vera da qualcuno. Nel primo caso sono possibili solo due opzioni: la proposizione è vera o è falsa. Nel secondo, invece, esiste una terza possibilità intermedia: si può considerare  $p$  vera, falsa (vale a dire, considerare vera la proposizione «non- $p$ ») o non attribuirle valore di verità. Quest'ultima ipotesi si verifica, ad esempio, quando non si dispone di elementi di giudizio sufficienti a favore o contro la proposizione  $p$ .

È opportuno avvertire che non deve essere confuso il fatto che si consideri vera una proposizione con la credenza della verità della stessa. Normalmente, questa credenza è precisamente la ragione per cui un soggetto considera vera una

<sup>29</sup> Cosa diversa è la verità dell'enunciato probatorio stesso (« $p$  è provato»), che analizzerò in seguito.

proposizione. Però non è necessariamente così. Vi è la possibilità che si decida di considerare vera una proposizione, e quindi incorporarla nel ragionamento, per ragioni diverse dalla credenza nel suo valore di verità. Così, ad esempio, lo si può fare come ipotesi di lavoro, o per obbedienza a una norma che lo impone. In tal senso, il diritto, come ogni altro sistema normativo, può disciplinare la decisione di un soggetto di considerare vera una proposizione e incorporarla come tale nel suo ragionamento. Può, ad esempio, obbligarlo a farlo dare certe condizioni, o anche proibirgli di farlo, e così via. Non ha, invece, alcun senso regolare la verità di una proposizione e nemmeno la credenza di un soggetto sulla verità di essa.

Che relazione ha tutto questo con la prova giuridica? Ebbene, credo che un buon modo di presentare il problema della relazione tra prova e verità possa essere il seguente: la finalità della prova come istituto giuridico è quella di permettere di raggiungere la conoscenza della verità degli enunciati fattuali della controversia. Quando gli specifici mezzi di prova assunti nel corso del processo apportano elementi di giudizio sufficienti a favore della verità di una proposizione (cosa che non deve essere confusa con il fatto che la proposizione sia vera), allora si può dire che la proposizione è provata. In questo caso, il giudice deve inserirla nel suo ragionamento decisivo e considerarla vera.

Potrebbe in ogni caso aggiungersi che, dopo la decisione giudiziale, quando la sentenza ha acquistato immutabilità e salvo eccezioni, ai fini giuridici quello che conta è quello che il giudice ha considerato vero e perde rilevanza quello che è vero (nel caso in cui non coincidano). Però questo è un problema solo di attribuzione di effetti giuridici che non ha nulla a che vedere con la verità delle proposizioni.

Seguendo Cohen [1989; 1992] e Ullmann-Margalit e Margalit [1992] sembra possibile spiegare l'idea di considerare vera  $p$  per mezzo della nozione di «accettazione»<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Benché tra Cohen e Ullmann-Margalit e Margalit vi siano alcune differenze di impostazione, credo che esse non siano rilevanti in questo contesto. Le due più importanti possono considerarsi queste: a) per Cohen

Questi ultimi autori affermano infatti che:

qualcuno accetta un enunciato quando decide di procedere o di agire come se esso fosse vero, indipendentemente dal fatto che si creda o non si creda che l'enunciato sia vero [Ullmann-Margalit e Margalit 1992, 176].

Come si può notare, la nozione di accettazione, così definita, risulta essere un atteggiamento volontario<sup>31</sup> ed è indipendente rispetto alle credenze che il soggetto abbia sulla verità dell'enunciato. È cioè perfettamente possibile che qualcuno *decida* di accettare come vero un enunciato perfino quando creda (a ragione o meno) che sia falso. L'elemento della volontarietà permette, inoltre, che sia anche possibile sottomettere a disciplina normativa l'adozione di questa decisione. Si può osservare che, in questo modo, si produce un chiaro parallelismo con l'idea di «considerare vera» una proposizione<sup>32</sup>, così come essa è stata presentata nelle pagine precedenti.

Credo che la distinzione tra «l'essere vero» e «l'essere considerato vero» o «l'essere accettato come vero» permetta di rendere conto dei problemi che portarono alla distinzione tra verità formale e verità materiale, senza però presentare gli inconvenienti di quest'ultima, e, soprattutto, senza moltiplicare le nozioni di verità. Con questa distinzione si pone inoltre l'accento sul fatto che non si tratta del fatto che «esistano» differenti verità, ma piuttosto della differenza tra la verità di una proposizione, che non dipende dal soggetto

l'accettazione è fondamentalmente teoretica, mentre per Ullmann-Margalit e Margalit è fondamentalmente pratica; b) per Cohen l'accettazione ha la pretesa di essere duratura, cosa che è invece respinta da Ullmann-Margalit e Margalit. In ogni caso, la nozione di «accettazione» sarà analizzata più nel dettaglio nel capitolo seguente.

