

## VERITÀ E PROBABILITÀ NELLA PROVA DEI FATTI

Revista de Processo | vol. 154 | p. 207 | Dez / 2007 | DTR\2007\710

**Michele Taruffo**

Professor Ordinário de Direito Processual Civil da Università di Pavia.

**Área do Direito:** Internacional

; Civil

; Processual

**Sumário:** 1.Introduzione - 2.I nemici della verità - 3.Distinzioni fallaci - 4.Il valore della verità - 5.Probabilità e prova - 6.Gradi di probabilità e standards di decisione

### 1. Introduzione

Nei molti discorsi che si fanno intorno alla prova e all'accertamento dei fatti nel processo è ricorrente il luogo comune secondo il quale nel processo si accerta la verità dei fatti, e questo è lo scopo al quale è finalizzata l'assunzione delle prove. Quando si considera che il processo può non essere adeguato a stabilire una certezza assoluta intorno ai fatti della causa, allora si parla spesso di probabilità per indicare genericamente che nel contesto processuale solitamente ci si accontenta di qualche cosa di meno della verità in senso proprio. Si tratta di luoghi comuni molto diffusi, che hanno però l'inconveniente di non essere davvero condivisi dalla generalità di coloro che si occupano di questi problemi, e -comunque- di essere vaghi e per molti aspetti discutibili nel loro significato. E' dunque opportuno sottoporre ad analisi questi luoghi comuni, per vedere quale sia il senso che può essere ragionevolmente attribuito alle idee di "verità" e di "probabilità" nel contesto del processo.

### 2. I nemici della verità

Un primo importante aspetto dell'analisi critica che è opportuno svolgere su questi temi riguarda proprio il concetto di verità e il significato che ad esso può essere attribuito nell'ambito del processo. Al riguardo la prima osservazione che bisogna fare è che -contrariamente a quello che molti pensano- non è affatto ovvio che il concetto di verità venga comunemente accettato, ed ancor meno ovvio è che esso venga comunemente incluso tra gli scopi del processo giudiziario. Al contrario, si constata facilmente che quelli che chiamerei "nemici della verità"<sup>2</sup> sono moltissimi.<sup>3</sup> A volte la loro avversione nei confronti della verità è chiara e manifesta; più spesso non è espressa e rimane occulta e forse inconsapevole, ma è comunque alla base di vari orientamenti che appaiono piuttosto diffusi nella cultura filosofica e giuridica. Proprio per l'elevato numero e la grande varietà di questi atteggiamenti, non è possibile farne qui un elenco che pretenda di essere completo, e tanto meno è possibile procedere ad una loro analisi critica dettagliata. Vale però la pena di fare riferimento ad alcuni esempi che -trascurando per impossibilità una prospettiva storica che pure sarebbe interessante- possono bastare a giustificare la considerazione che deve essere dedicata ai "nemici della verità".

Poiché la cultura giuridica non vive in uno spazio vuoto e separato dal resto del mondo, qualche esempio significativo può essere tratto anzitutto dalla cultura filosofica degli ultimi anni. Oltre che a varie forme di irrazionalismo che hanno percorso la cultura anche giuridica europea del '900, e che sono tornate di moda soprattutto -ma non soltanto- in occasione del *revival* del pensiero di Heidegger, si può fare riferimento in particolare alle forme di scetticismo radicale nei confronti del problema della verità che emerge in vari esponenti del pensiero filosofico c.d. postmoderno. Tra i vari autori e le varie teorie che rientrano in questa tendenza,<sup>4</sup> un esempio significativo, anche per la larga notorietà che ha avuto, è quello di Richard Rorty. In vari luoghi dei suoi numerosi scritti<sup>5</sup> egli nega non solo la possibilità di qualsiasi verità, ma addirittura afferma che qualunque discorso intorno alla verità non è altro che un non-senso. Il pensiero di Rorty a questo proposito è stato oggetto di varie critiche anche assai dure,<sup>6</sup> tali da dimostrare la sostanziale inconsistenza delle sue tesi. Rimane tuttavia il fatto che se si condivide -in modo più o meno consapevole- un atteggiamento come quello di Rorty, allora bisogna concludere che anche parlare della verità nel contesto del processo significa fare un discorso privo di senso. Ad analoga conclusione occorre giungere se si aderisce alla tesi avanzata da un altro famoso esponente del postmodernismo, ossia Jacques Derrida, secondo il quale non esiste alcuna realtà conoscibile al di là del testo.<sup>7</sup> Nella cultura filosofica degli ultimi anni, ed in particolare in quella che è apparsa come maggiormente à la page, si è dunque diffusa una varietà di scetticismi che ha finito col collocare il problema della verità oltre i confini di ciò che sarebbe appropriato pensare e discutere

I nemici della verità come concetto dotato di senso nel contesto processuale non sono però soltanto coloro che affrontano il problema sul piano filosofico generale, e che quindi -destituendo di senso il concetto di verità su tale piano- non potrebbero ritenerlo dotato di senso all'interno della più specifica dimensione del processo giudiziario. Nemici non meno numerosi, infatti, si trovano anche nell'ambito dei giuristi che pur senza porsi esplicitamente -almeno nella maggior parte dei casi- il problema filosofico della verità, tuttavia condividono posizioni scettiche o comunque negative rispetto all'ipotesi che la scoperta della verità dei fatti possa o debba essere considerata come uno scopo del processo. Semplificando molto, per ragioni di chiarezza, un panorama di opinioni piuttosto vario, si potrebbero distinguere gli orientamenti di questi giuristi in due categorie principali, ossia: coloro che negano che la verità possa essere accertata nel processo, e coloro che negano che la verità debba essere ricercata nel processo.<sup>8</sup>

