

CAPITOLO 1

PREMESSA.

L'ACCERTAMENTO DELLA VERITÀ QUALE SCOPO IRRINUNCIABILE DEL PROCESSO. DEFICIT DI VERITÀ E FORMALISMO

SOMMARIO: 1. L'assunto alla base della presente indagine. – 2. Accertamento della verità e modelli processuali. – 2.1. *Segue.* a) Il processo come soluzione di conflitti. – 2.2. *Segue.* b) Il processo teso alla realizzazione della giustizia sostanziale. – 3. Le esperienze processuali reali a confronto con i modelli astratti: ordinamenti di *civil law* e sistema delle prove legali; ordinamenti di *common law* e principio del libero convincimento del giudice. – 3.1. *Segue.* Gli ordinamenti storicamente basati sul c.d. sistema delle prove legali. – 3.2. *Segue.* Gli ordinamenti storicamente basati sul principio del libero convincimento del giudice. – 4. Sintesi e prime (parziali) conclusioni. – 5. Deficit di verità nell'attuale processo civile italiano.

1. *L'assunto alla base della presente indagine*

Senza voler scendere nel campo dell'epistemologia, e non avendo l'ambizione di affrontare la complessa questione di quale sia lo scopo del processo civile, l'approccio metodologico della presente indagine prenderà le mosse da quello che nelle materie scientifiche si definisce un postulato, ossia un punto di partenza che si sceglie di non dover (o di non poter) dimostrare, o per il suo generale riconoscimento, ovvero perché l'operazione scientifica che si va a compiere consiste nello svolgimento di una ipotesi che si fonda proprio su quell'enunciazione priva di dimostrazione (tesi), lasciando ad altri il compito di dimostrarne la validità.

Nella fattispecie si è ben consapevoli che la tesi da cui prende le mosse la presente indagine non è universalmente riconosciuta come valida, sebbene conti numerosi ed autorevoli sostenitori; d'altro canto, il tentativo di dimostrare la sua correttezza è stato recentemente al centro di importanti studi, per cui il lettore interessato potrà senz'altro trovare in essi ogni genere di risposta¹.

¹Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su u libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.; L. DITTRICHT, *La ricerca della verità nel processo*

Si tratta pertanto di un caso in cui il postulato incontra un diffuso, se non generale, riconoscimento, ed è stato oggetto di autorevoli e approfonditi tentativi di dimostrazione.

Se è vero che la scelta è di non affrontare un tema così complesso e che assorbirebbe integralmente le energie di chi scrive, non consentendo di sviluppare appieno quello che ci si propone essere l'oggetto dell'indagine, come anticipato *supra*, *Introduzione*, verranno tuttavia fornite le principali coordinate, con le relative fonti, dell'accennato dibattito su quale sia lo scopo del processo civile.

Quanto al postulato, che come tale si ritiene di dover anticipare rispetto alla disamina che segue e che costituisce non a caso la premessa (e non una parte integrante) del presente lavoro, si tratta del seguente enunciato: "uno degli scopi del processo civile è quello di rendere giustizia ed a tal fine è necessario che il processo accerti, per quanto è possibile, la verità dei fatti come realmente accaduti"².

2. Accertamento della verità e modelli processuali

Venendo, come anticipato, alle ragioni per le quali autorevoli studiosi hanno ritenuto valido il sopraenunciato assunto (e non fondate le opinioni contrarie), la più lucida analisi delle diverse opinioni dottrinali in materia è, a parere di chi scrive, quella di Michele Taruffo.

L'Autore individua essenzialmente, nella storia del diritto e nella ricostruzione che di essa ha svolto la dottrina, due modelli di processo. Si tratta, come lo stesso Autore è consapevole, di stilizzazioni che, in questa sede, vogliono solo essere un supporto descrittivo per l'analisi che seguirà appresso, senza in alcun modo che si voglia esprimere un giudizio sull'opportunità di simili categorizzazioni.