<sup>31</sup> Cosa che la rende preferibile rispetto alla nozione di credenza (e a tutti i suoi succedanei, come la nozione di convinzione, e così via) al fine di rendere conto dell'atteggiamento proposizionale del giudice dinanzi agli enunciati che si dichiarano provati.

<sup>32</sup> Ullmann-Margalit e Margalit parlano di accettare un enunciato, però questo non credo che sia in questo contesto un aspetto rilevante. D'altra parte, come ho già detto in altre occasioni, ritengo che l'oggetto della prova siano le proposizioni.

che la esprime, e l'atteggiamento mentale di un soggetto, in questo caso il giudice, rispetto alla verità della proposizione.

D'altro canto, non è impossibile incontrare esempi nei quali alcuni tra gli autori che prospettarono la distinzione tra verità formale e verità materiale sembrano pensare a una tesi simile a quella che si è appena finito di presentare. Così, ad esempio, von Canstein [1880, 355] parla di *supposizione di verità* in opposizione alla verità materiale e Gonner [1804, 255] osserva chiaramente che:

Di quello che dichiarano i testimoni, e di quello che qualcuno confessa in suo pregiudizio o conferma a suo vantaggio sotto giuramento, è sempre possibile l'opposto, anche se non è probabile. Però le leggi dovrebbero intervenire decretando che nella determinazione dei diritti *esso si considerasse vero* (il corsivo è mio).

Ci si può imbattere in analoghe espressioni anche più recenti. Così, ad esempio, Wróblewski [1992, 152] sostiene che:

Una peculiarità dell'applicazione giudiziale del diritto è che la base di fatto delle decisioni giudiziali è costituita da un enunciato *esistenziale trattato come un enunciato vero* (il corsivo è mio).

E, infine, vale la pena di menzionare anche quello che afferma Levy-Bruhl [1964, 22]:

Una proposizione provata è una proposizione ammessa, *accettata*, che fa in seguito parte, almeno per un certo periodo di tempo, delle verità ufficiali (il corsivo è mio).

Anche attraverso la nozione di accettazione di una proposizione come vera si può rendere adeguatamente conto di un aspetto ulteriore che preoccupava specialmente coloro i quali idearono la distinzione tra verità materiale e verità formale. Quest'aspetto è la produzione di effetti giuridici, a volte irreversibili, della decisione giudiziale, anche quando la stessa si allontani, nel suo accertamento dei fatti, dai fatti come realmente accaduti, cioè includa enunciati fattuali falsi o ometta di includere enunciati fattuali veri rilevanti per la controversia.

Seguendo di nuovo le idee di Ullmann-Margalit e Margalit [1992, 171 ss.], si può dire che l'accettazione di una proposizione, o il fatto di considerarla vera, funziona come una presunzione<sup>33</sup>. Detta presunzione si introdurrebbe nel ragionamento al fine di facilitare l'adozione di una decisione pratica. Ebbene, muovendo da quest'idea può intendersi la produzione di effetti giuridici della decisione in questione: si presume che gli enunciati fattuali dichiarati provati dal giudice nella sua decisione siano veri. Quando questa decisione non è più impugnabile, la presunzione diviene inattuabile, *iuris et de iure*, e la decisione acquisisce autorità di giudicato. Le ragioni per introdurre questa presunzione sono, chiaramente, di tipo pratico e hanno a che vedere con l'interesse che le cause giungano a una conclusione in modo relativamente rapido e non durino in eterno.

Prima di concludere questo capitolo, vale la pena di suggerire una questione in più che sarà però sviluppata nel capitolo seguente. Se si sostiene, come ho fatto nei paragrafi precedenti, che si può intendere l'accertamento dei fatti contenuto nelle risoluzioni giudiziali nel senso di un'accettazione di questi enunciati come veri da parte del giudice, allora riappare il pericolo di rimanere bloccati in una concezione irrazionale e soggettiva della prova. Per evitare questa conseguenza, è necessario disporre di criteri esterni rispetto alla decisione del giudice che permettano di valutarne la correttezza.

Ebbene, in modo parallelo alla distinzione tra «essere vero» e «essere considerato vero» o «essere accettato come vero», si può quindi elaborare una nuova e utile distinzione: «essere provato» contro «essere considerato provato».

<sup>33</sup> Cosa che, nuovamente, separa le nozioni di accettazione e di convinzione. Il commesso di un supermercato può sostenere che il cliente ha sempre ragione, come modo di condurre una determinata politica commerciale. Chiaramente questo non vuol dire che creda davvero che il cliente abbia sempre ragione. Però accetta questa proposizione e la incorpora nel suo ragionamento pratico agli effetti di prendere decisioni nel suo lavoro. Si comporta come se la proposizione fosse vera, presumendo la sua verità in modo inattuabile (benché sia cosciente che la proposizione è falsa) [Ullmann-Margalit e Margalit 1992, 170-171]. Lo stesso può fare un avvocato, che accetti l'innocenza del suo cliente per poter condurre una migliore difesa.