L'argomento che accomuna coloro che negano che la verità possa essere accertata nel processo fa perno solitamente sulla considerazione che il processo non è un luogo di ricerca scientifica in cui la verità possa essere ricercata indefinitamente, ed è invece caratterizzato da limitazioni di varia natura: esistono infatti norme che escludono la possibilità di avvalersi di determinati tipi di prove, norme che prescrivono procedimenti particolari per l'acquisizione delle prove, norme che vincolano la valutazione delle prove, ed anche norme che impongono di porre fine al processo e stabiliscono -con la cosa giudicata- l'immutabilità dei suoi risultati. Tutto ciò, si dice, renderebbe impossibile la ricerca della verità intorno ai fatti della causa. Quindi -è la conseguenza che se ne trae- bisogna rinunciare all'idea che la verità dei fatti possa essere stabilita nel processo:<sup>9</sup> al più si potrebbe parlare di una verità "formale", o "processuale", che non avrebbe nulla a che vedere con la verità "vera" che -sempre secondo questo orientamento- si potrebbe accertare fuori del processo.<sup>10</sup>

Coloro i quali negano che la verità debba essere accertata nell'ambito del processo si fondano -senza chiedersi in realtà se la verità possa essere accertata- su un atteggiamento teorico (*rectius*: ideologico) che muove da una premessa generale relativa alla funzione che si assegna al processo. Secondo questa ideologia, il processo è finalizzato esclusivamente alla soluzione del conflitto che ha dato luogo alla controversia.<sup>11</sup> Ciò che il processo persegue è soltanto un risultato di fatto, ossia la circostanza che le parti pongano fine al conflitto. In questa prospettiva, ciò che diventa particolarmente rilevante è che il procedimento che viene seguito per decidere la controversia possa legittimare la decisione che lo conclude, inducendo le parti ad accettarla e quindi -appunto- a non proseguire la controversia. Questa idea si ritrova in vari luoghi della cultura giuridico-filosofica degli ultimi decenni, dalla *Legitimation durch Verfahren* di Luhmann alla *procedural justice* di Rawls e degli esperimenti di psicologia sociale che hanno stabilito quale tipo di procedimento apre più adatto a suscitare negli interessati l'accettazione della decisione che lo conclude.<sup>12</sup> Peraltro, le sue manifestazioni più diffuse ed imponenti si trovano nelle teorizzazioni dell'*adversarial system* statunitense, secondo le quali tale sistema processuale è per definizione il migliore e risolve le controversie con soddisfazione delle parti, in quanto queste hanno il monopolio delle attività processuali ed istruttorie. In un diverso ambito culturale, un orientamento analogo emerge nei teorici di quello che definirei "veteroliberalismo" processuale, ossia l'orientamento secondo il quale il miglior sistema processuale sarebbe quello in cui il giudice è sostanzialmente privo di poteri, e tutto il processo è rimesso alla libera ed autonoma iniziativa delle parti.<sup>13</sup>

Benchè molto diversi tra loro sotto vari aspetti, questi orientamenti hanno in comune un carattere fondamentale che consiste nella più completa indifferenza rispetto alla qualità e al contenuto della decisione che pone fine al processo. Come si è detto, infatti, essi prendono in considerazione *soltanto* il procedimento, non la decisione che da esso viene prodotta. E' il processo che -se è strutturato facendo perno sulle parti- legittima la decisione: questo processo legittima qualsiasi decisione, dato che non esistono criteri autonomi -e indipendenti rispetto al procedimento- in base ai quali si possa stabilire quando una decisione è buona e quando non lo è.<sup>14</sup> In una prospettiva di questo genere, la verità dei fatti non assume alcun rilievo: è qualcosa di assolutamente trascurabile. Anzi: è qualcosa di fastidioso e di controproducente, per l'ovvia ragione che ricercare la verità richiede tempo, risorse ed attività processuali che non vale la pena di sprecare. I teorici più coerenti dell'*adversary system* lo dicono chiaramente: non bisogna ricercare la verità perché ciò renderebbe il sistema di risoluzione dei conflitti meno efficiente. Le parti, si dice, non sono interessate a ricercare la verità, e la verità può addirittura approfondire il conflitto invece che contribuire a risolverlo.<sup>15</sup> Non manca, tra i sostenitori della bontà dell'*adversary system*, qualcuno che pensa che si tratti di un buon metodo processuale per scoprire la verità dei fatti,<sup>16</sup> ma questa opinione sembra priva di fondamento: è storicamente confermato che l'*adversary system* non è mai stato orientato alla scoperta della verità,

<sup>17</sup> e pare comunque evidente che esso non sia finalizzato all'accertamento della verità dei fatti. <sup>18</sup>

Nell'ampio elenco di coloro che possono essere qualificati come "nemici della verità" vanno comunque inclusi anche coloro che, seguendo la prospettiva dell'orientamento di pensiero noto come *law and economics*, tendono a considerare la funzione del processo esclusivamente da punto di vista della efficienza economica della risoluzione dei conflitti. Così, ad esempio, si afferma che da un punto di vista economico la funzione principale del giudizio non è quella di produrre la conoscenza dei fatti, ma quella di dissuadere i consociati dal tenere comportamenti indesiderabili. <sup>19</sup>

### 3. Distinzioni fallaci

Molti dei discorsi fatti dai "nemici della verità" al fine di negare che la verità possa o debba essere ricercata nel processo utilizzano due distinzioni che sono diventate da tempo dei luoghi comuni, ma che appaiono completamente infondate: vale dunque la pena di parlarne, se non altro allo scopo di liberare il discorso teorico da complicazioni inutili e fuorvianti.