Il primo modello ha per scopo essenzialmente la risoluzione del conflitto tra le parti, e non la realizzazione della giustizia sostanziale³.

civile: processi evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 108 ss.; G. MONTELEONE, *Il giudice e la prova: ricordando Enrico Tullio Liebman*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 19 ss.; ID., *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863 ss.; ID., *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 323 ss.; ID., *Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1 ss.; G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e "imparzialità" del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1547 ss.

² Anche lo stesso "fine di giustizia" è stato messo in discussione dalla dottrina che ritiene che il processo debba tendere soltanto alla soluzione del conflitto. Cfr. F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 3 ss., spec. 5 ss. Sulla generale condivisione, ad ogni modo, del fine di giustizia cfr. G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., il quale reputa "ovvio e scontato" che "l'esercizio della giurisdizione (il modo cioè in cui il processo è organizzato per giungere alla formazione del giudicato) tende a garantire, nel grado più elevato possibile, la giustizia del risultato finale".

³ Sulla distinzione tra i due modelli indicati nel testo si veda anche L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 612 s., che richiama la distinzione

Conseguentemente, oggetto e scopo dell'indagine del giudice non è la scoperta della verità c.d. materiale, ossia dei fatti così come realmente sono accaduti, ma è la scoperta di una verità "processuale" o "formale", sulla cui base dare una regola al conflitto tra le parti, facendolo cessare⁴.

Il secondo, che ha per oggetto, invece, la ricerca della verità materiale, ha per scopo la realizzazione della giustizia sostanziale. La reciproca interdipendenza che c'è tra verità materiale e giustizia sostanziale è tanto evidente che non ha bisogno di dimostrazioni⁵. La veridicità e l'attendibilità del giudizio sui fatti è "condizione necessaria (ovviamente non sufficiente) perché si possa dire che la decisione giudiziale è giusta"⁶.

2.1. Segue. a) *Il processo come soluzione di conflitti*

In un simile modello processuale la regolarità della sequenza procedimentale è condizione e sinonimo della giustizia del risultato finale⁷.

in relazione alla necessità o meno che sia predeterminata dal legislatore l'efficacia legale della prova, attraverso la "fissazione legislativa della massima d'esperienza". L'Autore individua in Carnelutti, da primo, l'Autore che ha osservato come nel modello di processo teso alla risoluzione dei conflitti il giudice che applichi le norme di prova legale avrà sedato il conflitto, quali che siano quelle norme. Il riferimento è a F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 40 ss., 247 ss., 342 ss. D'altro canto va osservato che per il CARNELUTTI il fine del processo non era semplicemente la composizione della lite, ma anche la sua "giustizia": "il processo si fa per la giusta composizione della lite" (*Ibid.*, 247).

⁴In realtà, come ribadiremo *infra*, nel testo, l'idea del processo come mezzo di risoluzione dei conflitti non è incompatibile con l'accertamento della verità materiale, da un lato perché la scoperta della verità può ben determinare una valida e stabile regola che faccia cessare il conflitto, dall'altra perché non è da escludersi che scopo del processo sia la risoluzione del conflitto secondo giustizia (si veda il riferimento al pensiero del Carnelutti contenuto nella nota precedente). In argomento si veda anche G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2 ss., spec. 6 ss., che accosta l'idea della verità convenzionale a quella del processo che ha per scopo la pace sociale (formula evidentemente equivalente al concetto della risoluzione dei conflitti), e che dunque di quella verità "può accontentarsi". Ritiene invece che la verità non può costituire lo scopo del processo, ma è solo un mezzo per realizzare il fine dell'"affermazione *ex ore iudicis* di una concreta volontà sanzionatoria del diritto obiettivo" C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 10.

⁵L'accostamento è ben evidenziato da M. TARUFFO, *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 42, che associa l'idea dell'"opportunità ideologica" dell'accertamento della verità all'ideologia "degli scopi del processo, per cui esso deve tendere a produrre decisioni giuste". Sul punto dell'accostamento tra decisione giusta e ricostruzione veritiera dei fatti cfr. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss. Si veda anche G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 61, che accogliendo positivamente quel progetto di riforma osserva come ivi fosse accostata l'idea di verità con quella di giustizia.

