

RIFLESSIONI SULL'ACCERTAMENTO DEI FATTI GIURIDICI

Rileggendo "Filosofia della prova giuridica" di Giovanni Tuzet

di Gaetano Carlizzi

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La questione morfologica. – 2. La questione teleologica. – 3. La questione metodologica.

0. Premessa

Tra le esperienze più stranianti che possono capitare a chi frequenta abitualmente le aule di Giustizia, vi è la scoperta delle svariate difficoltà di tradurre in un discorso rigoroso e ben fondato le convinzioni maturate sui fatti in decisione.

Certo, alcune di queste difficoltà sono ineliminabili, in quanto connaturali al giudizio, che sopraggiunge sempre alle vicende che ne formano oggetto. Altre difficoltà, tuttavia, dipendono dalla carenza di una "cultura della prova" consolidata e diffusa, ossia di un *corpus* di nozioni e direttive organico e ben recepito, che possa fungere da grammatica della controversia. Senso e ruolo di "*quaestio facti*" e "*quaestio iuris*", "abduzione", "criterio inferenziale", "attendibilità", "capacità di conferma", "congruenza" e così via sono tuttora circondati da un alone di incertezza, e non è facile indicare una direzione in cui procedere per superare lo stallo che ne deriva.

Nella maggior parte dei casi, peraltro, la descritta carenza di una cultura della prova genera anomalie che neppure sono più avvertite come tali, tanto da essere ormai tollerate a titolo quasi-consuetudinario. Con riguardo al processo penale, sul quale si concentrerà l'attenzione nel prosieguo, si possono indicare, a titolo di esempio, alcune situazioni ricorrenti: dall'imputato che, in sede di esame, divaga dal nucleo dell'accusa, per soffermarsi su circostanze *eccentriche* all'imputazione; al difensore convinto che la propria narrazione dei fatti possa prevalere su quella antagonista in base al semplice criterio della maggiore *verosimiglianza*; al pubblico ministero che formula l'ipotesi di accusa perché è l'unica che fa quadrare secondo *buon senso* le risultanze di indagine; al giudice che, ricostruendo in motivazione il fatto imputato, si basa su massime di esperienza *vaghe*, quando non addirittura *immaginarie*.

Tra le cause ultime dello scenario tratteggiato vi è senza dubbio la scarsa attenzione teorica che, fino a un recente passato, il sistema universitario, luogo naturale di formazione del giurista, ha dedicato ai temi della prova, sia pure con alcune considerevoli eccezioni (in Italia penso soprattutto a Ferrajoli, Comanducci, Ubertis, Ferrua e Taruffo). La mancanza di esami fondamentali relativi al giudizio giuridico, infatti, ha privato quei temi di una collocazione disciplinare apposita, e ha comportato

che la loro trattazione sia avvenuta tutt'al più nell'ambito delle discipline di diritto positivo, di solito processuale, ovviamente propense a esaminarli nei limiti della normativa legale di turno. E se qualche progresso è stato fatto con la recente, opportuna valorizzazione di insegnamenti come la "Teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica", molto può e deve essere ancora fatto. Soprattutto a causa dell'impostazione *nomocentrica* della nostra cultura giuridica, i problemi dell'interpretazione normativa hanno ricevuto e continuano a ricevere dai teorici del diritto un'attenzione nettamente maggiore di quella riservata ai problemi della prova fattuale (come tradisce l'unilateralità di denominazioni accademiche quali "Teoria dell'interpretazione giuridica", "Tecnica dell'interpretazione giuridica" e così via).

Tutto ciò ha avuto un impatto particolarmente significativo nell'ambito del processo penale, dove, delle questioni complessivamente poste, le più spinose concernono l'interpretazione normativa, ma le più numerose sono di stampo probatorio. In effetti, pur in mancanza di statistiche attendibili, non pare avventato affermare che gli argomenti intorno ai quali le parti del processo penale si scontrano con maggiore insistenza e frequenza nel corso e al termine di esso investono la ricostruzione del caso da decidere.