La prima di queste distinzioni, assai diffusa, è quella che si pone tra verità *assoluta* e verità *relativa*. Essa è particolarmente frequente in coloro che, nell'ambito della teoria del processo, assumono l'atteggiamento di quello che -parafrasando Popper- si può definire come assolutista deluso: si tratta di colui che muove dalla premessa che quando si parla di verità si parli di verità assoluta, per poi scoprire che nel processo non si possono scoprire verità assolute e concludere che -quindi- nel processo non si può scoprire la verità. Analogamente, e sempre presupponendo, più o meno implicitamente, che la verità possa solo essere assoluta, si dice che nel processo non si può scoprire la verità, e quindi bisogna accontentarsi di probabilità. <sup>20</sup>

La distinzione tra verità assoluta e verità relativa appare, però, sostanzialmente priva di senso. Nella cultura attuale si parla di verità assolute soltanto in qualche metafisica e in qualche religione integralista. Neppure la scienza, infatti, parla più di verità assolute, e nella vita quotidiana solo qualcuno irrimediabilmente ammalato di presunzione può affermare che le sue verità sono assolute. Accade normalmente, quindi, in generale ed in particolare nel diritto e nel processo, che si possa parlare correttamente soltanto di verità "relative": ogni verità, infatti, è *context-laden* ed è vincolata alla situazione in cui viene ricercata e stabilita, alle informazioni su cui si fonda, al metodo che si segue per stabilirla, alla validità ed efficacia dei controlli che si pongono in essere per confermarla. <sup>21</sup> Ciò accade nella scienza, ed a maggior ragione accade in contesti meno rigorosi, come quello del processo. Tuttavia, il fatto che si possa sensatamente parlare, in generale e nel contesto del processo, soltanto di verità relative, non significa che la verità non esista, non abbia senso e non possa essere stabilita: significa soltanto che la verità non è mai assoluta e va stabilita sulla base delle prove disponibili. Ciò vale in tutti gli ambiti di conoscenza razionale, e vale in particolare nell'ambito del processo. E' dunque opportuno convenire che quando si parla di verità processuale si parla solo di verità relativa, lasciando le verità assolute ad altri ambiti, nei quali della verità non si dà alcuna dimostrazione razionale.

La seconda distinzione della quale è utile liberarsi, e che in qualche misura coincide con quella ora discussa, è quella che viene frequentemente proposta, in particolare dai processualisti, e che si fonda sulla differenza tra verità *formale* e verità *materiale*, sostanziale o reale. Secondo i fautori di questa distinzione nel processo si può stabilire solo una verità "formale", o una "fissazione formale dei fatti", mentre fuori del processo si accerterebbe la verità "reale". La verità che si accerta solo nel processo sarebbe soltanto formale, e diversa da quella reale, a causa dei limiti normativi, temporali e pratici, che la disciplina e il funzionamento concreto del processo pongono alla ricerca della verità; fuori del processo si stabilirebbe invece la verità reale dato che questi limiti non esistono. Anche questa distinzione sembra infondata, e quindi degna di essere abbandonata. <sup>22</sup> Da un lato, infatti, non è vero che esistano due verità diverse, una processuale ed una extraprocessuale. Dall'altro lato, non è vero che fuori del processo non vi siano limiti alla scoperta della verità, mentre il processo pone limiti e quindi costringerebbe ad accertare qualcosa di diverso da ciò che si potrebbe accertare fuori del processo. Come si è appena detto, invero, qualunque verità è relativa alle informazioni su cui si fonda e ai metodi che si impiegano per accertarla, e ciò vale allo stesso modo all'interno del processo e fuori del processo. Non esistono, dunque "due" verità diverse, e tanto meno esiste una specifica verità tipica del processo e diversa dalla verità extraprocessuale. <sup>23</sup> In tutti i casi, nel processo come fuori del processo, il problema della verità è quello della migliore approssimazione possibile alla realtà storica ed empirica dei fatti che bisogna accertare. <sup>24</sup>

Bisogna invece sottolineare che esistono processi nei quali la ricerca della verità viene facilitata e

favorita dalla disciplina delle prove e del procedimento, e processi nei quali questa ricerca viene ostacolata o resa addirittura impossibile. La distinzione rilevante, quindi, non è tra ciò che accade nel processo e ciò che accade fuori del processo, ma tra i diversi tipi di processo. Esistono infatti processi nei quali la ricerca della verità viene resa particolarmente difficile proprio dalle norme processuali e probatorie. Se, ad es., si pensa ad un processo in cui vi sono varie norme di prova legale e molte norme che impongono l'esclusione di prove rilevanti per l'accertamento dei fatti, si pensa ad un contesto processuale nel quale difficilmente si può scoprire la verità. In questo caso non si può dire che venga accertata una verità "formale". Semplicemente non si accerta la verità, perché la disciplina del processo ostacola, invece di favorire, l'accertamento della realtà dei fatti. Considerazioni analoghe possono essere fatte a proposito dei molti casi in cui si prevedono procedimenti sommarî, nei quali i fatti non si stabiliscono in base alle prove, ma in base alla verosimiglianza della narrazione che qualcuno ha proposto dei fatti della causa.<sup>25</sup> Può anche accadere che procedimenti di questo genere siano utili a qualche scopo pratico, ma non si può dire che essi siano orientati alla scoperta di una verità "formale". È più corretto dire -invece- che in essi si privilegiano altri valori, diversi da quello della scoperta della verità, per conseguire i quali si paga il costo consistente nel non fondare la decisione sulla verità dei fatti.

Al contrario, esistono tipi di processo che risultano orientati verso la scoperta della verità. Se si immagina un processo nel quale tutte le prove utili all'accertamento dei fatti possano essere prodotte ed utilizzate, e nel quale le prove vengano valutate dal giudice in maniera discrezionale e con lo scopo di stabilire la verità dei fatti, si sta pensando ad un processo nel quale è più agevole l'accertamento della verità "reale".

In sostanza, la verità che si accerta nel processo non è "formale" per il solo fatto che viene accertata all'interno del processo; piuttosto, si tratta di una verità che è più o meno approssimata alla verità "reale" a seconda di come è strutturato il processo nel quale essa viene stabilita.

