

GIOVANNI TUZET
Assistant Professor dell'Università Bocconi

Prova, verità e valutazione

SOMMARIO: 1. Prova e teoria del diritto. — 2. Prova e verità nel diritto. — 3. Sul metodo di Ferrer. — 4. Sulla struttura generale della tesi di Ferrer. — 5. Sulla relazione fra prova e verità. — 6. Sull'atteggiamento proposizionale del giudice. — 7. La valutazione razionale della prova. — 8. Quante e quali prove? — 9. Quali standard di prova?

1. — Il tema della prova giuridica continua a essere un argomento di cui si occupa solo una piccola parte dei teorici e dei filosofi del diritto, malgrado la sua straordinaria importanza per il giurista pratico e la sua ricchezza per lo studioso, sia che questi adotti un approccio concettuale sia che adotti un approccio empirico. Studiare empiricamente quali prove sono raccolte e valutate in un certo contesto giuridico e sottoporre ad analisi concettuale i discorsi su di esse sono due attività di ricerca a cui la teoria e la filosofia del diritto potrebbero e dovrebbero contribuire maggiormente di quanto accade (specialmente nei sistemi giuridici continentali ma non solo). C'è di positivo che negli ultimi anni la situazione è migliorata grazie ai lavori di alcuni studiosi eccellenti che, specie sotto il profilo concettuale, hanno indagato alcuni importanti aspetti della prova giuridica. Uno di questi autori è senza dubbio Jordi Ferrer, che a breve distanza l'uno dall'altro ha pubblicato due volumi decisivi sulla prova nel diritto¹. Dico “decisivi” perché, se non azzardo, questi lavori dettano le linee dei futuri dibattiti sulla prova nei nostri sistemi giuridici, affrontando dei nodi concettuali e normativi che vengono inevitabilmente al pettine di chi voglia trattare il tema della prova in termini razionali, quando ci si chiede in particolare quale sia il rapporto fra prova e verità e quale sia il modo più appropriato di procedere alla valutazione delle prove in un contesto processuale.

Il primo dei due libri di Ferrer è stato pubblicato in italiano alcuni anni orsono ed esce ora in traduzione il secondo². Quello che mi propongo di fare qui è discutere alcune tesi di Ferrer che trovo particolarmente stimolanti e altrettanto problematiche, senza avere la pretesa di rendere conto in uno spazio limitato di tutti gli spunti e le riflessioni che il suo lavoro meritoriamente contiene. Aggiungo solo, prima di entrare nel merito, che la chiarezza e il rigore dei lavori di Ferrer sono per me un esempio di come il discorso filosofico va condotto, a prescindere dal fatto che si aderisca alle sue tesi e alle sue proposte normative. Non è sufficiente dire che leggendo le sue pagine si imparano delle cose: soprattutto, molte cose si capiscono meglio – o almeno questa è la mia esperienza.

2. — Nel primo dei due libri Ferrer tratta della relazione fra prova giuridica e verità. È a dire il vero un tema classico, già discusso in molte chiavi e da molte prospettive, ma Ferrer lo riprende con un piglio nuovo facendosi forte di molti strumenti che la filosofia contemporanea mette a disposizione per descriverne meglio i profili e meglio comprenderne le implicazioni. Cercherò di delineare a grandi linee i suoi argomenti per poi discuterne alcuni in particolare.

Iniziamo dall'approccio: Ferrer dichiara di volersi impegnare a un'analisi concettuale delle nozioni di prova e fatto provato³. Dai propositi dell'autore rimane esclusa una discussione sul concetto di verità impiegato in questa sede, dato che egli si limita ad assumere (credo a giusta ragione) che si tratti della verità come corrispondenza⁴. Ciò detto, Ferrer si chiede quale sia la *forza* dell'enunciato “È provato che *p*”, ovvero che tipo di atto linguistico si compia quando lo si proferisce. Le ipotesi considerate sono tre: 1) che l'enunciato sia costitutivo; 2) che esso sia normativo; 3) che sia

¹ FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, sec. ed., Madrid, 2005 (prima ed. 2002); ID., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

² ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004 (traduzione della prima ed.; di seguito abbreviata con “PV”); ID., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012 (di seguito abbreviata con “VR”).

³ PV, p. 13.

⁴ PV, p. 16.

descrittivo⁵. L’argomento fondamentale con cui Ferrer scarta la prima e la seconda ipotesi è che esse renderebbero infallibili le pronunce giudiziali in punto di (prova del) fatto. La prima consisterebbe nel dire che proferendo tale enunciato il giudice non farebbe altro che prendere una decisione; per la seconda produrrebbe invece una norma. Allora, se dire “È provato che *p*” avesse una forza costitutiva o normativa, non avrebbe senso pensare che un giudice possa sbagliarsi: ne verrebbe meno la stessa possibilità logica, non essendoci nulla su cui sbagliarsi posta la forza costitutiva o normativa dell’enunciato. La prima ipotesi è stata notoriamente sostenuta da Kelsen, ma come Ferrer mette in chiaro il suo errore è stato quello di confondere l’infallibilità della decisione con la sua efficacia giuridica: certamente una decisione produce degli effetti, a prescindere dal suo merito, ma questo non significa che sia infallibile. Pertanto l’enunciato “È provato che *p*” ha una forza descrittiva. Su questo concordo in pieno.

Ferrer continua chiedendosi quale sia il *significato* di “È provato che *p*”. Che cosa significa questo enunciato in ambito giuridico? Anche qui le ipotesi sono tre: 1) che esso sia un sinonimo di “È vero che *p*”; 2) che sia un sinonimo di “Il giudice ha stabilito che *p*”; 3) che sia un sinonimo di “Ci sono elementi di giudizio sufficienti in favore di *p*”⁶. La seconda ipotesi è rapidamente scartata per le ragioni viste appena sopra⁷. La prima ipotesi è giudicata troppo forte dato che possono darsi casi in cui è giuridicamente provato che *p* pur essendo falso che *p*⁸. Come discuterò poi, per Ferrer la relazione fra prova e verità è teleologica, non concettuale. Quindi l’ipotesi corretta è la terza⁹, che ha peraltro il merito di sottolineare la natura relazionale dell’enunciato in esame¹⁰.

Inoltre Ferrer si chiede quale sia, rispetto alla proposizione che *p*, l’*atteggiamento proposizionale* (o in altri termini lo stato mentale) del giudice che proferisce “È provato che *p*”. Di nuovo le ipotesi sono tre: 1) credenza; 2) conoscenza; 2) accettazione¹¹. Il giudice crede, sa, o accetta che *p*? La prima ipotesi è scartata per varie ragioni fra cui il carattere involontario e non contestuale delle credenze. Dato che l’atteggiamento proposizionale con cui il giudice si pronuncia sui fatti è caratterizzato da volontarietà e da aspetti contestuali, argomenta Ferrer, l’atteggiamento in questione non può essere la credenza. Ciò basterebbe a scartare la seconda ipotesi nella misura in cui sapere che *p* implica credere che *p*. Resta la terza ipotesi, che per Ferrer rende opportunamente conto della volontarietà e della contestualità dell’atteggiamento in questione.