In questo lavoro ho sostenuto che l'enunciato «*p* è provato» deve essere inteso come «vi sono elementi sufficienti (negli atti di causa) a favore di *p*». Ebbene, è chiaro che, nel caso della prova giuridica, sarà il giudice o il tribunale (o, se del caso, la giuria) a prendere una decisione sull'esistenza o l'inesistenza di elementi di giudizio sufficienti per accettare *p* come vera. Però può succedere che questa decisione risulti sbagliata: se si considera che non vi sono elementi di giudizio sufficienti e, invece, vi sono, o viceversa. In questi casi, si produce una dissociazione tra quello che il giudice o il tribunale dichiara o considera provato e quello che, realmente, è provato.

In questo modo, diversamente da quanto accade con le concezioni soggettiviste o irrazionaliste della prova, la verità di un enunciato probatorio (del tipo «*p* è provato») non dipende da ciò che il giudice, o il tribunale o una giuria, risolvono. Essi possono decidere di considerare *p* provato, e dichiararlo provato. Però la verità dell'enunciato probatorio dipende esclusivamente dalla sua corrispondenza con la realtà. In questo caso, dipende dal fatto che effettivamente esistano o meno elementi di giudizio sufficienti a favore di *p* che siano stati assunti nel processo.

L'elemento chiave in questo caso è quello della sufficienza degli elementi di giudizio. Per poter disporre di un criterio, o di un insieme di criteri, che permettano di giudicare la correttezza della decisione giudiziale si deve disporre di una teoria sulla sufficienza degli elementi di giudizio, cioè una teoria che ci dica quando, o sotto quali condizioni, gli elementi di giudizio disponibili sono sufficienti perché risulti razionale accettare come vera una proposizione nel ragionamento decisorio. Quando il giudice assume la sua decisione sui fatti contravvenendo a queste condizioni di razionalità si potrà dire che egli «ha considerato provato *p*», che però, in realtà, non lo era (e viceversa). In altri termini, si potrà dire che il giudice ha accettato *p* come vera nel suo ragionamento, però che, conformemente agli elementi di giudizio presenti agli atti di causa, *p* non era accettabile<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Così, dal punto di vista dell'accettazione del giudice o del tribunale,

## PROVA E ATTEGGIAMENTI PROPOSIZIONALI

In definitiva, credo che una ricostruzione come quella presentata permetta di spiegare, in maniera plausibile, buona parte dei problemi e delle intuizioni relativi alla relazione tra prova e verità che preoccupano i processualisti da molti anni. Rimane da sviluppare adeguatamente la nozione di accettazione di una proposizione e le sue differenze con altri atteggiamenti proposizionali, come la credenza. Però questo sarà l'argomento del capitolo successivo.

1. *Introduzione*

Nella letteratura processuale, relativamente alla nozione di prova come risultato della valutazione complessiva degli elementi di giudizio introdotti nel processo, è abituale il riferimento a nozioni quali convincimento, credenza, convinzione o certezza del giudice sui fatti accaduti. Nei due capitoli precedenti ho avuto l'opportunità di offrire un buon numero di esempi di questo tipo di riferimenti. Tutte le suddette nozioni pongono l'accento sugli atteggiamenti mentali presenti nel processo di determinazione dei fatti da parte del giudice o, se del caso, della giuria. Spesso, inoltre, si afferma che la finalità della prova coincide proprio con il fatto che l'organo decidente raggiunga uno degli atteggiamenti mentali citati riguardo alle proposizioni di fatto da provare (cioè il convincimento, la certezza e così via). Nel capitolo precedente ho analizzato l'accertamento dei fatti compiuto dal giudice nei termini di una sua accettazione della proposizione di fatto che si dichiara provata, sulla base degli elementi di giudizio presenti in causa. Anche in questo caso si prospetta un chiaro vincolo tra la prova di una proposizione e un atteggiamento mentale riguardo quella proposizione.

Tutti gli atteggiamenti mentali citati si riferiscono alle proposizioni che si intende provare e sono stati studiati, tradizionalmente, in ambito filosofico, a partire da Bertrand Russell, con il nome di «atteggiamenti proposizionali»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Una buona presentazione al riguardo si può trovare in Valdés [1996, 5 ss.].

La sufficienza degli elementi di giudizio a favore di una proposizione equivale all'accettabilità di questa proposizione. Una teoria sulla sufficienza degli elementi di giudizio si può intendere anche come una teoria sull'accettabilità delle proposizioni come vere.