⁶M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 43.

⁷Cfr. G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 411.

La giustizia della decisione coincide con la correttezza del procedimento che la precede: si tratta della teoria della c.d. *procedural justice*⁸.

È evidente come, secondo tale primo modello, i limiti all'accertamento da parte del giudice dei fatti di causa sono connaturati alla stessa idea di processo: intanto il giudice non è libero nell'accertamento dei fatti in quanto scopo del processo non è la scoperta della verità dei fatti così come realmente accaduti.

Osserva, infatti, Taruffo che il modello di processo che si pone in contrasto con l'idea della ricerca della verità è quello "che vede il processo civile essenzialmente come uno strumento per risolvere conflitti, ed in particolare quelli che assumono forma di controversie giuridiche tra le parti"⁹.

Scopo di tale processo è quello di "fissare", secondo la terminologia cara al Carnelutti, i fatti di causa, per sussumerli sotto la norma giuridica e risolvere così il conflitto. La "fissazione dei fatti" è frutto non dell'accertamento da parte del giudice ma dell'applicazione di una norma di diritto¹⁰. L'insieme delle norme di diritto applicando le quali è possibile compiere tale processo di fissazione coincide con il diritto probatorio¹¹.

La ricerca della verità materiale¹² è incompatibile con tale modello processuale perché estranea allo scopo del processo e comportante costi che possono essere rilevanti in termini di tempi, spese ed attività delle parti e del giudice¹³.

⁸ Cfr. M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451 ss., spec. 470.

⁹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 16.

¹⁰ È evidente che un sistema siffatto coincida essenzialmente con il sistema basato sulle prove legali. Cfr. a proposito G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, 1980, 811, secondo il quale "nella prova legale il momento probatorio si presenta alla mente del legislatore anziché a quella del giudice".

¹¹ Osserva Carnelutti che "il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne determinano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una fissazione o determinazione dei fatti medesimi che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente" (cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Padova, 1947, 30). Ne consegue, secondo tale prospettiva, che l'unico modo perché oggetto dell'accertamento del giudice sia la verità dei fatti è eliminare ogni norma di diritto probatorio, lasciando che il giudice sia libero nella ricostruzione degli stessi – e non solo, come invece emerge dalla tradizionale contrapposizione tra prova legale e principio del libero apprezzamento, nell'apprezzamento dei risultati dell'accertamento.

¹² Sulla relatività della distinzione tra verità formale e verità materiale, poiché "la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e verosimiglianza" cfr. P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 165.

¹³ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 18 ss. L'Autore afferma tuttavia che "a rigore non è vero che vi sia incompatibilità fra processo come soluzione di conflitti e ricerca della verità dei fatti, poiché si potrebbe ragionevolmente dire che un buon criterio per risolvere i conflitti è quello di fondare la soluzione su un accertamento veritiero dei fatti che sono alla base della controversia".

Si tratta del modello definito come dell'“impossibilità ideologica” di un accertamento veritiero dei fatti nel processo civile¹⁴, per il quale la verità dei fatti “non può essere conseguita perché non deve essere perseguita”¹⁵.

Al giudice, allora, non è richiesta la diretta e libera conoscenza dei fatti ma l'applicazione di norme per la fissazione formale dei fatti nel processo.

Egli è quindi limitato nella conoscenza dei fatti per lo stesso scopo cui il processo è destinato.