Su questo sfondo tanto oscuro quanto stimolante, è da accogliere con grande favore la pubblicazione del libro *Filosofia della prova giuridica* (Giappichelli, 2013, pp. 313), di Giovanni Tuzet, Assistant Professor di "Teoria dell'argomentazione giuridica" ed "Ermeneutica giuridica" all'Università "Bocconi". Si tratta di un'indagine stratificata e ad ampio raggio sulla prova giuridica, che ha, sì, tra i suoi primi destinatari gli studenti e in genere i profani della materia, ma che, al contempo, sia per la quantità di problemi trattati, sia per la ricchezza di ragioni proposte, offre stimoli di riflessione anche ai più esperti.

Tale capacità di sollecitazione affiora già dal titolo del libro, che, in verità, non è comune nella terminologia dei giuristi, dove di solito si incontrano etichette come "Diritto delle prove" o "Teoria della prova". Cosa ha a che fare dunque la prova con la filosofia? Una risposta convincente è fornita dallo stesso Tuzet, il quale dichiara in apertura di non volersi limitare a trattare la disciplina positiva della materia o le categorie generali da questa ricavabili per astrazione. Egli intende piuttosto sviluppare il nesso tra gli aspetti *epistemologici* e quelli *pratici* della prova, vale a dire il condizionamento reciproco tra le forme tipiche dell'accertamento fattuale e le loro rispettive implicazioni operative. Ciò nella lucida consapevolezza che non vi è conoscenza che non abbia ricadute per la prassi e, all'opposto, che ogni agire è sempre in qualche misura guidato da un sapere.

Filosofia della prova giuridica si compone di ventiquattro capitoli concisi ma densi, che riproducono lo stile didascalico delle lezioni da cui sono nati e toccano pressoché tutti gli aspetti rilevanti della materia. In questa sede, per ovvie ragioni di spazio, non sarà possibile esaminarli in modo analitico. Piuttosto, preme mettere in evidenza che essi sono ripartibili in tre grandi sfere, corrispondenti alle questioni fondamentali che, secondo Tuzet, devono rientrare in una trattazione filosofica della prova: che cosa deve essere provato? perché deve essere provato? come deve essere provato?

A mio avviso, l'accostamento tra le tre questioni, che propongo di denominare *morfologica*, *teleologica* e *metodologica*, e che fungeranno da linee-guida della seguente analisi, si rivela particolarmente fecondo, dati gli stretti nessi dialettici operanti tra di loro. Così, da un lato, nella determinazione dell'*oggetto* e dei *metodi* probatori, è giocoforza tener conto dello *scopo* che la prova persegue, dato che ogni attività umana si determina secondo il suo fine caratteristico; d'altro canto, l'*oggetto* della prova, grazie alla sua maggiore concretezza, contribuisce alla precisazione dello *scopo* di essa, così come, grazie alla sua naturale capacità di resistenza, pone vincoli ben precisi all'elaborazione della *metodologia* probatoria.

1. La questione morfologica

Che la domanda "che cosa deve essere provato?" integri la questione morfologica della prova (cui sono dedicati soprattutto i capitoli I-VI), ossia la questione relativa a ciò che essa è, emerge considerando che il "che cosa" della domanda non è un oggetto esterno alla prova, qualcosa che quest'ultima si limiterebbe a creare, o anche solo a scoprire, bensì ne costituisce parte integrante, e come tale ne condivide la natura. La verità di un'asserzione provata in certe forme non è un prodotto o un reperto dell'attività probatoria, ma è una componente della funzione tipica assolta, in ipotesi, da quest'ultima, che nell'analisi della prima risulta pertanto essa stessa analizzata.

Tuzet dichiara di voler affrontare la questione in esame nella prospettiva della "ermeneutica giuridica", le cui origini fa risalire a Gadamer, pur dando atto della recente tesi genealogica che indica in Radbruch l'autentico pioniere di tale corrente di pensiero. L'approccio ermeneutico-giuridico si contraddistingue per essere una teoria della effettività della prassi del diritto, piuttosto che una semplice metodologia. In questo stadio dell'indagine, dunque, non si tratta tanto di indicare le regole da seguire nell'attività probatoria, quanto di individuare i momenti necessariamente presenti nel suo corso. Tuzet ne individua due in particolare: *precomprensione* e *circolo ermeneutico*. Diversamente da quanto ritiene la visione tradizionale, da un lato, il pensiero del giudicante non muove da una *tabula rasa*, bensì da un'*ipotesi* di soluzione del caso da decidere, da sottoporre a controllo secondo i comuni criteri interpretativi e probatori; dall'altro lato, tale movimento, come ogni altro movimento logico, lungi dallo svolgersi in modo lineare, ha una traiettoria circolare, anzi spiraliforme, consistendo nel continuo trapasso dalla dimensione del fatto a quella della norma, da cui deriva una comprensione sempre più elevata dell'uno e dell'altra.