#### 4. Il valore della verità

Mentre i "nemici della verità" finiscono col negare qualsiasi valore alla verità e ai discorsi sulla verità, sembra possibile argomentare in senso esattamente contrario, attribuendo alla verità un valore positivo, e quindi configurandola come qualcosa "che importa",<sup>26</sup> e che quindi vale la pena di essere ricercata e per quanto possibile conseguita. Si tratta di un valore "regolativo" che orienta l'atteggiamento che si deve avere nei confronti dei fatti, ma questa sua natura di "punto di riferimento" non ne fa venir meno l'importanza, ed anzi consente di configurarlo come valore di rilevanza generale.<sup>27</sup> Vi sono almeno quattro ragioni che possono essere invocate a sostegno di questa attribuzione di valore alla verità.

Anzitutto, si può pensare alla verità come ad un valore di carattere *morale*. Da un lato, infatti, sarebbe inaccettabile qualunque sistema etico fondato sulla falsità, o anche soltanto sull'indifferenza rispetto alla distinzione tra il vero e il falso. Sarebbe cioè inaccettabile qualunque sistema morale che in qualunque modo attribuisca legittimazione alla falsità. Dall'altro lato, la verità si può configurare come un requisito essenziale dell'integrità intellettuale dell'uomo,<sup>28</sup> e della sincerità e fiducia sulle quali dovrebbero fondarsi i rapporti interpersonali.<sup>29</sup>

In secondo luogo, la verità assume un valore di carattere *politico*. Come ha chiaramente spiegato Michael Lynch, "concern for truth is a constitutive part of liberal democracy".<sup>30</sup> Analogamente, uno dei maggiori filosofi del '900, ossia Bernard Williams, ha messo in luce le connessioni dirette che esistono tra verità, democrazia e libertà.<sup>31</sup> Il nucleo fondamentale del valore politico della verità consiste nel fatto che il potere democratico deve fondarsi, per essere tale, su un "patto di verità" con i cittadini.<sup>32</sup> La storia dimostra, d'altronde, che la menzogna e l'inganno sono stati e sono gli strumenti tipici con i quali i sistemi di potere autoritari o totalitari esercitano il dominio sulla società.<sup>33</sup>

In terzo luogo, appare evidente che la verità rappresenta un valore fondamentale nell'ambito della teoria della conoscenza, ed è quindi un valore di carattere *epistemologico*.<sup>34</sup> Sarebbe invero assurda qualunque epistemologia fondata sull'idea che la conoscenza debba orientarsi verso la falsità e l'errore, o sulla premessa che non vi sia nessuna differenza tra conoscenze vere ed affermazioni false.<sup>35</sup>

Infine, pare lecito considerare la verità anche come un valore di carattere *giuridico*. In questo senso è sufficiente ricordare che in molte aree del diritto e in molti istituti giuridici, dai contratti alla prova

testimoniale, la verità rappresenta una condizione essenziale di validità di un atto o di una dichiarazione.

Nell'ambito del valore giuridico della verità è possibile mettere in particolare rilievo il valore *processuale* che alla verità va riconosciuto. Questo valore processuale risulta evidente se si pensa che il processo sia finalizzato non solo a risolvere controversie, bensì a risolvere controversie per mezzo di decisioni giuste. La giustizia della decisione, infatti, non dipende soltanto dal fatto che essa costituisca l'esito di un processo che si è svolto in modo corretto, ossia nel rispetto di tutte le garanzie che riguardano l'indipendenza e l'imparzialità del giudice e i diritti delle parti, né soltanto dal fatto che il giudice abbia correttamente interpretato ed applicato la norma che viene assunta come criterio giuridico di decisione. Queste condizioni sono necessarie, ma non sono sufficienti a determinare la giustizia della decisione. Come affermano molti filosofi,<sup>36</sup> vari processualisti,<sup>37</sup> ed addirittura anche un fact-skeptic come Jerome Frank,<sup>38</sup> nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su una ricostruzione errata, non veritiera, dei fatti che costituiscono l'oggetto del processo. Da questo punto di vista, la verità della decisione sui fatti costituisce una condizione necessaria della giustizia della decisione stessa.<sup>39</sup> Come ha efficacemente scritto Mirjan Damaška, "accuracy in fact-finding constitutes a precondition for a just decision".<sup>40</sup>

In realtà, pochi sarebbero disposti ad ammettere che una sentenza fondata su un accertamento falso dei fatti sia una buona sentenza, e tanto meno sarebbero disposti ad ammettere che una sentenza di questo genere possa considerarsi giusta. Più in generale, sarebbe assai difficile ammettere che un ordinamento nel quale l'amministrazione della giustizia si fondi sistematicamente sulla legittimazione dell'errore e della falsità nell'accertamento dei fatti, o -il che è lo stesso- sull'indifferenza verso la distinzione tra un accertamento falso ed un accertamento veritiero, sia un buon ordinamento, ossia un ordinamento nel quale si amministra una giustizia degna di questo nome.

Tuttavia, anche quando si ammette che l'accertamento della verità rappresenti una delle finalità che il processo deve cercare di conseguire, spesso si dice che la ricerca della verità deve essere resa compatibile con la realizzazione di altri valori e di altri interessi, e quindi in varia misura limitata, se non del tutto esclusa. Vi sarebbero, cioè, vari fattori che contrastano con la ricerca della verità nell'ambito del processo, e che spesso prevalgono sulla realizzazione del valore costituito dall'accertamento della verità.<sup>41</sup> Questi fattori sono della natura più diversa, ed includono ad esempio la disciplina di vari mezzi di prova, l'esclusione di determinate prove o della possibilità di provare determinati fatti, la presenza di regole di prova legale, l'esigenza che il processo si concluda rapidamente, la necessità di fondare la decisione su un accertamento sommario o incompleto dei fatti, e così via. In sostanza, la ricerca della verità nell'ambito del processo potrebbe essere limitata, o addirittura esclusa, in funzione dell'opportunità di far prevale l'attuazione di valori o la soddisfazioni di interessi che con tale ricerca entrano in conflitto. Si tratta di un argomento che si incontra spesso, e che richiede qualche ulteriore considerazione.