2.2. Segue. b) *Il processo teso alla realizzazione della giustizia sostanziale*

Secondo l'opposta concezione, che vede la verità materiale come oggetto dell'indagine del giudice, affinché possa essere realizzata la giustizia sostanziale nel caso concreto, questa deve essere avvicinata il più possibile¹⁶. Affinché ciò sia possibile è necessario che il giudice possa indagare la verità dei fatti, senza alcun limite imposto dall'ordinamento. Una simile possibilità esiste solo se si abbraccia il modello di processo c.d. inquisitorio puro (o inquisitorio in senso sostanziale), dove i fatti oggetto di causa coincidono con tutti i fatti realmente accaduti. Laddove invece si prenda in considerazione il modello di processo caratterizzato dal principio dispositivo, automaticamente oggetto della ricostruzione sono *solo* i fatti allegati dalle parti, e di conseguenza a questi è limitata la conoscenza della realtà da parte del giudice.

È evidente, tuttavia, che una cosa è accettare una compressione della libera ricostruzione del giudice alla luce di principi di ordine pubblico processuale, altra è imporla sul piano del diritto delle prove¹⁷.

¹⁴M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 16 ss.

¹⁵Taruffo individua anche un'altra ragione di incompatibilità del modello processuale descritto con la ricerca della verità materiale, coincidente con le esigenze di libertà, autonomia ed iniziativa individuale delle parti. Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 19. Il (solo apparente) contrasto tra l'indagine del giudice per l'accertamento della verità e l'autonomia delle parti, con i principi processuali che ne derivano, primo tra tutti il principio dispositivo, sarà tuttavia oggetto di indagine dall'opposto punto di vista dell'analisi dell'altro modello processuale, quello finalizzato alla ricerca della verità materiale.

¹⁶In questa sede non interessa, come detto, approfondire il problema, pur esistente, della possibilità teorica dell'accertamento della verità da parte del giudice. L'analisi ci porterebbe infatti nell'ambito della teoria generale del diritto e finanche della filosofia pura. Si rinvia pertanto a quanto ampiamente descritto da M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 8-16, limitandoci qui ad osservare come sia del tutto pacifico che laddove si ritenga possibile per l'uomo *conoscere* la realtà delle cose, certo il modo per avvicinarsi il più possibile a questo è la conoscenza, diretta o mediata, ma senz'altro il più possibile libera da limiti imposti aprioristicamente da un soggetto diverso dal percettore/deducente (il legislatore, nel caso dell'accertamento della verità nel processo).

¹⁷Sulla cui appartenenza, in tutto o in parte, all'ordine pubblico processuale rimando ad un precedente scritto, dove concludevo, pur individuando le relative eccezioni, per la (regola della)

Quel che al momento interessa fissare è che secondo tale modello astratto non devono esistere vincoli formali che si frappongano tra il giudice e l'accertamento del fatto, a meno che questi siano giustificati da principi di ordine pubblico processuale.

3. *Le esperienze processuali reali a confronto con i modelli astratti: ordinamenti di civil law e sistema delle prove legali; ordinamenti di common law e principio del libero convincimento del giudice*

Quelli appena analizzati sono modelli processuali che non esistono nella realtà, rappresentano gli estremi di due opposte concezioni del processo che, come detto, vogliono solo avere valore descrittivo¹⁸.

Compiuta dunque l'analisi dei modelli processuali che ci eravamo proposti, è ora opportuno esaminare come si configuri l'accertamento dei fatti di causa nell'esperienza degli ordinamenti giuridici reali.

Si è soliti, a proposito, parlare di esperienze basate sul c.d. sistema delle prove legali, cui si contrappongono quelle basate sul principio del libero convincimento del giudice.

Si è anche soliti, almeno in una prospettiva di ricostruzione storica, accostare la prima categoria agli ordinamenti di *civil law*, mentre la seconda agli ordinamenti di *common law*.

3.1. *Segue. Gli ordinamenti storicamente basati sul c.d. sistema delle prove legali*

Secondo illustri studiosi “prova legale è sinonimo di verità ‘formale’ stabilita dalla legge e del tutto priva di connessione con la specifica potenzialità conoscitiva e dimostrativa della singola prova”¹⁹.

Il sistema delle c.d. prove legali è dunque intimamente connesso al modello di processo che non ha per scopo la scoperta della verità materiale.