Con ciò resta aperta una domanda: non c’è un senso in cui è ingiusta una decisione che si fonda su una ricostruzione falsa dei fatti? Ferrer sostiene che la relazione fra prova e verità è teleologica e non concettuale, il che vuol dire che “È provato che *p*” non implica concettualmente la verità di *p* pur se il suo accertamento è lo scopo dell’attività probatoria. Ciò significa che può essere giustificata una decisione basata sul falso? Questo non contraddice l’intuizione di cui sopra? Ferrer risponde utilizzando una distinzione di Caracciolo fra la giustificazione della decisione come atto e

⁵ PV, p. 20 ss. (dove si usa la formulazione “*p* è provato”, alla quale preferisco “È provato che *p*” in quanto più vicina all’originale “*Está probado que p*” e in quanto ne mostra più chiaramente il contenuto proposizionale “che *p*”). Cfr. ID., *It is Proven that p. The Notion of Proven Fact in the Law*, in *Associations*, 2004, p. 29 ss.

⁶ PV, p. 28 ss. Cfr. ID., *It is Proven that p*, cit., pp. 37-41.

⁷ Ferrer dice in particolare che la tesi di Carnelutti sulla “fissazione formale” dei fatti rende infallibili le decisioni giudiziali (PV, pp. 35-36).

⁸ Questo, di conseguenza, vale anche se l’ipotesi è intesa in una versione bipartita per cui la verità è una condizione necessaria ma non sufficiente della prova, dove per una concezione bipartita le condizioni individualmente necessarie e congiuntamente sufficienti di “È provato che *p*” sono “È vero che *p*” e “Ci sono sufficienti elementi di giudizio in favore di *p*” (PV, pp. 32-33).

⁹ “Secondo la concezione del significato di “*p* è provato” che si sta analizzando, quest’enunciato sarà vero quando si disponga di elementi di giudizio *sufficienti* a favore di *p*, e falso quando non si disponga di elementi di giudizio a favore di *p* o questi siano *insufficienti*. Tutto ciò indipendentemente dalla circostanza che la proposizione *p* sia vera o falsa” (PV, p. 40).

¹⁰ “Non si può affermare in modo assoluto che una proposizione *p* è provata, ma lo si può affermare solo relativamente a un determinato insieme di elementi di giudizio (o di mezzi di prova)” (PV, p. 39).

¹¹ PV, p. 94 ss. Cfr. ID., *It is Proven that p*, cit., pp. 41-50.

come risultato (o contenuto dell’atto)¹². Dato che, in presenza di sufficienti elementi di giudizio, può essere provata una proposizione che di fatto è falsa, la decisione che ne consegue è giustificata come atto ma non come risultato¹³.

Fatta questa rapida sintesi degli argomenti di Ferrer, vorrei sollevare alcune domande e alcuni dubbi a loro riguardo. Per comodità del lettore dividerò la discussione in quattro parti: sul metodo, sulla struttura generale della tesi, sulla relazione fra prova e verità e sull’atteggiamento proposizionale del giudice.

3. — Che metodo segue Ferrer? Abbiamo detto che il suo è un approccio analitico. Dunque non è un approccio empirico volto a descrivere come di fatto gli operatori giuridici trattano le prove. Piuttosto è un’analisi concettuale delle nozioni di prova e fatto provato. Si tratta allora di un approccio *a priori* o *a posteriori*? A questo è più difficile rispondere. Ci sono diversi modi di condurre l’analisi concettuale e dopo la critica di Quine alla distinzione fra verità analitiche e sintetiche (ciò che è vero in virtù del significato delle parole impiegate e ciò che è vero in virtù dei fatti) si può pensare che il modo più giustificato di condurre l’analisi sia in continuità con i risultati della ricerca empirica, ossia *a posteriori*. Ma nel lavoro di Ferrer non c’è traccia di questo. È anche vero che non è facile dire cosa si dovrebbe fare nello specifico¹⁴, ma l’alternativa poco soddisfacente è quella di basarsi sulle proprie intuizioni asserendo che esse sono in linea con quelle dei giuristi. Quali o quanti giuristi non è dato sapere.

Inoltre, si tratta di un’analisi concettuale di come le nozioni di prova e fatto provato sono usate o di come dovrebbero essere usate? Sembra che l’intento di Ferrer sia descrittivo e non prescrittivo, ma alcuni argomenti fanno sorgere il sospetto che non sia interamente così. Quando si dice che il significato di “È provato che *p*” è che ci sono sufficienti elementi di giudizio in favore di *p*, si dice che i giuristi (quali?) lo intendono in questo modo o si dice (anche) che è *corretto* intenderlo così? Lo stesso dubbio sorge a proposito del modo di intendere l’atteggiamento proposizionale del giudice circa il fatto controverso: si sta dicendo che i giudici (tutti?) hanno un certo atteggiamento o che dovrebbero averlo? Questo genere di difficoltà non è in fondo nuovo. Sorge ogniqualvolta l’analisi concettuale si presenta come una “ricostruzione razionale” (espressione terribilmente ambigua) o si propone di dare conto di una certa “normatività concettuale” o “normatività semantica”¹⁵ delle nozioni esaminate.

4. — Quali sono le relazioni fra forza, significato e atteggiamento proposizionale di cui sopra? Le tripartizioni che fa Ferrer sono chiare. Ma come si legano i loro aspetti? Qui mi sembra che le cose non siano altrettanto chiare e che ne soffra la struttura generale della tesi. I tre significati dell’enunciato “È provato che *p*” sono corrispondenti alle tre forze e ai tre atteggiamenti nell’ordine in cui vengono presentati da Ferrer? Direi di no, in quanto sono concettualmente possibili varie combinazioni fra forze, significati e atteggiamenti. Ma escludendo dalla discussione le ipotesi che l’enunciato abbia una forza costitutiva e normativa, resta che i tre possibili significati di “È provato che *p*” sono tre modi in cui l’enunciato può avere forza descrittiva (uno solo dei quali è corretto secondo Ferrer: quello per cui ci sono sufficienti elementi di giudizio in favore di *p*). Ma a questo punto cosa aggiunge alla discussione il tema dell’atteggiamento

¹² PV, p. 113 ss. Si potrebbe discutere se questa distinzione, analiticamente ineccepibile, sia davvero determinante: non ci sono connessioni fra la giustificazione dell’atto e quella del contenuto?

¹³ PV, p. 118: “la decisione-atto è giustificata se la proposizione di fatto è accettabile, cioè se esistono negli atti di causa elementi di giudizio sufficienti a suo favore. Dal punto di vista del contenuto, invece, la premessa è giustificata solo se è vera”.

¹⁴ Analizzare un corpus di procedimenti e decisioni? Condurre dei test sugli operatori giuridici chiedendo loro come intendono le nozioni in gioco? Raccogliere tali dati e commentarli? Non è facile ma non è impossibile. Gli studi giuridici quantitativi fanno in sostanza questo.

¹⁵ Contro l’idea che esista alcunché di semanticamente normativo, cfr. GLÜER-WIKFORSS, *Against Content Normativity*, in *Mind*, 2009, p. 31 ss.

proposizionale? Bisogna capire come si legano gli aspetti in questione. Innanzitutto si deve notare che forza e significato sono relativi a “È provato che p ”, mentre l’atteggiamento è relativo a p . Ora la proposizione che p e quella espressa dall’enunciato “È provato che p ” sono in una relazione metalinguistica, dato che la seconda verte sulla prima (potremmo chiamare “probatorio” e “provato” gli enunciati che le esprimono, dove l’uno appartiene al metalinguaggio e l’altro al linguaggio-oggetto). Allora quando il giudice dice che è provato che p , se capisco bene, egli descrive che ci sono sufficienti elementi per accettare che p ¹⁶. Ma così, si badi, si fa dell’accettazione una conseguenza del fatto che si riscontrano tali elementi in favore di p . È giustificato accettare che p dati gli elementi a disposizione. Ma allora qual è l’atteggiamento proposizionale relativo a tali elementi e da cui consegue l’accettazione o meglio l’accettabilità? Una credenza? Una credenza giustificata? Una conoscenza? Un’altra accettazione? Si accetta che ci sono gli elementi per accettare? In un punto del suo lavoro Ferrer dice che si tratta di una credenza¹⁷, ma non mi è chiaro perché non sia più corretto dire che si debba trattare di una credenza *giustificata* e perché, dato che tale credenza giustificata dovrebbe essere anche vera ai fini dell’accettabilità¹⁸, non si debba trattare in fin dei conti di *conoscenza*.