Aggiungerei che la tesi della dialettica norma/fatto merita una sottolineatura particolare non solo perché costituisce l'idea portante della visione ermeneutico-giuridica, ma anche perché, se adeguatamente sviluppata, potrebbe condurre alla chiarificazione di alcune peculiarità dell'esperienza giudiziaria, e dunque a una maggiore autoconsapevolezza dei suoi protagonisti. Mi riferisco soprattutto al fenomeno della riconfigurazione semantica che certi elementi sostanziali – ad es.: "dolo", "nesso di causalità", "coazione", "morte" e via dicendo – subiscono quando

vengono applicati in ambito giudiziario (fenomeno denominato “processualizzazione della attività interpretativa”).

D’altro canto, nell’impostare la questione morfologica, Tuzet fa uso di una strategia concorrente, che pure vanta illustri precedenti. Si tratta della comparazione tra attività probatoria e attività analoghe: racconto letterario, indagine storica e ricerca scientifica. Con ciò il cerchio si chiude, giacché l’esame sfocia esattamente nella precisazione delle caratteristiche essenziali della prima attività. Questa, infatti, a differenza del *racconto letterario* – che pure ha attirato di recente l’attenzione dei giusfilosofi, come conferma la creazione del genere “Law and Literature” – avanza una pretesa di verità, la pretesa che ciò che è provato corrisponda alla realtà. E tale pretesa esclude che la prova giuridica di un fatto possa reggersi sulla semplice *verosimiglianza* della sua narrazione.

In secondo luogo, la prova giuridica non va confusa con l’*indagine storica*. Tracciare questa distinzione risulta un po’ più complesso, giacché anche lo storico opera per stabilire se e come si sono effettivamente svolti certi avvenimenti. Sennonché, a ben vedere, la ricostruzione dei fatti giuridici presenta una caratteristica discretiva ben marcata, che potremmo chiamare “istituzionalità”. Essa fa parte, cioè, di una dimensione organizzativa orientata a certi fini, il processo giudiziario, che le assegna compiti determinati e, dunque, pone vincoli alquanto stringenti alla scelta dei suoi oggetti, dei suoi strumenti e delle sue modalità.

Infine, la prova giuridica deve essere distinta dalla *ricerca scientifica*. Questa distinzione è in teoria meno complicata della precedente, poiché, mentre la prova ha a che fare con la ricostruzione di fatti singoli, la scienza, almeno quella paradigmatica, ha il compito di spiegare fenomeni generali. Il discorso, tuttavia, si complica non poco quando si riconosce il peso sempre maggiore che la scienza riveste in ambito processuale (si pensi, per tutte, alla problematica della causalità penale). Nei relativi casi, infatti, l’attività probatoria tende a sottomettersi al sapere specialistico di periti e consulenti, tanto che le parti e, soprattutto, il giudice faticano a ritagliarsi uno spazio di valutazione autonomo. Il principale problema che si pone qui, peraltro, non è tanto quello della distinzione concettuale tra prova e scienza, quanto quello dei requisiti che un certo sapere deve esibire per potersi accreditare come scientifico. Infatti, come insegna l’esperienza, anche recente, non è raro che l’entusiasmo che accompagna la proposta di nuovi metodi diagnostici e terapeutici svanisca dopo poco, per la scoperta della loro inattendibilità. Il problema è affrontato da Tuzet esaminando l’evoluzione della disciplina vigente negli Stati Uniti, culminata nel 1993 nella celebre sentenza Daubert della Corte Suprema. Data la ragionevolezza dei requisiti di ammissibilità del sapere specialistico ivi formulati (falsificabilità, superamento di *peer-review*, individuazione del tasso di fallibilità, accettazione da parte della comunità scientifica), c’è da augurarsi che vincoli siffatti siano valorizzati anche dalla nostra giurisprudenza, non sempre avvertita delle insidie dell’uso processuale della scienza.