Si tratta di un sistema che senza dubbio limita la ricostruzione da parte del

generale estraneità del diritto probatorio all'ordine pubblico processuale. Cfr. A. MENGALI, *I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato*, Tesi di dottorato in diritto dell'arbitrato interno ed internazionale, Roma, 2009, liberamente consultabile all'indirizzo web <http://eprints.luiss.it/536/1/mengali-20090701.pdf>.

¹⁸Ne è consapevole lo stesso Taruffo, secondo il quale “l'argomentare con riferimento a modelli ‘puri’ può essere utile sul piano teorico o può spiegarsi sul piano della polemica ideologica, ma implica il rischio di un distacco anche rilevante dalla realtà: questa conosce infatti, solitamente, modelli ‘misti’”, cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 22.

¹⁹M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990, 1.

giudice dei fatti di causa, tuttavia non è detto che ciò avvenga perché si ritiene *scopo* del processo il raggiungimento solo di una verità di secondo grado ai fini della più rapida soluzione del conflitto, e mezzo per il raggiungimento di tale scopo il necessario disinteresse per la “verità vera”.

In altre parole, se è vero, come abbiamo osservato, che un processo ispirato al primo dei modelli sopra esaminati non possa che fondare sul principio della verità formale da contrapporsi alla verità materiale, non è vero, o quantomeno non è dimostrato, il reciproco: un processo che si fonda sul principio della verità formale ben può farlo per uno scopo diverso da quello della rapida soluzione del conflitto.

In altre parole, un processo che conosca prove legali non per questo non può avere come scopo la realizzazione della giustizia sostanziale.

Nelle esperienze degli ordinamenti continentali non vi è dubbio, tuttavia, che il sistema delle prove legali sia stato ridimensionato, lasciando ampio spazio al principio del libero convincimento del giudice.

Se è vero, infatti, che un sistema di prova legale rigido e formalistico caratterizzava l'epoca del diritto comune²⁰, è altrettanto vero che nel nostro ordinamento, che pure conosce il fenomeno delle prove legali, queste costituiscono solo l'eccezione al generale principio del libero apprezzamento della prova.

Secondo le più attendibili ricostruzioni storiche, la prova legale intesa come “sistema” organico, caratterizzante tutto il diritto probatorio, sarebbe entrata in crisi nel XVIII secolo con l'avvento della cultura illuministica e con le codificazioni, iniziando a riguardare solo alcuni mezzi di prova²¹.

In realtà quello che si consolida già in età medievale e che costituisce l'origine del c.d. sistema di prova legale, è una tipologia processuale che rifiuta l'incontrollata discrezionalità del giudice nell'accertamento del fatto, vincolandolo a decidere solo sulla base di quanto affermato e provato dalle parti. L'origine della prova legale non è dunque dovuta al rifiuto di una determinata concezione della valutazione della prova, ma dal rifiuto di una ben più ampia discrezionalità

²⁰ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 361 s., il quale osserva che “*la costruzione del sistema della prova legale appare già a buon punto nel sec. XIII*”. L'Autore osserva che l'origine del sistema di prova legale è dovuta all'esigenza, particolarmente sentita all'epoca, di “razionalizzare la valutazione della prova e più in generale il giudizio di fatto, riducendo tendenzialmente a zero il pericolo insito nell'arbitrio soggettivo del giudice, e per altro verso eliminando le ‘prove irrazionali’ fondate sul principio del ‘giudizio di Dio’”. Altra interessante osservazione è quella che l'Autore citato opera relativamente alla fonte del sistema di prove legali, che alle origini non sarebbe stato introdotto con la tecnica della normazione, ma “frutto dell'elaborazione dottrinale compiuta dai giuristi del *droit savant* medievale e rinascimentale” (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 362).