Un altro problema è che non è chiaro quale sia la teoria del significato in gioco qui. Ferrer potrebbe rispondere che la questione non è rilevante poiché la sua tesi vale *per qualsiasi teoria del significato si adotti*? Mi pare che ci sia almeno una teoria del significato che mette in difficoltà la sua tesi: una teoria inferenzialista¹⁹ per cui il significato di “provato” consiste nelle inferenze che la sua applicazione consente, comprese le inferenze normative che se ne traggono (specie in sede processuale)²⁰; in un simile ordine di idee “provato” si applica correttamente a date condizioni e produce date conseguenze anche normative, a seconda dei contesti e delle prassi, il che mi pare difficilmente compatibile con l’idea che il significato di “È provato che p ” si limiti a “Ci sono elementi di giudizio sufficienti in favore di p ”. A meno che quella di Ferrer non sia una ridefinizione del significato (o una “ricostruzione razionale” del concetto) alla luce di quello che lui stesso trova opportuno.

5. — La relazione fra prova e verità è *teleologica* secondo Ferrer, nel senso che lo scopo dell’attività probatoria è quello di determinare la verità delle proposizioni fattuali discusse in un processo, il che non garantisce che lo scopo sia realizzato²¹. Dal fatto che non necessariamente lo scopo sia realizzato segue che la relazione fra prova e verità non è concettuale²². Come abbiamo già detto, “È provato che p ” per Ferrer significa solo “Ci sono elementi di giudizio sufficienti in favore di p ”²³.

¹⁶ In VR, p. 3 Ferrer pone così la tesi del libro precedente: “ p è provato” è sinonimo di “Vi sono elementi di giudizio sufficienti a favore dell’accettazione di p come asserto vero”.

¹⁷ PV, p. 112.

¹⁸ Se fosse falso che ci sono tali elementi non sarebbe accettabile che p .

¹⁹ Cfr. CANALE-TUZET, *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, in *Ratio Juris*, 2007, p. 32 ss. Un trattamento inferenzialista dei concetti giuridici è già ravvisabile in ROSS, *Tû-Tû*, in *Harvard L. Rev.*, 1957, p. 812 ss.

²⁰ Ad esempio, essendo provato che p , l’attore ha diritto a un certo risarcimento. La conseguenza normativa del risarcimento non è estranea al significato di “provato”.

²¹ “Credo che la prova debba essere considerata come il mezzo attraverso il quale il diritto pretende di determinare la verità delle proposizioni nell’ambito del processo. Ebbene, date le limitazioni (o le imperfezioni, se si preferisce) di questo mezzo, la presenza del mezzo (la prova) non garantisce che si ottenga il fine (la verità)” (PV, p. 34).

²² “Da un lato, l’indipendenza tra la relazione concettuale e quella teleologica tra prova e verità permette sicuramente che si possa verificare il caso in cui un enunciato fattuale risulti giuridicamente provato e che, però, sia falso. E anche, certamente, che un enunciato fattuale, pur essendo vero, non venga provato. Tutto ciò dipende dagli elementi di giudizio introdotti nel processo. L’unica cosa che può dirsi è che in questo caso la prova come attività non avrà compiuto la sua funzione o finalità” (PV, p. 84).

²³ Peraltro la tesi della relazione concettuale implica una relazione fra verità e prova come risultato, mentre la tesi della connessione teleologica pone una relazione fra verità e prova come attività probatoria (PV, p. 64). Su “prova” come mezzo, attività e risultato cfr. PV, pp. 28-31.

Trovo giusta l’idea di chiamare “teleologica” la relazione fra prova e verità, se non altro per il motivo che chiamarla “strumentale” ne sminuirebbe l’importanza²⁴. Ma non è solo una questione di nomi: trovo corretto concepire il processo, sia civile che penale, come orientato all’accertamento della verità. Si tratta però di una questione ampia e complessa su cui non intendo fermarmi qui²⁵. Quello che voglio discutere è se davvero non ci sia una relazione anche concettuale fra prova e verità. Ferrer lo nega, ma su che base? Egli dice che la sua concezione ricostruisce correttamente gli usi linguistici e le intuizioni fondamentali dei giuristi²⁶. Ma allora torniamo al problema metodologico già segnalato: quali usi e quali giuristi? Gli usi dei giuristi catalani, spagnoli, europei, mondiali? Le intuizioni degli studiosi della prova giuridica in uno di questi contesti? In quale lasso temporale?

Per quello che vale, il sottoscritto ha un’intuizione diversa. Nel mio uso le condizioni individualmente necessarie e congiuntamente sufficienti di “È provato che *p*” sono “È vero che *p*” e “Ci sono sufficienti elementi di giudizio in favore di *p*”. Ne ho quindi una *concezione bipartita* e mi conforta apprendere che un giurista come Bentham fosse della stessa idea²⁷. Con un’analogia medica possiamo chiederci: qual è il significato di “curato”? Qualcosa come “trattato con sufficienti rimedi” o invece “trattato con sufficienti rimedi e guarito”? Per chi ha la seconda intuizione è contraddittorio dire “Tizio è stato curato ed è morto”, mentre non lo è per chi ha la prima.

Chi ha ragione? Le due concezioni sono effettivamente incompatibili²⁸. Ora, se volessimo dire che una delle due descrive²⁹ meglio gli usi dei giuristi avremmo bisogno di dati empirici e dovremmo ancor prima definire le classi di riferimento (quali giuristi, dove e quando). D’altro canto i risultati di un eventuale test andrebbero come si dice “interpretati”. Supponiamo di fare un test e che la mia concezione bipartita risulti perdente. La cosa interessante sarebbe capire per quali ragioni certi giuristi la rifiutino e si dicano d’accordo con quella di Ferrer: temo che molti lo farebbero per ragioni sbagliate di tipo kelseniano (l’idea che la decisione sui fatti sia costitutiva e quindi non conti la verità)³⁰ o appellandosi alla problematica dicotomia di verità formale e materiale (dicendo che conta la prima e non la seconda)³¹. Pensiamo anche al rapporto con la prova scientifica: era provato che il sole girava intorno alla terra poiché si avevano elementi sufficienti in tal senso? No, diciamo che lo si *riteneva* provato ma che non lo era, in quanto è falso che il sole giri intorno alla terra. Perché allora la prova giuridica sarebbe diversa da quella scientifica? Per l’aspetto autoritativo e perché le decisioni producono effetti giuridici? Ma allora torniamo agli argomenti di Kelsen già scartati.

All’argomento degli usi dei giuristi Ferrer aggiunge quello delle esigenze degli ordinamenti giuridici positivi in termini di a) limitazioni processuali e b) standard di prova³². Posto che qualsiasi ricerca empirica si svolge con limitazioni (di tempo, risorse ed eticità), devo dire che non vedo la forza di a), a meno di non tornare ai soliti argomenti di Kelsen, e non vedo la forza di b) se si sposa

²⁴ Si osservi come suona diversa la “razionalità teleologica” dalla “razionalità strumentale”, benché in fondo sia una questione di nomi diversi per la stessa relazione fra mezzi e fini.

²⁵ Rinvio in particolare a TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, *passim*.

²⁶ PV, p. 40.