Da un lato, come si è detto in precedenza, non è dubbio che la verità della quale si può parlare nell'ambito del processo sia relativa, contestuale, approssimata e dipendente dalla quantità e dalla qualità delle informazioni che le prove introducono nel processo. Dall'altro lato, però, ciò non implica che il valore della verità debba essere messo sullo stesso piano di qualunque altro valore o interesse che possa avere qualche rilevanza, né -tanto meno- che il valore rappresentato dalla ricerca della verità debba sempre essere sacrificato per dare la priorità a qualunque altro valore o interesse che per qualche ragione possa entrare in conflitto con la ricerca della verità. Il problema, dunque, non è semplicemente quello di trovare un punto di equilibrio tra la ricerca della verità e i fattori che con essa contrastano,<sup>42</sup> né -tanto meno- di limitarsi a constatare che questi fattori debbono avere necessariamente la prevalenza. Ciò che occorre è -invece- una più appropriata qualificazione del valore rappresentato dalla verità nell'ambito del processo.

Se, come si è detto più sopra, si tratta di un importante valore etico, politico ed epistemico, oltre che giuridico, e se la verità dell'accertamento dei fatti costituisce una condizione necessaria della giustizia della decisione, allora non si può fare a meno di qualificare come *fondamentale* il valore rappresentato dalla verità nel contesto del processo. Non si tratta, però, di una qualificazione meramente retorica. Dire che la verità rappresenta un valore fondamentale del processo significa che l'attuazione di questo valore dovrebbe prevalere sulla soddisfazione di interessi o sull'attuazione di valori che non siano altrettanto fondamentali, o che non siano affatto fondamentali. Non si tratta, come si è già accennato, di trovare il punto di equilibrio tra la ricerca della verità e i fattori che con tale ricerca contrastano, ma di stabilire quale valore deve prevalere su un altro. In questa prospettiva si

può ritenere che soltanto l'attuazione di valori a loro volta fondamentali possa esser fatta talvolta prevalere sul valore della verità, in caso di contrasto. Così, ad esempio, si può ritenere che l'esclusione dell'impiego di prove illecite, pur comportando una riduzione della possibilità di accertare la verità, sia giustificata in quanto si tratta di dare effettiva attuazione a valori che possono essere a loro volta considerati fondamentali, come la riservatezza o la libertà delle persone. Spesso, però, ci si trova di fronte a regole di esclusione di mezzi di prova, come la hearsay rule del diritto nordamericano o la proibizione di usare la testimonianza per provare certi contratti che esiste nel diritto italiano e nel diritto francese, che possono avere qualche giustificazione storica o tecnica ma non sono finalizzate all'attuazione di valori che possano considerarsi fondamentali. Si dovrebbe allora concludere che queste regole di esclusione non meritano di essere conservate: esse, infatti, limitano o impediscono la ricerca della verità ma non soddisfano interessi o valori di livello uguale o superiore a quello della verità.

Un'altra importante conseguenza della qualificazione del valore della verità come fondamentale è che in questo modo si stabilisce un criterio per valutare la qualità e la funzionalità dei vari tipi di processo. Non è possibile svolgere qui questo argomento in tutti i suoi aspetti, ma sembra evidente che se un processo include molte regole di prove legale, molte regole di esclusione di prove che sarebbero rilevanti per l'accertamento dei fatti, e molte limitazioni delle attività probatorie delle parti e del giudice, questo processo risulta essere particolarmente inadeguato alla realizzazione del valore costituito dalla verità dei fatti. Al contrario, se un processo non include regole d'esclusione di prove rilevanti (fatta salva, eventualmente, la regola che impedisce l'uso di prove illecite), permette lo svolgimento di tutte le attività istruttorie delle parti e l'esercizio di adeguati poteri istruttori del giudice, e sottopone la valutazione delle prove alla razionale discrezionalità del giudice orientata alla determinazione della verità dei fatti, allora questo processo risulta essere di gran lunga migliore, proprio perché tende a massimizzare la possibilità che la verità dei fatti venga effettivamente conseguita. Come si è detto più sopra, infatti, la verità che si consegue nel processo è contestuale, ma non tutti i contesti processuali sono uguali e portano a stabilire "la stessa" verità. Alcuni contesti processuali consentono invero una migliore approssimazione alla verità dei fatti, mentre altri contesti processuali limitano, ostacolano o addirittura escludono che la verità possa essere determinata. Così, ad esempio, è chiaro che un sistema processuale rigorosamente *adversarial* non è orientato verso la verità, mentre è più orientato in questo senso un sistema processuale nel quale il giudice disponga di poteri d'ufficio per acquisire prove rilevanti non dedotte dalle parti.<sup>43</sup>

## 5. Probabilità e prova

In molti dei discorsi di coloro che escludono la possibilità che in un processo si accerti la verità si riscontra la tendenza a porre il problema della decisione sui fatti in termini di *probabilità*. Si dice, cioè, che il processo non accerta la verità ma stabilisce conclusioni "probabili" intorno ai fatti. In questo uso linguistico assai diffuso si annidano però almeno due errori concettuali. Il primo errore è già stato segnalato in precedenza, e consiste nel pensare alla verità come verità assoluta per poi concludere che essa non può essere stabilita nel processo. Il secondo errore consiste nell'intendere la probabilità come una sorta di livello inferiore di conoscenza: in questo uso vago e indeterminato "probabile" diventa sinonimo di "incerto", "non sicuro", "possibile", "opinabile", "verosimile" e così via. Il fatto è che questa concezione sostanzialmente negativa e limitativa dell'idea di probabilità è priva di fondamento, oltre a produrre una serie di confusioni e di malintesi concettuali.