²¹ Per un approfondimento v. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 364 s., il quale analizza in particolare il rapporto tra la prova legale di origine dottrinale e quella di origine codicistica. Per un'analisi dell'evoluzione storica del diritto delle prove cfr. anche V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 39 ss.

del giudicante. Da questo punto di vista quella concezione del processo è sopravvissuta sino ai nostri giorni, nonostante il recupero di quel tanto di discrezionalità garantita al giudice dal principio del libero convincimento²².

Ciò non toglie che l'attuale concetto di prova legale sia più ristretto e non coincida con il modello processuale affermatosi per il rifiuto del modello inquisitorio, ma sia limitato alla predeterminazione legislativa dell'efficacia probatoria di (alcuni) mezzi di prova. Da una parte, infatti, il processo fondato sul principio della domanda può non essere affatto caratterizzato dalla presenza di prove legali (basti pensare all'esperienza di *common law*), dall'altra non è sufficiente predeterminare normativamente l'efficacia della prova per scongiurare l'arbitrio giudiziale caratterizzante il modello inquisitorio puro.

Va infine detto della tendenza a considerare quello delle prove legali come un metodo vetusto²³, che i sistemi moderni tendono a sostituire con il principio della libera valutazione.

²² È quanto sostiene anche Taruffo, il quale, analizzando il sistema probatorio di diritto medievale e dunque l'origine del sistema di prova legale, ritiene in realtà che all'epoca non fosse in gioco la sola contrapposizione tra prova legale e libero convincimento, ma tra un sistema che vincolasse il giudice non solo nell'apprezzamento della prova ma che anche vietasse la c.d. scienza privata ed imponesse al giudice di decidere solo "*secundum alligata et probata*", ed un sistema, invece, caratterizzato dalla discrezionalità incontrollata del giudice nell'accertamento del fatto (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 367). Affiora quindi la contrapposizione tra modello inquisitorio e modello dispositivo fondato sul principio della domanda, nonché emerge il concetto carnellutiano e lato di "sistema della prova legale". Secondo V. DENTI, *op. ult. cit.*, 32, la disciplina legale della prova ha dapprima consentito una razionalizzazione dell'indagine giudiziale di fronte ai metodi primitivi di prova e ha poi rappresentato una garanzia contro la decadenza del costume giudiziario. La contrapposizione al modello *inquisitorial* è anche all'origine del c.d. *adversary system* caratterizzante il sostrato degli ordinamenti di *common law*, che tuttavia è stato influenzato anche da fattori sconosciuti agli ordinamenti continentali, come il pensiero protestante (sul punto cfr. V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 202) e la logica dell'individualismo derivante dal liberalismo classico inglese e dal pensiero di BENTHAM (su cui M. TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino, 1990, 324 ss.). Ciò tuttavia non toglie che, con particolare riguardo all'esperienza inglese, l'origine del sistema *adversary*, similmente all'origine del sistema di prove legali caratterizzanti gli ordinamenti di *civil law*, sia dovuta, tra l'altro, alla razionalizzazione dell'indagine giudiziale contro i sistemi primitivi di prova, in particolare le ordalie, vietate dal Concilio Laterano (cfr. J. JACOB, *The fabric of English civil Justice*, London, 1987, 6).

²³ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 188, secondo cui "il prevalere del regime di prova libera altro non sia, se non il riflesso o il corollario tecnico di un'opzione ideologica, tradottasi in un atto di maggiore fiducia nei confronti del giudice". Sul punto del tramonto della teoria della prova legale cfr. L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 611 ss., che afferma la crisi, parallelamente a quella della prova legale, della teoria del sillogismo probatorio e del concetto di induzione generalizzatrice, ossia quella concezione della prova necessariamente basata sulla distinzione tra *factum probandum* (fatto che deve essere dimostrato) e *factum probans* (fatto probatorio, dalla cui sussistenza si desume l'esistenza del primo), che costruisce la teoria della prova e del ragionamento del giudice come inferenza dal secondo al primo, che a sua volta si deve fondare necessariamente su di un giudizio probabilistico. Sul punto si veda anche C. BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio*

Prendendo ad esempio il nostro ordinamento, è noto come la prova legale rimanga l'eccezione al generale principio del libero convincimento del giudice²⁴, secondo il disposto dell'art. 116, comma 1, c.p.c.