²⁷ Così come “buona parte degli autori classici che hanno scritto sulla prova” (PV, p. 33).

²⁸ Questo il dilemma teorico: “o si abbandona la definizione di prova in termini di verità, cioè la relazione concettuale tra le due nozioni, o si sostiene che nei casi in cui si dichiara provato un enunciato sui fatti che risulta falso, esso, in realtà, non è provato” (PV, p. 71).

²⁹ Per la precisione Ferrer parla di una “ricostruzione adeguata” (PV, p. 40), il che fa pensare che sia non solo un affare descrittivo ma anche uno sforzo di correggere gli usi impropri o confusi. Ma allora siamo più nel campo della “ridefinizione” che in quello di un resoconto empirico.

³⁰ Ferrer sostiene (PV, p. 75) che un errore ricorrente fra i processualisti è pensare che l’abbandono della relazione concettuale fra prova e verità comporti anche l’abbandono della loro relazione teleologica. Ma in che direzione va l’errore? Qualcuno potrebbe dire che proprio perché non conta la relazione teleologica non conta neppure quella concettuale.

³¹ Cfr. PV, pp. 70-79.

³² PV, pp. 80-81; cfr. ID., *Prueba y verdad en el derecho*, sec. ed., cit., pp. 68-69.

una concezione bipartita per cui la verità non è una condizione sufficiente della prova (oltre alla verità occorrono sufficienti elementi in favore dell'ipotesi).

C'è inoltre un argomento concettuale importante in favore della concezione bipartita: mantenere la distinzione concettuale fra “provato” e “ritenuto provato” (o “creduto provato”). La concezione bipartita la mantiene molto facilmente dicendo che p non è provato, bensì solo ritenuto tale, quando ci sono sufficienti elementi di giudizio in suo favore e tuttavia p è di fatto falso. Si riteneva provato che il sole girasse intorno alla terra, ma non lo era. La concezione bipartita richiede due condizioni per dire che “È provato che p ”: la verità di p e la disponibilità di sufficienti elementi in suo favore; qualora sia soddisfatta la seconda condizione ma non la prima siamo in presenza di un errore per cui p non è provato ma è solo ritenuto (erroneamente) tale.

Ferrer ha ben presente questo problema e ha le risorse concettuali per renderne conto. Egli distingue la situazione in cui ci sono sufficienti elementi in favore di p e quella in cui il giudice crede che ci siano tali elementi ma di fatto non ci sono³³. Nel primo caso è provato che p , nel secondo no. Giusto. Ma io direi che questo è solo uno dei modi in cui “È provato che p ” può essere falso: può essere falso perché è falso che p (come ho detto sopra), o perché non ci sono sufficienti elementi in suo favore (benché un giudice possa crederlo), o perché nessuna delle due condizioni è soddisfatta.

C'è infine un altro argomento che mi sembra supportare la concezione bipartita. Chi in un processo direbbe mai “È provato che p poiché ci sono sufficienti elementi di giudizio in favore di p benché sia falso che p ”? Nessuno, mi pare. La ragione di questo non è solo prudenziale. È che asserendo che è provato che p ci si impegna non solo alla verità dell'enunciato proferito (o enunciato probatorio) ma anche alla verità di p (o enunciato provato): ci si impegna a dire che ci sono sufficienti elementi in favore di p e che p è vero³⁴. Se poi risulta che non si dà l'una o l'altra cosa, l'impegno non è soddisfatto e non si può dire che sia stato provato che p . Per questa stessa ragione trovo che la tesi della relazione concettuale si armonizzi meglio alla tesi della relazione teleologica: se l'impegno alla verità *non* è soddisfatto, lo scopo dell'attività probatoria *non* è raggiunto ed è appropriato dire che *non* è provato che p .

6. — Gli argomenti in base a cui Ferrer nega che l'atteggiamento proposizionale cui è tenuto il giudice sia la credenza sono questi³⁵: a) la credenza lega la prova a uno stato mentale del giudice, dunque a qualcosa di assolutamente soggettivo; b) spesso il giudice pronuncia (ed è tenuto a pronunciare) delle sentenze contrarie alle proprie credenze (quando ad esempio non può utilizzare una prova che dimostra il contrario di quello che è tenuto a decidere essendo tale prova inutilizzabile); c) le credenze sono involontarie, mentre la decisione giudiziale è volontaria; d) le credenze non sono legate a un contesto, mentre la decisione giudiziale è determinata da parametri contestuali.

Devo dire che vedo la forza persuasiva di b) ma non vedo affatto le altre. La radice di tutte le difficoltà è la concezione della credenza utilizzata da Ferrer. Egli ne usa una concezione estremamente ristretta che va contro al modo in cui se ne parla correntemente. Una delle cose più pacifiche nei dibattiti epistemologici e anche nelle nostre conversazioni ordinarie è che si possano avere *ragioni per credere*, o in altri termini che ci siano credenze più o meno giustificate³⁶. L'idea che la credenza sia qualcosa di involontario, analogo alla circolazione del sangue, rende ciò insensato. Infatti non si chiede “Che ragioni hai per far circolare il tuo sangue in questo modo?”; ma si chiede “Che ragioni hai per credere questo?” e lo si chiede per il fatto che le credenze sono

³³ PV, pp. 109-115.

³⁴ A ben vedere, ci si impegna anche al fatto che proprio quegli elementi sono le ragioni epistemiche per dire che p è vero. Ma la portata di questo impegno è opinabile (cfr. TUZET, *La pratica dei valori. Nodi fra conoscenza e azione*, Macerata, 2012, cap. VIII): è per così dire un'obbligazione di mezzi o di risultato? Se è solo di mezzi (produrre elementi sufficienti in favore di p) ha ragione Ferrer; se è anche di risultato (produrre elementi sufficienti in favore di p e pervenire a una credenza non solo giustificata ma anche vera), ha ragione il sottoscritto.

³⁵ PV, p. 97 ss. Cfr. ID., *It is Proven that p*, cit., pp. 44-48.

³⁶ La stessa concezione standard di conoscenza come credenza vera e giustificata implica questo.

almeno in parte suscettibili di rispondere alle ragioni. Il fatto che le credenze siano più o meno giustificate e i parametri contestuali siano determinanti nel definire i criteri di giustificazione³⁷ mi sembra un argomento sufficiente per respingere a), c) e d). Vediamo il punto più in dettaglio.

Ferrer sostiene che l'accettazione è un atto volontario, di carattere pratico e dipendente dal contesto; le ragioni per accettare che *p* possono essere sia epistemiche che normative e di solito l'accettazione è in linea con le credenze del decisore, ma queste sono insufficienti a giustificare una decisione per le ragioni elencate sopra³⁸. A me sembra che questa distinzione netta fra credenza e accettazione non tenga. Alcune credenze (quelle percettive) sono effettivamente involontarie. Ma altre (le credenze su cose di cui non abbiamo un'esperienza diretta) sono soggette a uno scrutinio razionale e a una valutazione delle ragioni che si hanno per intrattenerle. Propongo questo esperimento, che chiamerei *test del giornale*: assumendo che la credenza sia del tutto involontaria, leggendo un giornale ne seguirebbe che, oltre a formare delle credenze sul colore delle pagine, l'odore della carta, il suo spessore e altri aspetti percettivi, crederemmo a tutto quello che vi leggiamo, il che è palesemente falso³⁹. Non tutta l'informazione che riceviamo si trasforma in credenze. Spesso una credenza richiede una riflessione, o quantomeno la richiede il processo che conduce a una credenza. Spesso ci è chiesto di modificare le nostre credenze alla luce delle prove, il che sarebbe assurdo se le credenze fossero involontarie. Generalizzando, se tutte le credenze fossero al di là del nostro controllo non avrebbe senso richiedere credenze giustificate, razionali, ponderate, ecc. La circolazione del sangue è al di là del nostro controllo razionale, ma le credenze non lo sono (o almeno non lo sono del tutto o non lo sono tutte le credenze). Si può riconoscere che nell'accettazione è più marcato l'elemento volontario e il carattere pratico, ma allora si potrebbe ripensare la questione dicendo che credenza e accettazione non sono due categorie completamente eterogenee ma i due estremi di un *continuum*: si va dalle credenze involontarie all'accettazione volontaria passando per le credenze giustificate in tutti i loro gradi⁴⁰.