2. La questione teleologica

I nessi dialettici che, come osservato alla fine della precedente Premessa, legano le tre questioni in esame non tolgono che la questione teleologica (trattata da Tuzet principalmente nei capitoli VII-X e XIX-XX) meriti la priorità. In effetti, mentre la soluzione della questione dello scopo della prova codetermina natura e mezzi di quest'ultima, la soluzione della questione morfologica e quella della questione metodologica "si limitano" a fare retrospettivamente luce su quello scopo.

D'altro canto, la questione dello scopo della prova non può essere affrontata al di fuori della più ampia questione dello scopo del diritto, che in questa sede, tuttavia, potrà essere toccata solo di sfuggita. Valorizzando le intuizioni del senso comune, legittimate dal rigore della riflessione giusfilosofica, è sostenibile che scopo del diritto è la realizzazione della *giustizia*. "*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen*" ha scritto Radbruch nella sua memorabile *Rechtsphilosophie*. Ma se è così, allora ha ragione Tuzet quando afferma che il suddetto scopo vale anche per il processo, e ne ricava che scopo della prova è l'accertamento della *verità* degli enunciati fattuali delle parti. È solo pretendendo che la ragione spetti a chi dice il vero che si può realizzare quella parità di trattamento che costituisce il nucleo dell'idea di giustizia.

Nondimeno, l'idea che lo scopo della prova consista nell'accertamento della verità non è aporetica né incontrovertibile. Sotto il primo profilo, il principale problema che tale idea pone riguarda la nozione di "verità". Si tratta di un problema ancora discusso nello stesso ambito del pensiero filosofico, dove sono state via via proposte diverse definizioni, in particolare: corrispondenza, coerenza e giustificazione. Tuzet segue la linea di pensiero che distingue il problema della definizione di "verità" da quello dei criteri di verità. Una cosa è stabilire cosa significa che un enunciato (assertivo) è "vero", e un'altra cosa è indicare a quali condizioni esso possiede tale qualità. Così, mentre la verità di un enunciato consiste nella sua *corrispondenza* alla realtà che descrive, tale corrispondenza sussiste se l'enunciato è *in armonia* con altri enunciati certi, relativi alla stessa realtà e/o è suffragato da *ragioni* generalmente condivise.

Peraltro, come giustamente fa notare Tuzet, la descritta corrispondenza si configura diversamente a seconda dei casi. In effetti, nel caso di conoscenza diretta (es.: percettiva), essa ha carattere *referenziale*, specificandosi come riferimento immediato alla realtà descritta dall'enunciato che ne è rivestito (es.: "questo è un tavolo"). Per contro, nel caso di conoscenza indiretta, qual è tipicamente la conoscenza giudiziaria, la suddetta corrispondenza non può che essere *inferenziale*, ossia fondarsi su una serie di argomenti tali da ricondurre dalle risultanze processuali agli ormai svaniti fatti in giudizio. Riprendendo ancora una volta quanto detto in Premessa, si può osservare che è proprio in questa "*mediatezza epistemica*" che risiede una delle cause principali della insuperabile *incertezza* dell'attività probatoria. Nessuno dei protagonisti del processo può mai essere del tutto sicuro che i fatti si siano svolti esattamente in un certo modo. La memoria malferma dell'imputato, la menzogna di un teste oculare, l'errore materiale contenuto in un documento, la massima di esperienza fallace utilizzata dal

giudice possono condurre a una rappresentazione fattuale in apparenza incontestabile, ma in realtà infedele. La morale che se ne deve trarre è che questa incertezza di sfondo deve valere non solo da stimolo dei teorici del diritto, ma anche da pungolo dei protagonisti del processo, in particolare del giudice, chiamato cartesianamente a ricavare certezze positive attraverso l'esercizio costante della virtù del dubbio.