E d'altra parte, esaminando l'"eccezione", occorre essere chiari sulla reale portata della "prova legale", cui contrapporre la "prova libera", secondo lo schema della richiamata disposizione.

Si è osservato, infatti, che le due tipologie di prova non si distinguono per una diversa idoneità dimostrativa, ma solo per le diverse modalità di apprezzamento dell'attendibilità del risultato probatorio²⁵, che per le prove legali è svolto a priori dal legislatore.

Si potrebbe così ritenere che il giudice possa fondare il proprio convincimento su un mezzo di prova non legale, pur nella concomitanza con mezzi di prova legale²⁶, qualora in concreto la prova contraria sia valutata come parimenti attendibile²⁷.

Si tratta, a ben vedere, dell'impostazione che emerge da alcune pronunce della Suprema Corte, secondo la quale "nel nostro ordinamento, tranne che per

di fatto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1147 ss., che individua in Bentham il padre di quella concezione di prova. Sul concetto di sillogismo giudiziale e sulla sua versione estesa a tutte le fasi del ragionamento del giudice, non solo, dunque, al rapporto tra fatto e norma ma anche alla stessa configurazione del giudizio di fatto, per cui il giudice non può che disporre delle premesse generali da cui dedurre l'esistenza del fatto rilevante, cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 196.

²⁴ Distingue tra libero convincimento e libera valutazione delle prove, nel senso che la seconda precede il formarsi del primo S. PATTI, *Liberò convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 486 s. Differenza vi sarebbe anche tra libero convincimento e prudente apprezzamento, cui fa riferimento l'art. 116 c.p.c., che atterrebbe alla fase precedente alla formazione del convincimento, quella appunto della valutazione della prova (*Ibid.*, 490). Sulla distinzione tra libero convincimento e prudente apprezzamento, nel senso che il riferimento del legislatore al secondo dei detti concetti, in forza dell'art. 116, comma 1, c.p.c., varrebbe ad escludere il ricorso ad elementi di tipo intuizionistico, imponendo al giudice una valutazione delle prove "sul piano del concreto e del particolare, con il solo supporto della ragione e dell'esperienza" cfr. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 27 ss.

²⁵ Cfr. L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 617 ss., il quale esamina approfonditamente la misura ed i limiti dell'ammissibilità della prova contraria alla prova legale, escludendola tuttavia per quasi tutti i mezzi di prova esaminati (per l'atto pubblico, ad es., residuerebbe solo la possibilità di una prova contraria extraprocedimentale nel giudizio di querela di falso) e ritiene, in ogni caso, che vi sia uno spazio nel quale il giudice è vincolato alla risultanza della prova legale nel caso in cui non vi siano prove contrarie. Peraltro lo stesso Autore individua nel diritto alla prova e nei principi costituzionali di cui all'art. 24 Cost. la necessità che una prova contraria alla prova legale sia ammissibile, e comunque un parametro con il quale valutare le singole ipotesi di inammissibilità. Riguardo al giuramento decisorio, ritiene che la prova contraria possa essere fornita in sede penale e che l'accertamento della falsità del giuramento escluda la persistenza in sede civile dell'efficacia di prova legale.

²⁶ Ad esclusione del giuramento decisorio, su cui cfr. la giurisprudenza indicata *infra*, nel testo e nelle note successive.

²⁷ Detta impostazione non esclude tuttavia quel vincolo, ove prove contrarie non vi siano. Cfr. note precedenti.

il giuramento [...] non esiste alcun principio di gerarchia tra i vari mezzi di prova, ma spetta al giudice del merito il potere esclusivo di individuare le fonti del proprio convincimento, di valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento”²⁸.