Va considerato, al contrario, che la probabilità non solo è da tempo oggetto di approfondite analisi filosofiche e matematiche, e costituisce un campo assai complesso ed articolato del pensiero, ma rappresenta una prospettiva molto utile e feconda per chi intenda razionalizzare il ragionamento del giudice intorno alle prove e all'accertamento dei fatti. In questa direzione, la probabilità non solo non è una sorta di *cognitio inferior* rispetto alla verità, ma si può intendere come sinonimo della verità che si può stabilire nel contesto processuale. Si può dunque parlare di "verità probabile" senza nessuna contraddizione, per indicare la verità "relativa" che -come già si è visto- è la sola verità della quale si può sensatamente parlare sia nel processo, sia in moltissimi altri campi della conoscenza comune e scientifica. Non si tratta di una scoperta particolarmente originale, poiché l'uso della probabilità come strumento concettuale per razionalizzare la valutazione giudiziale delle prove, e stabilire il grado di conferma che le prove forniscono agli enunciati sui fatti della causa, è da molto tempo un luogo comune in varie culture giuridiche: esiste anzi una vasta letteratura che elabora costruzioni probabilistiche del ragionamento del giudice con lo scopo di ancorare tale ragionamento a criteri razionalmente controllabili.

A questo proposito occorre però qualche ulteriore considerazione. Ciò è reso necessario dal fatto che il concetto di probabilità non è -e non è mai stato- un concetto semplice ed omogeneo, con la conseguenza che non sono né semplici né omogenee le applicazioni che di tale concetto si propongono nell'ambito del processo. Semplificando radicalmente un discorso che dovrebbe essere assai esteso e complesso, va infatti ricordato che solitamente si distinguono almeno due concezioni fondamentali della probabilità: una è la probabilità detta "pascaliana", o quantitativa, che serve a calcolare la frequenza di un evento determinato all'interno di una classe di accadimenti; l'altra è la probabilità detta "baconiana", o logica, che serve a stabilire il grado di conferma logica di un enunciato sulla base dell'informazione che si riferisce a quell'enunciato.<sup>44</sup>

Negli ultimi decenni si è sviluppata, principalmente negli Stati Uniti, una scuola di pensiero secondo la quale la concezione quantitativa della probabilità, ed in particolare il teorema di Bayes, sarebbe lo strumento concettuale più adeguato per la razionalizzazione del ragionamento del giudice sulle prove. Questa impostazione ha dato luogo ad una notevole quantità di contributi e di ipotesi applicative,<sup>45</sup> ma non sembra che abbia avuto successo nel fornire una versione oggettiva e "calcolabile", in termini di probabilità quantitativa, della valutazione delle prove. Non è possibile fornire qui una giustificazione analitica di questa opinione: basti accennare al fatto che il teorema di Bayes presuppone la precisa quantificazione di alcuni fattori che tuttavia non sono quantificabili nel contesto del processo: ciò pare essere una ragione sufficiente per sostenere che la concezione bayesiana del ragionamento probatorio non è di alcuna utilità nella grandissima maggioranza dei casi concreti, e certamente non può costituire il modello del ragionamento del giudice.<sup>46</sup> Vero è infatti che in talune situazioni si può ammettere l'uso probatorio delle frequenze statistiche, ma ciò non rappresenta la normalità, oltre a creare una serie di problemi di difficile soluzione e numerosi rischi di fraintendimento e di errore.<sup>47</sup>

La realtà del contesto processuale, e dell'uso che in esso viene fatto delle prove con il fine di accertare della verità dei fatti, viene assai meglio interpretata dal concetto di probabilità come conferma logica, nel quale la probabilità corrisponde appunto al grado di conferma che le prove disponibili attribuiscono agli enunciati relativi ai fatti della causa.<sup>48</sup> In questa prospettiva, si può dire che la verità dei fatti equivale al grado di conferma -o di probabilità logica- che le prove attribuiscono agli enunciati nei quali i fatti della casusa sono descritti. Non vi è dunque una distinzione concettuale tra verità e probabilità: la verità "relativa" si esprime in termini di probabilità logica, nel senso che si considera "vero" l'enunciato di fatto che in base alle prove raggiunge un grado adeguato di conferma logica.<sup>49</sup> In questa prospettiva, la funzione della prova consiste nel fornire al giudice i dati conoscitivi necessari per stabilire qual è il grado di conferma che spetta agli enunciati di fatto, e quindi per decidere quale di questi enunciati può essere assunto come "vero".

## 6. Gradi di probabilità e standards di decisione

Poiché la decisione sui fatti si fonda sulla scelta della descrizione di essi che dalle prove riceve un grado adeguato di conferma logica, si tratta ora di stabilire in che cosa consiste e come si determina l'adeguatezza del grado di conferma che il giudice deve prendere in considerazione. In proposito è utile distinguere a seconda che esistano o non esistano criteri normativi finalizzati a guidare la scelta del giudice.

In molti casi questi criteri non esistono. E' quanto accade in tutti i sistemi processuali civili nei quali la valutazione delle prove, e quindi la decisione sui fatti, viene affidata alla discrezionalità del giudice. Si tratta del ben conosciuto principio del "libero convincimento", che con varie formulazioni è presente in molti ordinamenti. Peraltro, che il convincimento che il giudice forma sulle prove sia libero significa che esso non è vincolato da norme (di prova legale), ma non significa che esso possa essere casuale o arbitrario;<sup>50</sup> esso, anzi, deve essere guidato da regole logiche e da criteri che ne consentano una formulazione razionale e controllabile. In questa prospettiva emerge la possibilità di applicare un criterio razionale di decisione, che si può definire come il criterio della *probabilità prevalente*. In termini generali questo criterio dice che in presenza di più ipotesi relative all'esistenza o inesistenza di un fatto, è razionale scegliere l'ipotesi che sulla base delle prove ha acquistato il grado relativamente più elevato di conferma logica.<sup>51</sup> Il criterio della probabilità prevalente include in realtà due regole: quella del "più probabile che no" e quella della "prevalenza relativa della probabilità".