Sennonché, come ci ricorda Tuzet, l'idea che lo scopo della prova consista nell'accertamento della verità non è incontrovertibile. Una prima critica proviene dagli autori per i quali tale accertamento non dovrebbe essere perseguito. Secondo costoro, il processo, ancora una volta a immagine del diritto, dovrebbe mirare soltanto a risolvere i conflitti intersoggettivi, e la prova limitarsi a svolgere una funzione di ricomposizione, anche a costo di trascurare la verità. C'è da chiedersi fino a che punto questa posizione sia coniugabile con la civiltà giuridica continentale, e a quali risultati condurrebbe se venisse sviluppata in modo radicale.

Una seconda critica alla tesi dell'identificazione tra scopo della prova e accertamento della verità è formulata dagli autori per i quali tale accertamento non sarebbe possibile. Lo testimonierebbe l'antica contrapposizione tra "verità storica" e "verità processuale", che intende la prima come l'autentica verità e la seconda come una sorta di pseudoverità. La replica di Tuzet è che l'idea di verità come corrispondenza è inscindibile, pur dovendo essere intesa come un ideale regolativo. Personalmente trovo più convincente questa seconda posizione, anche se non dispongo dello spazio necessario per argomentarlo in modo adeguato. Mi limiterò, pertanto, ai seguenti rilievi. Un enunciato su un fatto trascorso o è *corrispondente* alla realtà passata oppure non lo è: *tertium non datur*. Tuttavia, per quanto detto poco sopra circa l'ineliminabile incertezza della prova, la sussistenza di tale corrispondenza non può essere *dimostrata*. Di qui una duplice impossibilità. Innanzitutto, di istituire quel punto fermo che dovrebbe fungere da verità storica. In secondo luogo e in correlazione a ciò, di affermare che un certo enunciato, in quanto relativamente difforme da quello storicamente vero, integra una mera verità processuale. La verità degli enunciati sui fatti del passato è dunque uno *status oggettivo*, di cui non ha senso affermare la *visione* privilegiata da parte di questo o di quell'*individuo*. Persino l'imputato o il teste oculare potrebbero essersi ingannati, in quanto vittime di errori percettivi o mnemonici neppure più riconoscibili. L'unica via che pertanto residua è *accertare* la verità secondo *criteri* generalmente condivisi, cioè trattarla nelle forme della *certezza intersoggettiva*. Tale convinzione sta alla base dello stesso titolo di questo scritto, formulato in termini ellittici per mere esigenze di concisione.

È così che l'analisi del tema dell'accertamento della verità degli enunciati sui fatti giuridici viene finalmente sospinta alla dimensione metodologica.

3. La questione metodologica

Delle tre questioni in esame, quella dei criteri probatori effettivamente utilizzati nella prassi giudiziaria o ad essa prescrivibili (cfr., in particolare, i capitoli XI-XVI, XVIII e XXI-XXIV) è forse la questione che interessa maggiormente il giurista. E ciò non

stupisce: si è già detto che il disagio che questi avverte nella fase di accertamento fattuale dipende sovente dalla mancanza di un'adeguata formazione teorica e metodologica in materia di prova.

Anche questa parte dell'opera si rivela assai preziosa, poiché mette a profitto le notevoli competenze logiche via via maturate dal suo Autore, specialista del pensiero di Peirce. L'idea dominante è il rifiuto di ogni concezione unilaterale dell'accertamento fattuale, sia essa di stampo deduttivo o induttivo. In via preliminare, proprio a partire dal pensiero di Peirce, viene fatta giustizia della antica, ma ancora diffusa, convinzione secondo cui la differenza tra deduzione e induzione risiederebbe – per dir così – nel tipo di dislivello colmato dal pensiero che inferisce. Secondo tale convinzione, mentre la prima condurrebbe dall'universale al particolare, la seconda procederebbe in direzione opposta. Adducendo una serie di esempi, Tuzet mostra come tale criterio discretivo valga solo accidentalmente, e che la distinzione vada fondata altrove: sul carattere, rispettivamente, certo e più o meno probabile dei due tipi di inferenza. Così, mentre nel caso di inferenza deduttiva la verità delle sue premesse implica necessariamente la verità della sua conclusione, ciò non vale per un'inferenza induttiva, che può condurre a una conclusione falsa nonostante la verità delle sue premesse.