A Ferrer preme sottolineare la componente della giustificazione e proprio per questo precisa che non basta parlare di “accettazione” ma si deve parlare di “accettabilità”⁴¹. Certi elementi sufficienti portati in giudizio rendono *accettabile* che *p*, nel senso che è giustificato accettare che *p* dati tali elementi di prova. Ferrer nota fra le altre cose che la nozione in esame permette di rendere conto dei problemi che avevano generato la distinzione fra verità materiale e formale⁴²; a questa distinzione Carnelutti aveva notoriamente risposto che la verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità⁴³; da ciò il giurista italiano aveva inferito che la decisione sui fatti è piuttosto una loro “fissazione formale”; Ferrer commenta che questo è solo un mutamento di terminologia⁴⁴ e propone di distinguere fra accettazione e accettabilità notando che il giudice può sbagliare nel dire che ci sono sufficienti elementi di prova⁴⁵; ma io non sono sicuro che questo sia un avanzamento sostanziale e non solo terminologico rispetto alla “fissazione formale” di Carnelutti: riguardo a questa non si

³⁷ Mi permetto di rinviare a TUZET, *La justification pratique des croyances*, in *Revue philosophique*, 2008, p. 465 ss.

³⁸ PV, pp. 107-113. Ferrer basa il proprio argomento su COHEN, *Belief and Acceptance*, in *Mind*, 1989, p. 367 ss.; ID., *Should a Jury Say What It Believes or What It Accepts?*, in *Cardozo L. Rev.*, 1991, p. 465 ss.; ID., *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, 1992. Cfr. ULLMANN-MARGALIT-MARGALIT, *Holding True and Holding as True*, in *Synthese*, 1992, p. 167 ss.

³⁹ Si potrebbe dire che alcune cose le crediamo e altre le accettiamo? Sì, ma il punto è che, se la credenza fosse un fenomeno completamente passivo e causalmente determinato (così COHEN, *Should a Jury Say What It Believes or What It Accepts?*, cit., pp. 470-471) non potremmo fare a meno di credere a quello che leggiamo.

⁴⁰ Questa è una delle repliche a Cohen da parte di ALLEN, *The State of Mind Necessary for a Juridical Verdict*, in *Cardozo L. Rev.*, 1991, p. 485 ss.

⁴¹ Cfr. FERRER, *Legal Proof and Fact Finders' Beliefs*, in *Legal Theory*, 2006, p. 293 ss., specie pp. 305-307.

⁴² PV, p. 88 ss.

⁴³ “La verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità. Quando la ricerca della verità materiale è limitata nel senso che questa non possa essere *in ogni caso e con ogni mezzo conosciuta*, sia il limite posto più o meno rigoroso, il risultato è sempre questo: *che non si tratta più di una ricerca della verità materiale, ma di un processo di fissazione formale dei fatti*” (CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 36).

⁴⁴ PV, p. 76.

⁴⁵ PV, p. 91; v. anche ivi, pp. 109-110.

potrebbe parlare di fissazione e fissabilità formale così come Ferrer parla di accettazione e accettabilità?

Ma soprattutto, c'è bisogno dell'accettabilità per rendere conto della dimensione giustificativa del discorso giudiziale? Ho l'impressione che la nozione di accettabilità – pur rendendo conto dei casi di tipo b) visti sopra – generi più problemi di quanti ne risolva. Non bastano le nozioni di credenza e conoscenza? Certo deve trattarsi, perché la decisione sia giustificata, di una *credenza giustificata* e se è corretta la concezione bipartita vista sopra deve trattarsi anche di una *credenza vera*; per cui direi, qui confortato da un giurista come Bulygin, che l'atteggiamento proposizionale corretto è ancora la conoscenza⁴⁶. Ritengo cioè che la conoscenza sia l'atteggiamento richiesto in relazione all'enunciato probatorio (“È provato che *p*”) e di solito anche in relazione all'enunciato provato (“*p*”)⁴⁷.

Resta da dire qualcosa sui casi di tipo b), quelli in cui per qualche ragione giuridica (come l'inutilizzabilità di una prova o il ruolo di una presunzione) un giudice è tenuto a pronunciare una sentenza contraria a una sua credenza sui fatti in esame. Qual è l'analisi migliore di questi casi? Secondo Ferrer è l'analisi in termini di accettabilità, la quale viene poi generalizzata a ogni tipo di caso. Ma si potrebbe dire che la divergenza fra credenza e accettabilità è qualcosa che accade nei casi di tipo b) e che non può servire da base per una generalizzazione a tutti gli altri. Di regola c'è una coincidenza fra quanto si crede e quanto si dichiara provato, e la divergenza è l'eccezione⁴⁸. Anche qui una ricerca empirica potrebbe essere utile: in un dato contesto, in quanti casi i decisori giudicano diversamente da quello che credono? Si può anche riformulare il punto in termini di giustificazione: di regola quello che è accettabile è quello che è giustificato credere. Se questo è corretto, basare sulle eccezioni una ricostruzione concettuale della nozione di fatto provato mi sembra artificiale. In altri termini, ho l'impressione che i casi su cui Ferrer costruisce la propria tesi non siano casi centrali di prova giuridica.

7. — Il secondo lavoro di Ferrer parte dalla conclusione del primo e procede a trattare il tema cruciale della valutazione della prova. Le sue tesi appartengono alla tradizione che Twining ha definito “razionalista” e per la quale non solo la procedura seguita ma anche – e soprattutto – la valutazione delle prove presentate in un processo deve essere improntata a criteri di razionalità e controllabilità. Il che per Ferrer esclude gli scenari della prova legale ed è un modo di intendere il principio della libera valutazione della prova. Ciò si allaccia al tema oggi molto discusso degli “standard di prova” e il lavoro di Ferrer si conclude come vedremo con una proposta in questo senso. Anche qui cercherò prima di delineare le principali tesi del libro, poi formulerò più delle domande che delle obiezioni.

Ferrer sostiene che l'obiettivo istituzionale di un processo (civile o penale che sia) è l'accertamento della verità⁴⁹. Si potrebbe precisare che l'obiettivo primario di un processo è fare giustizia e che ciò implica come sua condizione necessaria l'accertamento della verità; in ogni caso l'accertamento della verità è uno degli obiettivi del processo (si tratta della relazione teleologica fra prova e verità vista nella prospettiva del processo nel suo insieme). Un argomento fondamentale per sostenere questo è che, se la verità non fosse un obiettivo del processo, le norme giuridiche perderebbero la propria forza motivazionale. Che motivazione avremmo a seguire le norme se in

⁴⁶ L'argomento di Ferrer contro Bulygin è conseguente alle sue intuizioni: “credo che sia plausibile una concezione della prova secondo la quale possa risultare provata una proposizione falsa. Se si accetta questo punto, allora non può più sostenersi che in queste ipotesi il giudice conosce ciò che dichiara provato” (PV, p. 105). Cfr. ID., *Legal Proof and Fact Finders' Beliefs*, cit., p. 302, nonché PARDO, *The Gettier Problem and Legal Proof*, in *Legal Theory*, 2010, p. 37 ss.