La regola del *più probabile che no* implica che per ogni enunciato fattuale si consideri la possibilità che esso sia vero o falso, il che implica che sullo stesso fatto vi sono sempre due ipotesi complementari: una positiva e l'altra negativa. Tra queste due ipotesi il giudice deve scegliere quella

che, in base alle prove, ha un grado di conferma logica superiore all'altra: sarebbe infatti irrazionale preferire l'ipotesi che risulta essere meno probabile dell'ipotesi inversa. Se si pensa all'ipotesi positiva, ciò si verifica quando le prove hanno fornito una conferma della verità dell'enunciato sul fatto. Si avrà invece una probabilità prevalente dell'ipotesi negativa quando sull'esistenza del fatto non vi sono prove, o vi sono elementi di prova deboli ed incerti, o contraddittori., ed a maggior ragione quando vi siano prove che dimostrano la verità dell'ipotesi che nega l'esistenza del fatto.

La regola della *prevalenza relativa* entra in gioco quando a proposito dello stesso fatto vi sono ipotesi diverse, ossia quando il fatto viene narrato da vari enunciati in maniere diverse. Prendendo in considerazione solo quelle ipotesi che in base alle prove sono risultate "più probabili che no", ossia quelle che hanno ricevuto una conferma probatoria positiva, la regola in questione implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato di fatto che ha ricevuto dalle prove il grado di conferma relativamente maggiore.

La situazione appare notevolmente diversa quando esistono standards normativi che si riferiscono alla scelta del giudice intorno a ciò che si considera vero in quanto provato. L'esempio principale è costituito dalle ipotesi nelle quali si ritiene che nel processo penale si possa irrogare la condanna solo quando la colpevolezza dell'imputato risulta provata "al di là di ogni ragionevole dubbio". Si tratta del criterio della *proof beyond any reasonable doubt* che si è da tempo affermato nella giurisprudenza delle corti nordamericane, e che viene seguito anche in vari ordinamenti di civil law.<sup>52</sup> Si tratta evidentemente della conseguenza di una scelta fondamentale di carattere etico, prima ancora che giuridico, secondo la quale è preferibile che molti colpevoli vengano assolti piuttosto che un innocente sia condannato. Questa opzione etica porta a vere conseguenze, una delle quali riguarda appunto il grado di conferma probatoria che l'ipotesi relativa alla colpevolezza dell'imputato deve conseguire perché possa considerarsi come "vera" e possa quindi dare fondamento alla condanna. Tale grado non è precisamente determinabile, ma è evidente che esso deve essere particolarmente elevato: si tratta di un grado di conferma assai più elevato di quello della probabilità prevalente, e che deve essere praticamente equivalente o approssimabile alla certezza intorno alla veridicità dell'enunciato di fatto

La possibilità che, a seconda dei casi, si impieghino diversi standards probatori non fa venir meno, comunque, la premessa per cui il ragionamento del giudice è razionalmente interpretabile in termini di probabilità logica, e la funzione della prova si esplica tipicamente nel fornire al giudice gli elementi conoscitivi in base ai quali va determinato il grado di conferma logica degli enunciati di fatto.

---

2. In senso molto simile Alvin Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 7 ss., parla di *veriphobia* per indicare i vari orientamenti di pensiero che "hanno paura" della verità.

3. Riferendosi solo all'ambito filosofico, Goldman osserva giustamente (op. cit., p. 9), che "Purveyors of anti-truth hostility are legion". A questi vanno aggiunti le legioni dei nemici della verità che esistono tra i giuristi, dei quali si dirà più oltre nel testo.

4. Per un esame abbastanza ampio al riguardo cfr. Goldman, op. cit., p. 9 ss.; cfr. anche Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, Lawrence, Kansas, 1997, p. 13 ss.

5. Cfr. ad esempio i saggi raccolti in Rorty, *Truth and Progress. Philosophical Papers*, v. 3, Cambridge, Mass., 1998.

6. Ad esempio, Goldman, op. cit., p. 11, parla del "palpable error" che sta alla base del pensiero di Rorty sulla verità, e definisce come "strikingly abortive" i suoi argomenti contro la tesi che ammette la conoscibilità della verità (p. 27). Altre critiche taglienti sono quelle svolte da Susan Haack in *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago-London 1998, p.18 ss., la quale parla, a questo proposito, di una "wearily arrogant denigration of the concern for truth" (p. 23) e di "intellectual kidnapping" (p. 25).

7. Per una sintesi e una critica di questa posizione cfr. Goldman, op. cit., p. 17 ss. Sul pensiero di Derrida cfr. anche Litowitz, op. cit., p. 87 ss.

8. Più diffusamente intorno a questi orientamenti cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 7 ss. (tr.sp.: *La prueba de los hechos*, Madrid 2002, p. 27 ss.).
9. Cfr. ad es. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 3. ed., Madrid, 2002, p. 244, 248.
10. Su queste concezioni della verità v. *infra*, par. 3.
11. Su questa concezione del processo è tuttora fondamentale l'analisi di Dama#ka, *I volti della giustizia e del potere. Un'analisi comparatistica*, tr.it. Bologna 1991, p.173 ss. In senso critico al riguardo cfr. in particolare Fiss, *The Law as It Could Be*, New York-London, 2003, p. 21 ss., 51 ss.
12. Cfr. in particolare i saggi raccolti in Lind-Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York-London 1988 e in *Procedural Justice*, ed. by K. F. Rohl and S. Machura, Dartmouth 1997.
13. Su questo orientamento cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2006, p. 451 ss. (tr.sp.: *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, in *Rev. Dir. Proc.* 2006, 2, p. 401 ss.).
14. Cfr. Dama#ka, op. cit., p. 239.
15. Cfr. ad es. Landsman, *The Adversary System. A Description and A Defense*, Washington-London 1984; Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, in 64 *Va.L.Rev.* 1978, p. 9 ss. In senso critico, ma confermando che questo è un aspetto fondamentale della concezione nordamericanna della giustizia, cfr. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way to Law*, Cambridge, Mass., 2001, p. 99 ss.
16. Cfr. ad es. Landsman, op. cit., p. 5, 36; Walpin, *America's Adversarial and Jury System: More Likely to do Justice*, in 26 *Harv. J. Law & Publ. Pol.* 2003, p. 175 ss.
17. Cfr. Langbein, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, Oxford-New York 2003, p.332 ss.
18. Per la giustificazione di questa affermazione cfr. Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova 1979, p. 44 ss.
19. Cfr. Franzoni-Marchesi, *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, 2006, p. 178, ove si attenna il peso dell'affermazione ammettendo che la conoscenza dei fatti possa essere almeno indirettamente perseguita nel processo.
20. Cfr. ad es. Franzoni-Marchesi, op. cit., loc. cit.
21. Più ampiamente in proposito cfr. Taruffo, *La prova*, cit., p. 53 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 71 ss.).
22. In proposito cfr. le argomentazioni svolte da Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 63 ss.. Cfr. anche Taruffo, *La prova*, cit., p. 152 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 176 ss.).
23. Su questi temi cfr. per tutti Ferrer Beltrán, op. cit., p. 71.
24. V. più ampiamente Taruffo, *La prova*, cit., p.155 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 179 ss.).
25. Sulla distinzione concettuale tra verosimiglianza e verità cfr. Taruffo, *La prova*, cit., p. 158 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 183 ss.).
26. Il riferimento è al sottotitolo del recente libro di Michael Lynch, *True to Life. Why Truth Matters*, Cambridge, Mass., London 2004, interamente dedicato a dimostrare l'importanza della verità.
27. In particolare sulla verità come valore regolativo cfr. Parrini, *Verità e realtà*, in *La verità. Scienza, filosofia e società*, a cura di S.Borutti e L.Fonnesu, Bologna, 2005, p. 92 ss.
28. Su questo punto cfr. in particolare Lynch, op. cit., p. 131 ss.