Ciò posto, la principale ragione per la quale Tuzet rifiuta le varie concezioni unilaterali dell'accertamento fattuale è che esse non ne catturano l'immagine complessiva. Il punto è che tali concezioni si concentrano su uno stadio ben preciso della attività probatoria, in genere coincidente col momento terminale della giustificazione della decisione, e la concepiscono, ad esempio, in termini meramente deduttivi. Sennonché, se si considera che l'esigenza di prova pervade l'intero processo, sin dall'apertura delle indagini, e che ogni fase processuale ha le sue proprie esigenze di accertamento, ci si avvede della necessità di elaborare un modello più articolato di ragionamento probatorio. In questo senso, ha ragione Tuzet nel sostenere che qui "la prima inferenza" (per citare il titolo di un altro suo pregevole libro) consiste in quella sottospecie di induzione che è l'*abduzione*. Cioè nella risalita che il pubblico ministero, sotto la guida della scienza e dell'esperienza, compie da certe tracce, ancora equivoche, alle loro possibili cause, eventualmente integranti gli estremi di un reato. È solo dopo aver formulato l'ipotesi di accusa che l'organo inquirente ricorre alla *deduzione*, ricavando, sempre in base alla scienza e all'esperienza, tutte le conseguenze che devono riscontrarsi nel prosieguo delle indagini, per ritenere la suddetta ipotesi davvero fondata. Quanto alla *induzione* (in senso stretto), essa è indispensabile nella misura in cui consente di stabilire le generalizzazioni scientifiche ed empiriche che, come visto, entrano in gioco quali criteri dell'inferenza abduzione e deduttiva. L'accertamento fattuale oscilla dunque dalle prove alle ipotesi e viceversa, sotto la spinta delle esperienze già fatte in casi analoghi.

Questa complessità dell'attività probatoria, che – *mutatis mutandis* – vale anche per gli altri protagonisti e momenti del processo, non è soltanto sottoposta ad una analisi teorica puntuale, ma è anche esemplificata in riferimento all'esperienza giudiziaria recente, in particolare ai noti casi di Cogne, dei "blue jeans" e di Avetrana. In questa sede non posso approfondire le numerose questioni affrontate da Tuzet: dalla

distinzione tra prove in senso stretto e indizi, alla portata delle massime di comune esperienza, ai requisiti della prova scientifica, ai limiti della prova testimoniale, alla funzione epistemica del contraddittorio, alla contrapposizione tra accertamento olistico e accertamento atomistico, alle presupposizioni delle “metafore probatorie”, alla nozione positiva di “ragionevole dubbio”.

Piuttosto, vorrei dedicare qualche parola al tema delle massime di comune esperienza (su cui Tuzet si sofferma nel capitolo XVI), dove il *Leitmotiv* dell’opera, ossia l’intreccio tra profili epistemici e profili pratici della prova, emerge in modo netto. In particolare, mi preme sottolineare le insidie di ogni generalizzazione empirica utilizzata come criterio inferenziale. In effetti, data l’intrinseca plurivocità del reale, si dà sempre la possibilità di leggere le risultanze processuali secondo una certa massima di comune esperienza, come pure secondo una massima di segno diverso. La casistica processuale offre esempi innumerevoli: l’agitazione di un teste può essere dovuta allo sforzo richiesto dalla menzogna che sta inscenando, o semplicemente alla sua scarsa familiarità con le Corti giudiziarie; l’inerzia della presunta vittima di uno stupro, al momento della congiunzione carnale, può essere vista come il segno di un terrore paralizzante o, all’opposto, di un consenso rinnegato in epoca successiva. Anche al riguardo resta molto da fare, mancando ancora un consenso esteso sui requisiti che una generalizzazione empirica deve soddisfare per poter essere considerata una massima di comune esperienza e, soprattutto, sui criteri da impiegare per risolvere contraddizioni come quelle descritte. Qui non si può far altro che ribadire l’appello a un prudente esercizio dell’attività di valutazione probatoria, specie se relativa all’ipotesi di accusa. Ogni atteggiamento disinvolto nella selezione e nell’impiego delle massime di comune esperienza reca con sé il rischio di una ricostruzione fattuale *scollata* dalla realtà passata, ossia, come ci insegna Tuzet, *ingiusta* in un senso o nell’altro.