⁴⁷ Questo non è sorprendente se sapere che *p* significa avere una credenza vera e giustificata e se le credenze sugli elementi giustificativi devono essere a loro volta vere e giustificate.

⁴⁸ Si noti peraltro che un conto è credere che non-*p* e un altro è non avere una credenza a riguardo: nel primo caso ma non nel secondo c'è una possibile divergenza fra accettazione e credenza.

⁴⁹ VR, pp. 13-17.

giudizio fosse irrilevante stabilire che cosa è realmente accaduto? Perché pagare i debiti o avere una condotta responsabile se in giudizio non contasse? Su questo concordo pienamente. Un altro punto su cui concordo ed è spesso trascurato è che in giudizio si devono talvolta accertare dei fatti presenti o futuri (ad esempio le infiltrazioni d’acqua in un processo per difetti di costruzione, o il lucro cessante in un processo per danni patrimoniali). Il dibattito sul ragionamento probatorio muove spesso dallo stereotipo del giudizio penale in cui si tratta di ricostruire un passato altamente incerto, ma questa non è che una delle sue forme.

Quindi Ferrer delinea la specificità della prova giuridica alla luce di fattori come le regole sulla prova o i limiti temporali⁵⁰ e distingue i momenti dell’attività probatoria in a) formazione dell’insieme di elementi di giudizio, b) valutazione di tali elementi e c) decisione⁵¹. In questo quadro egli si sofferma anche sul diritto alla prova⁵² e coglie l’occasione per dire che le presunzioni legali assolute sono una violazione di questo diritto e che una valutazione congiunta delle prove è auspicabile solo in seguito alla loro valutazione individuale. Veniamo così al tema centrale del lavoro: la valutazione razionale della prova. Come garantire che la valutazione avvenga in modo razionale e non arbitrario e incontrollabile?

Sui principi di civiltà giuridica che richiedono una valutazione razionale delle prove c’è un accordo di massima, che non c’è tuttavia sui mezzi con cui realizzare tale obiettivo. La metodologia che Ferrer predilige è quella della *corroborazione* delle ipotesi, da articolare agli standard di prova su cui basare la decisione⁵³. Ma andiamo con ordine. Che cosa si intende in questa sede per “corroborazione delle ipotesi”? In poche parole, l’idea è che il centro nevralgico del ragionamento probatorio non sia tanto la formulazione di ipotesi esplicative dei fatti, quanto il controllo delle ipotesi in discussione. Per questa ragione Ferrer preferisce parlare di ragionamento *induttivo* piuttosto che di abduzione o di inferenza alla migliore spiegazione⁵⁴. Io penso che la prima inferenza del ragionamento probatorio sia un’abduzione (come formulazione di un’ipotesi esplicativa) e che il processo complessivo di valutazione delle ipotesi sia una forma di inferenza alla migliore spiegazione, ma non è quello che voglio trattare qui⁵⁵. Mi occuperò piuttosto del numero e della qualità delle prove, quindi degli standard probatori per la decisione.

8. — La prima questione interessante che si pone per la prospettiva di Ferrer è capire quante e quali prove ammettere per corroborare le ipotesi in gioco ed effettuare così una valutazione razionale⁵⁶. Si noti infatti che la corroborazione è una questione di gradi, non categorica: non ci sono ipotesi o corroborate o non corroborate, ma ipotesi più o meno corroborate. Pertanto è sensato che il processo massimizzi l’incorporazione delle prove rilevanti? Si può pensare che lo sia ai fini della corroborazione e del controllo razionale delle ipotesi: più prove si hanno (anche dello stesso tipo), più possibilità si hanno di testare le ipotesi in gioco e corroborarne una più di un’altra. A questo si può rapidamente replicare che nel processo ci sono esigenze di tempi e di costi (l’“economia processuale”) che impediscono di adottare un approccio del genere, più consono alla ricerca scientifica che alla dialettica processuale. Ci sono così due idee in tensione: da una parte, l’idea che il grado di corroborazione aumenti all’aumentare dei test superati; dall’altra, l’idea che

⁵⁰ VR, pp. 27-28; cfr. *ivi*, pp. 40-41 e 59 per qualche diversa sfumatura.

⁵¹ VR, p. 27 ss.

⁵² VR, pp. 41-49. Egli sembra aderire all’idea di chi concepisce il diritto alla prova come specificazione del diritto alla difesa; ma non ha un diritto alla prova anche l’attore?

⁵³ “La concezione razionalista fonda la giustificazione della decisione sui fatti provati sul metodo della conferma delle ipotesi: vale a dire non già sulle credenze di un qualche soggetto, bensì sulla sufficiente corroborazione dell’ipotesi, relativa a determinati accadimenti, che si dichiara provata” (VR, p. 55).

⁵⁴ Cfr. VR, pp. 18-20, 66-69, 122-123.

⁵⁵ Mi permetto di rinviare a TUZET, *La prima inferenza. L’abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006; ID., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010. Una delle ragioni per distinguere fra induzione e abduzione è che spesso si usa “induzione” in vari modi alcuni dei quali rinviano alla logica della scoperta e altri alla logica della giustificazione; per distinguere tali processi inferenziali trovo utile usare nomi diversi.

⁵⁶ Cfr. VR, pp. 59, 67-68, 75 e 79.

all'aumentare dell'informazione aumenti la difficoltà della decisione⁵⁷. Ferrer pensa che questo problema non abbia una soluzione generale e che il decisore debba determinare di volta in volta dove si situa l'equilibrio fra le esigenze della corroborazione e dell'economia processuale⁵⁸.

Ma questo non mi sembra che un aspetto superficiale della questione: il problema cognitivo più profondo è la capacità di gestire un grande numero di prove (specialmente se di tipo diverso) e l'enorme numero di scenari in cui si possono combinare le variabili in gioco (è il rischio dell'esplosione combinatoria). Così si pone a maggior ragione il genuino problema epistemologico della qualità dell'informazione introdotta nel processo. A prescindere dai tempi e dai costi, se l'informazione è cattiva si confonde o si svia il decisore. Allora il processo di corroborazione delle ipotesi deve tenere conto non solo della quantità ma anche e soprattutto della qualità delle prove? Si direbbe di sì, ma l'immediato problema pratico è a chi affidare la certificazione di qualità. I sistemi giuridici positivi rispondono diversamente a questa esigenza, ora lasciando alle parti la responsabilità di introdurre le prove che giudicano migliori, ora investendo il giudice di un controllo preventivo, ora attribuendo al giudice stesso il potere di raccogliere le prove ritenute migliori, ora richiedendo un bilanciamento fra il valore probatorio e la protezione di altri valori o diritti fondamentali. Che disciplina della prova e dell'ammissibilità è ottimale alla luce di tutto questo? Non è facile dirlo.