Tuttavia la conclusione della dottrina maggioritaria sembra propendere per l'incontrovertibilità delle prove legali, che non sarebbero suscettibili di prova contraria²⁹, in quanto il legislatore predetermina in via generale ed astratta il valore che deve essere a queste attribuito³⁰, producendo l'accertamento definitivo dei fatti che investono³¹. In questo senso vi sarebbe una gerarchia tra i mezzi di prova al cui primo posto starebbero i mezzi di prova legale³².

²⁸ Cass. 22 aprile 1980, n. 2627, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Prova civile in genere*, n. 65; cfr. anche Cass. 10 settembre 1980, n. 5127, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Prova civile in genere*, n. 64; Cass. 6 gennaio 1982, n. 4, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Prova civile in genere*, n. 34; Cass. 20 giugno 1994, n. 5925, in *Rep. Foro it.*, Id., 1994, n. 38; Cass. 18 aprile 2007, n. 9245, in *Rep. Foro it.*, 2007, Id., n. 48; sulla possibilità che il giudice prediliga, come fonte di convincimento, la prova orale su quella documentale cfr. Cass. 10 luglio 1980, n. 4392, Id., n. 68. *Contra*, nel senso che la gerarchia non esiste “*al di fuori dei casi di prove legali (artt. 2700, 2702, 2709, 2721, 2733, 2738 etc.)*” Cass. 18 maggio 1994, n. 4833, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Prova civile in genere*, n. 36; cfr., seppur con riferimento generico ai casi di “prova legale” Cass. 12 maggio 1998, n. 4777, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Prova civile in genere*, n. 46; Cass. 12 maggio 1999, n. 4687, in *Rep. Foro it.*, 1999, Id., n. 38; Cass. 6 febbraio 2003, n. 1747, in *Rep. Foro it.*, 2003, n. 53; sulla scelta libera del giudice, tranne alcune non meglio specificate “ipotesi di prova legale” cfr. Cass. 2 aprile 2004, n. 6519, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Prova civile in genere, valutazione ed utilizzazione*, n. 78. Sul “pari valore” di tutti i mezzi di prova cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10499, in *Rep. Foro it.*, 2006, Id., n. 47. In dottrina mette in luce tale orientamento L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 128. Si tratta in definitiva del rifiuto della fissazione legislativa della massima d'esperienza e della prova legale incontrovertibile che emerge nella disamina di L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, cit., 612 ss., su cui cfr. *supra* nelle note.

²⁹ L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, 629 s.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 365. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 82 s. M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, 24 s., che ritiene che il giudice “*in assenza di prove aventi identica natura e, soprattutto efficacia, non potrà disattendere il contenuto*”. Per l'idea che per contestare il risultato probatorio di una prova legale occorre la sua “distruzione” cfr. AA.VV., *Diritto civile*, I, II, Torino, 1987, 923. Distingue tra prove legali a valore assoluto, che non ammettono la prova contraria, e prove legali a valore provvisorio, che al contrario la consentono C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 151. Sul tema del conflitto tra prove legali, recentemente, cfr. M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Torino, 2017, 199 ss.

³⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 811; C. FURNO, *op. ult. cit.*, 153.

³¹ Cfr. C. FURNO, *op. ult. cit.*, 151, che attribuisce l'effetto alle prove legali che hanno valore assoluto, secondo la distinzione di cui alla nota precedente.

³² Cfr. AA.VV., *Diritto civile*, cit., 922 ss. Osserva che nel nostro ordinamento, benché “*a prima vista*” le prove legali rappresentino solo una mera eccezione al principio del libero convincimento espresso dall'art. 116, comma 1, c.p.c., secondo quanto disposto dalla stesso articolo che precisa che la regola vale “salvo che la legge disponga altrimenti”, “tali regole, ben lungi dal costituire previsione eccezionale nel sistema delle prove, codificato negli artt. 2699 ss. c.c. rappresentano piuttosto – con la solitaria esclusione della prova testimoniale – un elemento costante di questo sistema”, cfr. C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, 83.