29. In questo senso cfr. in particolare Williams, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton 2002, p. 88 ss.
30. Cfr. Lynch, op. cit., p. 160 ss.
31. Cfr. Williams, op. cit., p. 210 ss.
32. Di "patto di verità" tra governo e popolo parlava Roosevelt, come opportunamente ricorda Eduardo Couture sottolineando come in esso si ritrovi l'aspetto affermativo e concreto della democrazia: cfr. Couture, *El arte del derecho y otras meditaciones*, 1, Mexico, 2002, p. 14.
33. Un esempio significativo è la curiosa "teoria della verità" con la quale Donald Rumsfeld ha tentato di giustificare la guerra in Iraq affermando l'esistenza delle armi di distruzione di massa che si affermavano essere in possesso del regime di Saddam Hussein, ma che non esistevano. Un'interessante discussione di questo esempio si trova in Norris, *Epistemology. Key Concepts in Philosophy*, London-New York, p.18 ss.
34. Per un ampio esame del problema della verità nell'epistemologia moderna cfr Goldman, op. cit., p. 41 ss. Per un approccio critico cfr. Norris, op. cit., p. 129 ss.
35. Esistono tuttavia orientamenti epistemologici nei quali si nega il valore o la possibilità della verità: cfr. il panorama tracciato da Goldman, op. cit., p. 7 ss.
36. V. per tutti Atiyah-Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987, p. 157 ss.; Heller, *Oltre la giustizia*, tr.it. Bologna, 1990, p. 21, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, II ed., Bari, 1990, p. 9 ss., 44.
37. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, Taruffo, *La prova*, cit., p. 43 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 63 ss.).
38. Cfr. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American justice*, Princeton, 1950, p. 95 ss.
39. Per uno svolgimento più ampio di quest'argomentazione cfr. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 219 ss. (tr.sp.: *Sobre las Fronteras. Escritos Sobre la Justicia Civil*, Bogotá, 2006, p. 199 ss.).
40. Cfr. Dama#ka, *Truth in Adjudication*, in 49 *Hastings L.J.* 1998, p. 289.
41. In argomento cfr ad es. Dama#ka, op. cit., p. 290 ss.; Id., *Epistemology and legal regulation of proof*, in 2 *Law, Probability and Risk* 2003, p. 117 ss.
42. Questo sembra essere invece l'orientamento di Dama#ka in *Epistemology*, cit.
43. In proposito cfr. in particolare Taruffo, *Poteri probatori*, cit., p. 475 ss. (tr.sp.: *Poderes probatorios*, cit., p. 427 ss.).
44. Su questa distinzione, ormai divenuta un luogo comune nella teoria della probabilità, cfr. in particolare Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 5 ss., 144 ss.; Id., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, tr.it. Milano, 1998, p. 5 ss., 49 ss., 137 ss., 171 ss.; Hacking, *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica*, tr.it. Milano, 1987, p. 21 ss., 37 ss. Cfr. anche Taruffo, *La prova*, cit., p. 166 ss., 199 ss. ( *La prueba*, cit., p. 190 ss., 223 ss.).
45. Cfr. ad es. i saggi ora tradotti nel volume *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianismo*, a cura di Peter Tillers ed Eric D.Green, Milano, 2003, ed in particolare Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore 1994.
46. Per un più ampio svolgimento cfr. Taruffo, *La prova*, cit., p. 168 ss. (tr.sp. *La prueba*, cit., p. 193

---

ss.).

47. In argomento cfr. per tutti Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002.

48. In proposito cfr. soprattutto Cohen, op. cit. Cfr. anche Taruffo, *La prova*, cit., p.199 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 223 ss.).

49. In proposito cfr. in particolare Ferrer Beltrán, op. cit., p. 77 ss.

50. Su questo aspetto del problema cfr. più ampiamente Taruffo, *La prova*, cit., p. 369 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p.394 ss.).

51. Sul fondamento razionale di questo criterio v. in particolare Clermont-Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, in 50 *Am.J.Comp.L.* 2002, p. 251 ss. Cfr. anche Taruffo, *La prova*, cit., p. 272 ss. (tr.sp.: *La prueba*, cit., p. 298 ss.).

52. In argomento cfr. per tutti, e per un'ampia esposizione del tema, Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., Milano, 2003, p. 116 ss., 154 ss., 195 ss. Per un approccio critico cfr. Laudan, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in 9 *Legal Theory* 2003, p. 295 ss.