9. — Ferrer mostra l'importanza degli standard probatori ai fini della decisione giudiziaria: a che fine esercitare una valutazione razionale delle prove se il diritto non indica uno standard di decisione? Pertanto con quale standard decidere una volta effettuata la valutazione delle prove? Se lo standard viene lasciato all'arbitrio del decisore, tutto il lavoro sulla valutazione diviene sostanzialmente inutile. L'appello all'“intima convinzione” è un esempio di questo, essendo un criterio di decisione squisitamente soggettivo e psicologico, non suscettibile di controllo razionale. Ora, com'è noto, nella prassi giuridica angloamericana sono emersi diversi standard di prova: quello della “preponderanza dell'evidenza” nei casi civili in genere, quello dell'“evidenza chiara e convincente” in certi casi civili in particolare (come quelli in cui sono implicati dei danni punitivi) e quello dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” nei casi penali. Una maniera di intendere tali standard è quella di tradurli in termini probabilistici fissando delle soglie di probabilità corrispondenti a ciascuno di essi. Ma questo comporta dei noti problemi. Uno di essi è che gli stessi sostenitori di questa idea non sono del tutto d'accordo sulle soglie⁵⁹; un altro è che il calcolo delle probabilità genera in questo ambito una serie di paradossi e difficoltà formali non indifferenti⁶⁰; un altro ancora è che non è affatto chiaro come la traduzione fra prove e valori numerici possa essere fatta⁶¹; ma il problema più profondo è che ci sono diverse maniere di intendere la probabilità⁶². Senza entrare qui nel dettaglio, Ferrer mostra efficacemente le difficoltà di una concezione “pascaliana” della probabilità applicata alla prova giuridica, dove per probabilità “pascaliana” si intende la probabilità matematica ottenuta applicando ai suoi assiomi il teorema di Bayes; di contro egli sostiene i vantaggi della concezione “baconiana” e la sua capacità di articolarsi alla metodologia della

⁵⁷ “La prima indica che il grado di conferma di un'ipotesi aumenta con il numero di risultati favorevoli della verifica. E ciò ci conduce ad ammettere la prova ridondante, posto che superi il test di rilevanza. La seconda idea è che l'abbondanza di informazioni può produrre il c.d. “pericolo di straripamento” (*desborde*) nel loro trattamento, rendendo assai difficile l'assunzione di decisioni” (VR, pp. 67-68).

⁵⁸ VR, p. 68. Questo vale sia per le prove dello stesso tipo che di tipi diversi.

⁵⁹ Ad esempio, se c'è chi dice che il quoziente di probabilità per i casi penali deve essere prossimo al 100%, c'è chi si accontenta di un intervallo fra il 90 e il 95%.

⁶⁰ Cfr. ALLEN-PARDO, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *The Jour. of L. Studies*, 2007, p. 107 ss.

⁶¹ Le due opzioni principali sono ricorrere a stime soggettive o a basi statistiche. Entrambe sono problematiche: fra le altre cose, le prime possono essere prive di ragioni e le seconde (che raramente sono disponibili) dipendono da quale classe di riferimento viene scelta.

⁶² Cfr. ANDERSON-SCHUM-TWINING, *Analysis of Evidence*, sec. ed., Cambridge, 2005, cap. IX.

corroborazione delle ipotesi, dove per probabilità “baconiana” si intende la probabilità logica ottenuta attraverso i test a cui le ipotesi sono sottoposte⁶³.

La probabilità baconiana si lega storicamente all’idea dell’induzione *eliminativa*, cioè dello scartare le ipotesi che non superano i test. Questo è l’altro aspetto fondamentale della metodologia del controllo delle ipotesi: quando le ipotesi non superano i test a cui sono sottoposte e non vengono pertanto corroborate, esse vengono *confutate* o quantomeno indebolite⁶⁴. I nostri sistemi processuali conoscono alcuni modi di realizzare quest’idea: quello più importante è il principio del contraddittorio inteso come strumento di controllo sulle prove⁶⁵, ma più ampiamente si può dire che la stessa struttura dialettica del processo favorisce il controllo delle ipotesi e delle prove in competizione.

Ciò detto, quali standard adottare? Ferrer non si occupa di definire uno standard per il processo civile ma ne propone uno per il processo penale in linea con i valori del garantismo, ovvero – richiamando certe analisi recenti – con l’idea che gli standard probatori siano dispositivi che consentono di distribuire i possibili errori dei decisori e in linea con l’idea che nel processo penale gli errori debbano essere non solo ridotti ma anche (a differenza che nel civile in genere) distribuiti diversamente fra accusa e difesa⁶⁶. Allora, andando per esclusione, il problema essenziale dell’intima convinzione è che si tratta di uno standard puramente soggettivo la cui applicazione è incontrollabile, e anche il celebrato standard dell’oltre ogni ragionevole dubbio non è per Ferrer immune da problemi: esso manca di un criterio per definire che cosa è “ragionevole”⁶⁷. Pertanto uno standard che possa funzionare da criterio razionale di decisione deve soddisfare questi requisiti: 1) evitare di vincolare la prova alle credenze, convinzioni o dubbi del decisore a proposito dei fatti; 2) avere una formulazione sufficientemente precisa da rendere possibile il controllo intersoggettivo della sua applicazione; 3) incorporare la preferenza per i falsi negativi rispetto ai falsi positivi, dati i valori in gioco nel processo penale⁶⁸. Lo standard proposto da Ferrer si compone così di due condizioni individualmente necessarie e congiuntamente sufficienti per considerare provata l’ipotesi della colpevolezza penale:

- 1) “l’ipotesi deve essere in grado di spiegare i dati disponibili, integrandoli in modo coerente, e le predizioni di nuovi dati che l’ipotesi consenta di formulare devono essere state confermate”;
- 2) “devono essere state confutate tutte le altre ipotesi plausibili, che consentano di spiegare gli stessi dati e che siano compatibili con l’innocenza dell’accusato, escluse le mere ipotesi *ad hoc*”⁶⁹.

Ferrer definisce “molto esigente”⁷⁰ questo standard e c’è ragione di crederci se lo si esamina con attenzione. La prima condizione richiede non solo che l’ipotesi della colpevolezza spieghi (tutti) i dati disponibili e li integri in maniera coerente, ma altresì che le predizioni di nuovi dati formulabili

⁶³ VR, p. 89 ss. La distinzione fra probabilità “baconiana” e “pascaliana” viene da COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.

⁶⁴ Vedi ad es. VR, pp. 55, 69, 128 ss.

⁶⁵ VR, p. 82.

⁶⁶ VR, p. 143 ss. Ferrer nota tuttavia (ivi, pp. 144-145) che non è ragionevole avere un unico standard per processo a prescindere dalle gravità delle conseguenze giuridiche della fattispecie.

⁶⁷ VR, pp. 151-152. Cfr. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge, 2006, cap. II. Ma v. anche UBERTIS, *Razionalismo processuale e verità*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 325 ss., segnatamente pp. 332-333, dove Ubertis sostiene che Ferrer sbaglia a mettere sullo stesso piano intima convinzione e ragionevole dubbio, poiché il primo è un canone di valutazione mentre il secondo è uno standard di decisione (al che si può obiettare che anche il primo è uno standard di decisione in quanto i giudicanti non devono valutare bensì decidere secondo l’intima convinzione).

⁶⁸ VR, p. 152.

⁶⁹ VR, p. 153.

⁷⁰ VR, p. 154.

a partire dall'ipotesi siano state confermate. Ora quest'ultima richiesta è davvero esigente se si intende dire che *tutte* le predizioni formulabili debbano essere confermate. Il problema è che le predizioni formulabili a partire da un'ipotesi sono infinite e che ovviamente non ha senso chiedere la conferma di infinite predizioni. Serve allora una tesi di rilevanza contestuale che precisi in qualche modo quali sono le predizioni che devono essere confermate (gli “esperimenti cruciali” nel vocabolario della filosofia della scienza)⁷¹. Dunque, come delimitare le predizioni rilevanti? Dicendo che le predizioni devono essere testabili nei tempi e nei modi permessi dal diritto e dal processo?⁷² E se fra queste predizioni alcune non hanno un esito netto le si deve contare come casi di mancata conferma o come neutrali? Spiego con un esempio quest'ultimo punto: se il controllo di alcune predizioni non ha un esito netto, si potrebbe dire che l'onere della prova non è comunque soddisfatto; ma supponiamo di fare certe predizioni su quello che un testimone dovrebbe avere visto se l'ipotesi accusatoria fosse corretta; supponiamo così di interrogarlo e che alcune sue risposte siano incerte (“Non ricordo”, “Non sono sicuro”, ecc.); dalle risposte incerte dovremmo inferire che l'ipotesi non è confermata? O che il test non è indicativo? E non potrebbe darsi che l'incertezza sia un modo di mascherare una riluttanza dovuta a ragioni non epistemiche? Ma la questione ha una portata ancora più ampia in quanto deve essere stimato il valore probatorio di tutte le risposte, anche quelle nette. Un testimone non è un termostato che produce delle rilevazioni automatiche; c'è una grande quantità di variabili che può influenzare le sue dichiarazioni. Con ciò voglio dire che, almeno rispetto ad alcuni tipi di prova giuridica, le nozioni di predizione e conferma non si prestano allo stesso uso che hanno nelle scienze empiriche dove gli esperimenti possono tenere invariati alcuni fattori e vedere come si modificano gli altri.

La seconda condizione dello standard si concentra invece sull'aspetto della confutazione: devono essere falsificate o confutate tutte le ipotesi compatibili con l'innocenza dell'accusato che siano plausibili, esplicative dei dati disponibili e non *ad hoc*. Qui Ferrer dice esplicitamente che devono essere confutate *tutte* le ipotesi in questione, ma il problema del loro numero potenzialmente infinito viene tenuto sotto controllo dalle qualifiche che esse devono avere: la plausibilità, la capacità esplicativa e il non essere *ad hoc*. Come ipotesi di quest'ultima natura Ferrer indica l'ipotesi del “complotto” con cui l'accusato sostenga che tutti i dati a suo sfavore non sono altro che il risultato di un complotto; se questa ipotesi difensiva non ha delle ragioni indipendenti per essere sostenuta, se non spiega o predice altri dati e si limita ad asserire che tutte le prove a carico sono il risultato di un complotto, è chiaramente un'ipotesi *ad hoc* che non c'è motivo di dover confutare⁷³. Analogamente non c'è motivo di confutare un'ipotesi implausibile definita come “l'ipotesi che non sia fondata sullo stato attuale della conoscenza del mondo o che non abbia, in tale ambito, alcuna base su cui appoggiarsi”⁷⁴. Ferrer dice meno sul criterio della capacità esplicativa: dice che, per rientrare fra quelle da confutare, le ipotesi di cui stiamo parlando (plausibili, non *ad hoc* e compatibili con l'innocenza dell'accusato) devono anche essere esplicative degli stessi dati su cui si basa l'ipotesi accusatoria. Questo requisito mi sembra problematico. Non è irrealistico che si dia qualcosa del genere? Non accade piuttosto che un'ipotesi spieghi (meglio) alcuni dati e un'altra ne spieghi (meglio) alcuni altri? Gli *stessi dati* devono essere spiegati dalle ipotesi in competizione e magari in modo altrettanto coerente? In che senso sarebbero ipotesi alternative e incompatibili se facessero questo? Forse Ferrer intende dire altro ma la formulazione dello standard è ambigua.

Il fatto che le ipotesi in competizione non siano mai del tutto equivalenti mi fa pensare come sia in fondo corretta l'idea che la decisione debba basarsi sull'ipotesi migliore e che dunque il ragionamento probatorio nel suo complesso sia un'inferenza alla migliore spiegazione. Il discorso sull'induzione eliminativa e la corroborazione delle ipotesi mi pare un modo più sofisticato ma anche più indiretto di parlare di inferenza alla migliore spiegazione (soffermandosi peraltro su

⁷¹ Ferrer avverte peraltro (VR, p. 137) che una predizione soddisfatta non corrobora necessariamente un'ipotesi (se è compatibile con altre ipotesi).

⁷² Cfr. VR, p. 133.

⁷³ VR, pp. 155-156. Se non è controllabile con dati indipendenti è un'ipotesi non confutabile (o infalsificabile).

⁷⁴ VR, p. 155.

alcuni suoi momenti e non altri). Una delle critiche ricorrenti è che “migliore” sia una qualifica troppo vaga; certamente è vaga, ma non penso che sia impossibile specificarla contestualmente. Si possono specificare i profili per cui l’ipotesi giuridicamente migliore può divergere dall’ipotesi scientificamente migliore; si può aggiungere che l’idea della migliore spiegazione esclude le ipotesi *ad hoc*; e si può specificare cosa significa “migliore” rispetto al contesto civile e al contesto penale⁷⁵. Peraltro anche lo standard di Ferrer soffre di una certa vaghezza negli appelli a criteri come la coerenza, la plausibilità e la capacità esplicativa; tutte queste nozioni possono essere specificate in modi diversi e una qualche misura di indeterminatezza rimarrà in ogni standard e in ogni precisazione che se ne possa immaginare. (L’ideale dell’assoluta precisione è un mito). Inoltre, in questa luce, non sono del tutto persuaso che Ferrer possa realizzare il primo dei suoi *desiderata* sugli standard: evitare di vincolare la prova alle credenze, convinzioni o dubbi del decisore a proposito dei fatti. Dipende da cosa si intende per “vincolare”, ma è chiaro che, pur ponendo l’attenzione sui dati e sui test, non si può evitare che questi siano l’oggetto di credenze del decisore, il quale avrà anche delle credenze sulla coerenza, plausibilità e capacità esplicativa delle ipotesi⁷⁶. Semmai, ritengo, bisogna fare in modo che queste credenze siano giustificate e possibilmente vere. Ferrer conclude il lavoro dicendo che le ragioni per assumere il suo standard di prova penale (o un altro) sono più politiche che epistemologiche e hanno a che fare con i valori che una società intende proteggere o realizzare⁷⁷. Questo è indubbiamente vero ma il lettore politicamente motivato non ne esageri l’importanza: non è che le opzioni politiche e valoriali siano sufficienti a stabilire uno standard; esse sono necessarie ma non sufficienti, in quanto la determinazione di uno standard necessita anche di un apparato metodologico e di un’adeguata comprensione delle nostre capacità cognitive.

⁷⁵ Ferrer (VR, pp. 153-154 n. 132) dice che 1) la migliore spiegazione è spesso una cattiva spiegazione e che 2) se entrambe le ipotesi in competizione sono buone non c’è ragione di preferire in un caso penale quella dell’accusa quantunque sia migliore. Per una risposta a questo genere di obiezioni cfr. PARDO-ALLEN, *Juridical Proof and the Best Explanation*, in *Law and Philosophy*, 2008, p. 223 ss., pp. 238-239 in particolare: mentre in un contesto civile i decisori sono tenuti a scegliere la migliore di due ipotesi rivali, in un contesto penale sono tenuti a inferire la non colpevolezza dell’imputato se, assumendo che l’ipotesi della colpevolezza sia plausibile, esiste una spiegazione delle prove sufficientemente plausibile e compatibile con la sua innocenza. V. anche LAUDAN, *Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof*, in *The Int. J. of Evidence and Proof*, 2007, p. 292 ss.; BAYÓN, *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, in *Análisi e diritto 2008*, p. 15 ss.; COLOMA, *Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales*, in *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, éd. par P. Brunet et F. Arena, Madrid, 2011, p. 75 ss.

⁷⁶ È il problema già segnalato dell’atteggiamento rispetto alla proposizione espressa da “È provato che *p*” e della sua relazione con l’atteggiamento intrattenuto nei confronti di *p*.

⁷⁷ VR, p. 159.